

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1195

(Ano XVI)

(30/03/2024)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

QR Code do Volume 1195



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1195 (ano XVI) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2024. 266 *fls.*

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

SUMÁRIO

COLUNA



“Non Possumus”: Damares, a “louca” sã e a Ilha de Marajó
Eduardo Luiz Santos Cabette, 08.

ARTIGOS

Responsabilidade civil nas mídias sociais dentro do contexto atual brasileiro

Juliana Marinho Castelo Branco Maués, 14.

As alterações no crime de estelionato, após a aplicação da Lei nº 13.964/2019, comumente denominado “pacote anticrime”

Waldryanny Silva Batista, 27.

Infanticídio indígena: entre o direito à vida e o direito a cultura

Amanda Medeiros Nascimento, 42.

O uso da prisão domiciliar para garantir o direito à convivência da prole com a mãe

Josianne Pagliuca dos Santos, 55.

Do princípio da não perpetuidade das penas no sistema penal brasileiro

Vitor Ramiro dos Santos, Carlos Bernardo Costa Neto e Jefferson Queiroz Januário, 67.

Da promessa como premissa na razão constitucional dos direitos fundamentais trabalhistas – uma tentativa de superação dos paradoxos

Eduardo Ordoño, 95.

A suspensão da prescrição trabalhista para os empregados reabilitados após o gozo de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade

Lana Cristina da Silva e Silva, 111.

Os efeitos do compliance no Direito do Trabalho

Catarina Oliveira da Silva, 126.

A lei de importunação sexual e sua eficácia na sociedade

Carla Mirlene Lima Santos, 140.

Ação popular: exercício da cidadania, servindo como instrumento, utilizado pelo cidadão

Joao Paulo Essado Maya, 154.

A influência do abuso de poder econômico sob a captação ilícita de votos

Maria Clara dos Santos Ferreira, 176.

Tráfico Internacional de mulheres para fins de exploração sexual: instrumentos internacionais de prevenção e combate

Jarlline Moraes Monteiro, 201.

Jurisprudência no Brasil: o STJ e a utilização do Eresp n. 1.155.527/MG como precedente no Direito Civil

André Luiz Manzo, 212.

Uma análise do tratamento acerca dos danos psíquicos em decisões

Maria Madalena dos Santos Silva, 234.

Filiação socioafetiva: adoção de adulto na legislação brasileira

Geicy de Souza Ladislau, 251.

“NON POSSUMUS”: DAMARES, A “LOUCA” SÃ E A ILHA DE MARAJÓ

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 em graduação, pós-graduação e cursos preparatórios¹.

O Ministério Público Federal, no final do ano passado, ajuizou Ação Civil Pública contra a ex – ministra e atual Senadora, Damares Alves, bem como contra a própria União, pleiteando indenização de cinco milhões de reais porque a primeira fez denúncias públicas acerca de abusos sexuais e tráfico de pessoas (mais especificamente crianças) para fins de exploração sexual na Ilha de Marajó. As afirmações de Damares Alves foram rotuladas como “fake News”. 2

Desde aquela época já era de se estranhar a atuação do MPF já que denúncias de abusos sexuais, crueldades contra menores e tráfico de crianças existem em todo o país e até mesmo em todo o globo terrestre, de forma que as afirmações de Damares Alves não deveriam causar espanto a ninguém e jamais serem rotuladas como o estrangeirismo indefinido de “fake news”. Muito menos em se tratando de órgão que deveria ser consciente dessas condutas criminais sabidamente existentes, e mais, estar devidamente empenhado em seu combate efetivo e não em constranger qualquer um que as denuncie.

A reação de parte da sociedade sobre a questão, na época, também foi de negação psicológica e/ou ideológica, mobilizando as chamadas “celebridades” e artistas e submetendo Damares Alves a críticas duríssimas e até mesmo ao escárnio público e pedido de cassação da parlamentar. 3

É de se indagar como foi possível chamar de “criação de pânico moral” e “histeria” a denúncia de abusos que são *fato notório* no Brasil e no mundo inteiro. O abuso sexual, exploração e tráfico de pessoas, especialmente menores e mulheres, é indiscutível e até

1 E-mail: cabette@uol.com.br

2 Cf. ANDRADE, Mariana. MPF pede R\$ 5 mi de Damares e União após fake News de abusos no Marajó. Disponível em <https://www.metropoles.com/brasil/mpf-pede-r-5-mi-de-damares-e-uniao-apos-fake-news-de-abusos-no-marajo> , acesso em 24.02.2024.

3 FEITOSA, Diógenes Freire. Ilha de Marajó: Políticos e Artistas Zombaram de Denúncia e Pediram Cassação de Damares. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/ilha-de-marajo-politicos-e-artistas-zombaram-de-denuncia-e-pediram-cassacao-de-damares/> , acesso em 24.02.2024.

mesmo objeto de tratados internacionais para seu combate, sendo o Brasil signatário! 4 As críticas, que chegaram a ser ilustradas com charges obscenas e altamente ofensivas exigiam provas de detalhes acerca da *forma* como são tratadas as crianças exploradas, sobre as espécies de crueldades praticadas, como se esse fosse o real foco da questão e não a exploração, abuso e violência a que as crianças estão sujeitas, independentemente das *formas* adotadas para explorá-las. Será que se não houvesse a retirada dos dentes mencionada pela parlamentar ou a alimentação pastosa, seriam a exploração, o abuso e o tráfico humano admissíveis!? O desvio do foco da *essência* do problema para a exigência de comprovação das *meras formas* de crueldade perpetradas escancara uma *cegueira deliberada* político – ideológica que permite considerar que 2093 páginas de relatórios de 3 CPIs não servem para comprovar a magnitude do problema denunciado pela parlamentar. 5

Agora, após viralização de música intitulada “Evangelho de Fariseus” da cantora Aymeê Rocha, que também denuncia o abuso, exploração e tráfico de crianças em Marajó, diversas “celebridades” e artistas se mobilizam para como que “abraçar a causa”, obviamente muito em razão da exposição que podem obter com isso. Comprova-se, assim, que qualquer questão, por mais gravosa e séria que seja, geralmente só obtém apoio e interesse midiático com fins autopromocionais e na dependência do espectro político – ideológico. 6

E Damares Alves? Ela volta a denunciar, como parlamentar, os fatos ocorridos e, incrivelmente, sofre novas críticas de parcela da mídia porque não teria provado as *formas* de exploração que anteriormente mencionou, inobstante não mais se questionar a notória

4 “Dentre outros tratados internacionais, o Brasil tornou-se signatário do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, **em Especial de Mulheres e Crianças**, que foi adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000. O Protocolo foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio de Decreto Legislativo 231/2003, e determinada sua execução através do Decreto 5.017/2004” (grifo nosso). Cf. SILVA, César Dario Mariano da. O Brasil Está Cumprindo Tratados Sobre Tráfico de Pessoas. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-out-17/cesar-dario-brasil-cumprindo-tratados-trafico-pessoas/>, acesso em 24.02.2024.

5 Para ter uma ideia do nível baixíssimo das críticas e das suas ilustrações: PINHEIRO, Joel. Damares tira denúncia de esgoto on line da extrema – direita que promove pânico moral e histeria. Disponível em <https://portalcioranbr.wordpress.com/2022/10/13/damares-esgoto-panico-moral/>, acesso em 24.02.2024.

6 CANÇÃO denuncia exploração sexual de crianças em Marajó e famosos iniciam campanha. Disponível em <https://oglobo.globo.com/cultura/noticia/2024/02/22/cancao-denuncia-exploracao-sexual-de-criancas-em-marajo-e-famosos-iniciam-campanha.ghtml>, acesso em 24.02.2024.

existência do *fato concreto e essencial do tema*, que é a efetiva exploração, abuso e tráfico de crianças para fins sexuais e até mesmo para retirada de órgãos. 7

Há uma estranha preocupação com eventual prejuízo ao “turismo” na região de Marajó devido às denúncias. Mas, a que espécie de “turismo” se referem tais pessoas? Seria o “turismo sexual”, tendo por objeto crianças e adolescentes? Porque outros turistas não têm relação com essas denúncias!

Fala-se em “estigmatização da região”, quando a exploração sexual, abuso e tráfico de crianças é algo que ocorre em todo o mundo e a denúncia de casos pontuais, seja em Marajó ou outras localidades quaisquer não é “estigmatização”, mas apenas o início, o impulso para o combate a essa espécie de criminalidade. Trata-se, juridicamente falando, da primeira providência para uma apuração criminal, a chamada “notitia criminis”, sem a qual nada se faz. É obrigação funcional das autoridades apurar os casos noticiados e obrigação moral e legal dos cidadãos comunicar as autoridades e expor essas situações inadmissíveis. Só numa sociedade no seio da qual os chamados “gatilhos” emocionais e psicológicos se sobrepõem às realidades e seus necessários enfrentamentos é que se pode criticar a denúncia de *fatos* conhecidos que merecem acatamento e devida apuração.

Nesse quadro lamentável é que se veem as autoridades constituídas voltarem-se contra o mensageiro ao invés de receberem a mensagem e tomarem as devidas providências, exigindo provas ao invés de cumprirem seu *dever* de obter tais provas, de apurar e investigar os casos noticiados.

Diante das denúncias expostas por Damares Alves, o Ministério Público poderia instaurar o seu tão acalentado “Procedimento Investigatório Criminal” (PIC), acolhendo a parlamentar como testemunha informante ou, pelo menos, requisitar o devido Inquérito Policial, seja na esfera federal ou estadual, dependendo da abrangência dos crimes que podem ter caráter internacional ou transnacional. Ao invés disso, energia foi gasta com uma Ação Civil Pública contra a mensageira, contra a informante! Dela (Damares) ou outros denunciante se pode **solicitar** esclarecimentos em oitivas formais, **pedir** apresentação de provas que tenham, mas a obrigação de investigar e apresentar provas, responsabilizando os infratores jamais será dos denunciante, das testemunhas e nem das vítimas (salvo em ações penais privadas, o que não é o caso), mas do Estado por meio de seus órgãos de persecução penal. A esses órgãos não é dado “irritar-se” ou “indignar-se” com denúncias que lhes chegam às mãos, mas tão somente cabe-lhes o *dever funcional* de investigar e punir os responsáveis pelas condutas criminosas narradas. Tudo o mais (exigências, coações e ações contra denunciante, testemunhas ou vítimas) é exemplo trágico de

7 Apenas um exemplo deplorável: COUTINHO, Mateus. Sem ter provado supostas denúncias, Damares volta a falar sobre abuso sexual no Marajó. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2024/02/23/sem-ter-provado-supostas-denuncias-damares-volta-a-falar-sobre-abuso-sexual-no-marajo>, acesso em 24.02.2024.

vitimização secundária, que se caracteriza pelas respostas inadequadas formais e informais obtidas pelas pessoas, as quais acabam produzindo novos danos para além daquele já sofrido com a prática criminosa. 8

Façamos um exercício “ad absurdum” e imaginemos que as Autoridades Policiais e o Ministério Público em todo o Brasil passem a exigir das vítimas, informantes e testemunhas a apresentação de provas de todas as suas alegações, ao invés de irem buscar tais provas no exercício de suas funções (melhor ainda, de suas *obrigações funcionais*). Em não apresentando de pronto as tais provas, as pessoas seriam submetidas a ações civis de indenização, quem sabe até mesmo de indenização dos suspeitos! Quem iria se arriscar a registrar um simples Boletim de Ocorrência de furto? Em outro contexto, o Papa Gregório IX já fazia menção àqueles que “transformam em cauda a cabeça e obrigam a rainha a servir à escrava”. 9 Em linguagem mais popular, querem que “o rabo abane o cachorro” e não o contrário.

Já passou da hora da criação de uma Força – Tarefa para a devida apuração desses fatos e punição dos criminosos (*seja por ação ou omissão*). Não é possível admitir mais a real *estigmatização e coação dos denunciantes* enquanto a impunidade reina entre os criminosos e as vítimas padecem sem qualquer proteção ou com uma “proteção insuficiente” que agride a Constituição no que se refere ao chamado “garantismo total positivo” integrante do “Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade”. E quando se fala em estigmatização aqui, não se trata de dar vazão aos caprichos e pusilanidades de uma sociedade frágil, incapaz de encarar e enfrentar seus problemas porque palavras e narrações de fatos “traumatizam”. Não se trata de aderir aos chamados “gatilhos” do politicamente correto, mas sim da constatação concreta de que a mensageira inicial das denúncias foi submetida a uma Ação Civil Pública e à esculhanbação generalizada visando seu hoje chamado “cancelamento”.

Então, aproveitando que muitos, negligenciando a liberdade religiosa e de expressão, bem como a tão propalada tolerância e o Estado Laico (que não é Estado Ateu), gostam de ridicularizar a parlamentar Damares Alves, tendo em mira sua crença, encerremos este texto, lembrando o que o Apóstolo Pedro, Primeiro Papa da Igreja Católica, respondeu quando o prenderam e pretendiam impor-lhe e aos demais cristãos “um silêncio criminoso”: “Non enim possumus quae vidimus et audivimus no loqui” (“Não

8 BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 103.

9 Apud, PIO X, Papa São. *Pascendi Dominici Gregis – sobre as doutrinas modernistas*. Trad. Catuí Corte – Real Soares. São Paulo: Santa Cruz, 2022, p. 43.

podemos deixar de falar das coisas que temos visto e ouvido”). 10 Não poderia a parlamentar realmente se calar e, na verdade, não podemos nenhum de nós (populares ou autoridades constituídas), seja por obrigação legal (constitucional – artigo 227, “caput”, CF) 11 ou moral.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mariana. MPF pede R\$ 5 mi de Damares e União após fake News de abusos no Marajó. Disponível em <https://www.metropoles.com/brasil/mpf-pede-r-5-mi-de-damares-e-uniao-apos-fake-news-de-abusos-no-marajo> , acesso em 24.02.2024.

BERISTÁIN, Antonio. *Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

CANÇÃO denuncia exploração sexual de crianças em Marajó e famosos iniciam campanha. Disponível em <https://oglobo.globo.com/cultura/noticia/2024/02/22/cancao-denuncia-exploracao-sexual-de-criancas-em-marajo-e-famosos-iniciam-campanha.ghtml> , acesso em 24.02.2024.

COUTINHO, Mateus. Sem ter provado supostas denúncias, Damares volta a falar sobre abuso sexual no Marajó. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2024/02/23/sem-ter-provado-supostas-denuncias-damares-volta-a-falar-sobre-abuso-sexual-no-marajo> , acesso em 24.02.2024.

FEITOSA, Diógenes Freire. Ilha de Marajó: Políticos e Artistas Zombaram de Denúncia e Pediram Cassação de Damares. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/ilha-de-marajo-politicos-e-artistas-zombaram-de-denuncia-e-pediram-cassacao-de-damares/> , acesso em 24.02.2024.

PINHEIRO, Joel. Damares tira denúncia de esgoto on line da extrema – direita que promove pânico moral e histeria. Disponível em <https://portalcioranbr.wordpress.com/2022/10/13/damares-esgoto-panico-moral/> , acesso em 24.02.2024.

10 Op. Cit., p. 22.

11 **Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado** assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (grifo nosso).

PIO X, Papa São. *Pascendi Dominici Gregis – sobre as doutrinas modernistas*. Trad. Catuí Corte – Real Soares. São Paulo: Santa Cruz, 2022.

SILVA, César Dario Mariano da. O Brasil Está Cumprindo Tratados Sobre Tráfico de Pessoas. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-out-17/cesar-dario-brasil-cumprindo-tratados-traffic-pessoas/>, acesso em 24.02.2024.

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS MÍDIAS SOCIAIS DENTRO DO CONTEXTO ATUAL BRASILEIRO

JULIANA MARINHO CASTELO BRANCO MAUÉS:

Graduada do curso de Direito na universidade Metropolitana Fаметro; Graduanda do curso de Administração na Universidade Federal do Amazonas - UFAM¹²

RESUMO: O presente artigo aborda uma realidade atual da sociedade dentro das mídias sociais. Explana sobre a responsabilidade civil brasileira no âmbito das relações virtuais em redes sociais, bem como analisa a necessidade da adequação jurídica ao novo contexto social, destacado a reparação civil dos danos. Descreve constatações do âmbito civil brasileiro para aqueles que atacam virtualmente outrem, gerando um dano a integridade da vítima. Utiliza como base metodológica os métodos de pesquisa bibliográfica e pesquisa descritiva. Compõe um estudo de descrições, características, propriedades e relações existentes na comunidade, grupo ou realidade pesquisada em tela. Tirar conclusões da eficácia das utilizadas leis e também falta delas no atual contexto social brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Mídias Sociais. Responsabilidade Civil Brasileira. Relações Virtuais. Contexto Social. Ataques Virtuais. Realidade. Eficácia. Leis

ABSTRACT: This article addresses a current reality of society within social media. It explains the Brazilian civil liability in the context of virtual relationships in social networks, as well as analyzes the need for legal adequacy to the new social context, highlighting the civil reparation of damages. Describes the findings of the Brazilian civil scope for those who attack others virtually, generating damage to the integrity of the victim. It uses as methodological basis the methods of bibliographic research and descriptive research. It composes a study of descriptions, characteristics, properties and relations existing in the community, group or reality researched on screen. Draw conclusions about the effectiveness of the laws used and also the lack of them in the current Brazilian social context.

KEYWORDS: Reality. Social Media. Brazilian. Civil. Virtual. Relationships. Social Networks. Damages. Effectiveness. Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil no envio de mensagens lesivas nas redes sociais 3. Eficácia da lei no ordenamento jurídico brasileiro no envio de mensagens

¹² E-mail: julianamarinho1996@gmail.com

lesivas 4. Posicionamento jurisdicional no tocante às mensagens lesivas nas redes sociais 5. Consequências jurídicas aplicáveis ao infrator 6. Considerações finais. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

É inegável o desenvolvimento da vida em sociedade, do mundo real físico para o mundo virtual digital. Como em tudo no conviver das relações humanas, há um ponto de desentendimento e com isso, uma formação de desordem, tornando imprescindível a criação de soluções para as novas situações.

Como uma fundamentação base para a manutenção da vida em equilíbrio, se faz necessário a força matriz do ordenamento jurídico, de forma que assegure meios igualitários e adequados para tal convivência, administrando leis ao que se pede necessário e reprimindo quem não as cumprem.

O tema escolhido trata-se de uma realidade atual da sociedade dentro das mídias sociais, sendo para muitos, desconhecido, por ser um tema novo e ainda crescente. Deste modo, nota-se a necessidade de adequação jurídica ao novo contexto social, dando-se destaque à reparação civil dos danos.

A internet se modernizou e com sua popularização, ocorreu um aumento imensurável de ocorrências conflitantes no que tange a integridade dos indivíduos que utilizam as plataformas, fazendo assim, com que as mídias digitais ficassem fora de controle e com isso, revel a qualquer sanção punitiva.

Com diversos casos surgindo e assim, necessitado de normas legais para tratar dessas situações, falar sobre a responsabilidade civil no âmbito das relações virtuais em redes sociais é de grande importância para a sociedade brasileira, para comprovar e demonstrar que há regras, direitos, deveres e consequências dos atos praticados a outrem no ambiente digital.

Será tratado especificamente no presente artigo, como objetivos principais, a análise da responsabilidade civil nas relações virtuais em envios de mensagens lesivas nas redes sociais e seus danos. Verificando a eficácia da lei no ordenamento jurídico brasileiro no envio das mensagens lesivas. Tendo também o estudo do posicionamento jurisdicional e por conclusão, as consequências jurídicas aplicáveis aos infratores desses crimes virtuais.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO ENVIO DE MENSAGENS LESIVAS NAS REDES SOCIAIS

É notável o grande aumento da migração da sociedade do mundo real físico para o mundo digital virtual. Da utilização de plataformas digitais de meados da última

década para cá. O espaço em mídias sociais tem-se mostrado uma fonte gigante para o mercado nacional e internacional, e com isso, se desenvolvendo imensamente.

Segundo Tubella (2005, p.57, Apud, Castells, Apud, Cardoso) "as novas formas de interação social permitidas pela Internet obrigam a reconsideração de conceitos como comunidade e identidade". Defende, também, que "o principal impacto da Internet na sociedade é a expansão cultural para além de barreiras geográficas, possibilitando a comunicação "from many to many" – sendo essa a relevante diferença entre a rede e os meios de comunicação.

Dentro desse espaço virtual, merece destaque a figura das redes sociais no processo de desenvolvimento da cidadania, mas também através dela é possível criar um lugar de medo e inseguranças, que cidadãos de diversas partes do mundo têm a dizer sobre eventuais acontecimentos da vida privada de determinada pessoa. Ademais, a rápida propagação de mentiras, calúnias e opiniões pelos mais diversos indivíduos só mostra que cada vez mais deva-se ter divulgação e propagação, da necessidade da criação de regras e leis para casos de danos à integridade do indivíduo.

Diniz (2012, p. 37) conceitua responsabilidade civil como sendo:

a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

O espaço virtual passou a ser uma ferramenta indispensável à cidadania, mas também um local de abertura de crimes contra a honra e a integridade da pessoa humana. Nesse sentido, a Internet pode ser utilizada como um verdadeiro instrumento de maldade, crueldade e inverdades.

Os ataques em mídias sociais através de mensagens ofensivas à integridade da pessoa se tornaram um acontecimento recorrente e diário. Como se fosse uma atitude comum e sem repercussões de tais atos. Muitos desses agressores virtuais, não acreditam, ou não levam a sério que seus comportamentos, por serem mensagens e por serem de cunho virtual, não atingirão precisamente outrem.

Existem deveres, que são rotulados de "originários" ou "primários" e decorrem do ordenamento jurídico ou das relações negociais entre os sujeitos de direitos.

Tais deveres, são focados em não causar dano a outrem (*neminem laedere*), conforme diz Cavaliere Filho (2009, p. 1):

Para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Fala-se, até, em um dever geral de não prejudicar ninguém, expresso pelo Direito Romano através da máxima *neminem laedere*.

Nos últimos anos, notou-se um aumento considerável de casos relacionados a ataques virtuais no Brasil. Como tudo, para se viver com harmonia e segurança em sociedade há a necessidade de regras e deveres, portanto, não seria diferente em plataformas digitais, onde também há responsabilidade civil tanto de quem divulga suas criações, como de quem as consome. Dos dois lados há responsabilidades. Não é por haver uma tela separando os indivíduos que não há consequências em se tratando de geração de dano.

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão do bem que trata sobre os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Continuando essa premissa, Cavalieri Filho (2009, p. 2) conceitua responsabilidade civil da seguinte forma:

Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida.

Portanto, nota-se que há uma necessidade de adequar leis para os casos surgidos em meios eletrônicos, especificamente no envio de mensagens lesivas, ensejando o tratando da violação ao direito da pessoa e não somente enquadrar em um único pressuposto, como se apenas houvesse danos preexistentes materiais e não sentimentais e psicológicos.

Com a velocidade das transformações no meio digital exige dinamismo, pois as leis precisam ser genéricas e flexíveis para abranger o máximo de situações possível, sendo o âmbito jurídico brasileiro o guardião para todos.

2. EFICÁCIA DA LEI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO ENVIO DE MENSAGENS LESIVAS

Com o aumento de casos no envio de mensagens lesivas nas redes sociais, o ordenamento jurídico brasileiro começou a sentir um pressionamento devido às mudanças ocorridas na sociedade contemporânea atual. Estava por tanto, surgindo um ambiente digital, que também precisaria de ordem.

O enquadramento do regime de responsabilidade civil diante dos novos desafios tecnológicos é de importância crucial para a sociedade. Com isso, está havendo um impacto social com potencial inadequação nos regimes legais existentes na abordagem dos novos casos surgidos com essas modalidades sociais eletrônicas, podendo, portanto, comprometer os direitos legais esperados por um cidadão. (ROSENVALD, 2020)

A Constituição, como legislador de toda a ordem política e jurídica do Estado, acabou abarcando a responsabilidade de dar contornos jurídicos à nova realidade social, cultural e econômica que surgia. Conseqüentemente, a Lei Suprema estendeu laços protetivos aos novos bens e valores jurídicos, resultados da chamada revolução informacional. (MONTEIRO NETO, 2008, p. 9, Apud LIMA)

No decorrer de pesquisas para o artigo em tela, nota-se uma leve camada do direito penal quanto ao enquadramento de crimes virtuais, utilizados como fundamentação o primordial respaldo da constituição brasileira. No entanto, tais condutas, em sua maior parte, ainda se encontram ineficazes dentro do direito civil, ou não causam uma repressão suficiente para sanar os ataques virtuais no envio das mensagens lesivas.

O Código Civil, em parte, lida com determinados conflitos a respeito desse tema, no entanto, faltam normas específicas que assegurem uma boa utilização dentro da comunidade virtual. (VEDOVATE, 2005, p. 13).

Apesar de ser aparentemente fácil definir um conceito de nexos causal, grandes foram as dificuldades para encontrar o nexo de causalidade em casos que existam concausas sucessivas, onde se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. (GONÇALVES, 2012, p. 351)

Seguindo essa linha, Diniz (2012, p. 129) afirma:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa.

Como falar em eficácia do ordenamento jurídico brasileiro, se tais condutas se encontram com falhas, ou sem regulamentação em sua maior parte? É notória a falta de abrangência no ordenamento jurídico por se tratar de acontecimentos ainda novos e que só recentemente estão gerando repercussões.

Tanto o direito penal, quanto o civil, encontram empecilhos com a falta de uma regulamentação adequada para tratar as práticas de infratores virtuais. Encontra-se uma necessidade de regulamentação na internet, o que está sendo discutido pela sociedade atualmente, através do chamado Marco Civil da Internet.

Tal instituto consiste em uma espécie de constituição da internet contendo princípios que nortearão o correto uso da internet no Brasil, além de projetar diretrizes para o Poder Público no sentido de buscar o desenvolvimento saudável da internet no Brasil. (WANDERLEI, 2012, p. 38-39, Apud LIMA)

Sendo assim, o que nota é o aguardo de enquadramentos de médio a longo prazo da criação de leis brasileiras mais específicas no âmbito civil. Esse é o entendimento de Basso e Almeida (2007, p. 123), quando afirmam que

em vários casos, as leis existentes são também aplicáveis aos novos pressupostos do contexto virtual. Em outros, uma nova regulamentação é necessária para se ter mais segurança no emprego das ferramentas eletrônicas e maior certeza quanto a validade e eficácia das transações celebradas por meio eletrônico.

De fato, o risco à danos contra a integridade da pessoa humana é real, devendo haver uma mobilização mais afincada por parte do ordenamento jurídico brasileiro, por meio de suas instituições, para sanar a perpetuação desses ataques virtuais que geram danos imensuráveis à vida das vítimas.

O que existe atualmente é um conjunto reduzido de normas que tipificam somente algumas condutas. São tipos extremamente específicos, não sendo esse um óbice à produção de normas mais gerais. (MONTEIRO NETO, 2008, p. 93, Apud, LIMA)

Diante da problemática apresentada, é encontrado teorias que definem o nexo causal, como a teoria da equivalência das causas e equivalência dos antecedentes. Sendo aplicado ao direito penal, onde no art. 13 do Código Penal, dispõe que: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”

Essa teoria não trata de distinção alguma entre a causa e a condição. Tendo, supostamente, várias situações que ocorrem onde há um mesmo resultado, por exemplo, uma pessoa envia diversas mensagens lesivas que afetam profundamente a vida de outrem, podendo correr consequências inimagináveis além de apenas uma ofensa a sua pessoa, não há o que dizer nesse caso, que todas equivale igualmente, possuindo o mesmo peso e valor. Não havendo, portanto, um aprofundamento se uma ou outra teoria foi eficaz para o resultado final.

No âmbito do direito civil ocorre a chamada teoria da causalidade adequada, no entanto, não há legislação civilista específica que trate da aplicação de tal teoria.

Sendo assim, se o ordenamento jurídico brasileiro for insuficiente ao lidar com danos causados por tecnologia digitais, as vítimas podem ser privadas de uma indenização, mesmo que uma análise possa ser feita, para justificar a compensação. Isto sem contar a inexorável presença das novas tecnologias em todos os aspectos da vida social e o efeito multiplicador com o alcance imenso que as mídias eletrônicas trazem, amplificando assim, significativamente os danos, ao ponto de que se tornem virais, rapidamente propagando em uma sociedade extremamente conectada e gerando danos profundos e talvez irreparáveis.

3. POSICIONAMENTO JURISDICIONAL NO TOCANTE ÀS MENSAGENS LESIVAS NAS REDES SOCIAIS

Por ser um tema recente, como constatado, o ordenamento jurídico brasileiro ainda está em desequilíbrio ao tratar de sanar as situações que pedem auxílio em casos extremos e não regulamentados no envio de mensagens lesivas.

Atualmente, existe a Lei nº 12.965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet. Foi produzida com intuito de sanar as lacunas do sistema jurídico brasileiro. A referida lei prevê como princípios que regulam o uso da internet no Brasil, focando na proteção da privacidade e dados pessoais, na inviolabilidade e sigilo de comunicações privadas, salvo por ordem judicial.

No entanto, tal lei não atinge os objetivos esperados, ocorrendo descaso aos princípios fundamentais e com penas brandas, não surgindo repressão suficiente aos infratores cibernéticos.

Encontra-se também leis que versem sobre os crimes virtuais, como por exemplo a Lei nº 12.735/2012 e Lei nº 12.737/2012. Essas leis tipificam condutas criminosas, de cunho invasivo à privacidade de outrem, tendo o intuito de obter vantagem econômica em cima de informações, causando medo e instabilidade na vida da vítima.

Porém, é uma lei que traz lacunas e dúvidas interpretações, pois dependendo da utilização do usuário em redes e também de sua inexperiência profunda sobre os meios de segurança dentro do ambiente digital, ficando à mercê de indivíduos maliciosos que utilizam de vírus e plataformas que solicitam senhas e informações pessoais, sendo essas condutas, não amparadas em legislação e até então, atípicas.

Houve em certo período, um projeto lei do Senado 481º, de 2011 que iria alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre os crimes de constrangimento e de ameaça praticados nas redes sociais que estejam presentes nas redes municipais de computadores, porém esse projeto foi barrado, não sendo aprovado.

Para o deleito de novas mudanças e avanços futuros quanto a legislações no ambiente virtual, recentemente, a Câmara dos Deputados, aprovou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 17/19, do Senado, que tratará da proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, sendo esse, um direito fundamental.

Segundo a reportagem de Eduardo Piovesan e Ralph Machado, publicada no site Agência Câmara de Notícias, a proposta caberá à União para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei. “Todos nós aqui utilizamos sistematicamente aplicativos na internet, e o manejo desses aplicativos se dá a partir da oferta de dados pessoais, que, muitas vezes, é objeto de manipulação sem que cada um de nós saiba os riscos à nossa privacidade”, afirmou Orlando Silva.

Também recente, foi sancionando no Rio Grande do Norte, o projeto lei Lucas Santos que tem o intuito de proteger crianças e adolescentes com o objetivo de criar conscientização e prevenção à suicídios, voltada a violências mentais geradas na utilização das redes sociais. Será estudado meios de implementação nas escolas públicas e privadas através de projetos pedagógicos.

Com isso, é possível notar que o número de jurisdições e posicionamentos quanto ao tema em tela voltado para o âmbito jurídico civil brasileiro ainda é relativamente escasso.

Esse cenário instável de ataques virtuais, necessita, para manter o primado equilíbrio jurídico, fundamentações respaldadas pela responsabilidade civil brasileira. Nessa linha, afirma Venosa (2010, p. 2-3):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

No direito penal, se encontra uma leva um pouco mais abrangente quanto as devidas infrações virtuais, no entanto, esse ramo também sente a necessidade de mais normas que tratem especificamente dos crimes virtuais.

No mais, se encontra o tratamento contra os ataques centrados em calúnia, injúria e moral, sendo utilizado parâmetros analógicos para sanar os casos que pedem ajuda nos ataques virtuais que atingem profundamente a integridade da pessoa humana no envio de mensagens lesivas, muitas vezes até fatais.

Portanto, embora existam essas leis citadas, encontram-se ainda, ineficazes para deter os infratores cibernéticos deixando em aberto uma grande janela para ocorrer a insegurança jurídica.

4. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS APLICÁVEIS AO INFRATOR

Já pontuado e analisado os acometimentos mais comuns no envio de mensagens lesivas dentro do meio digital a outrem, uma das consequências jurídicas existentes atualmente e que pode ser abordada ao infrator, é a teoria do risco, tendo o maior grau de aplicabilidade, sendo utilizada para sanar os problemas de reparação do dano onde a culpa não é o elemento indispensável em razão conjunta do princípio da equidade e do equilíbrio.

Ao tocante, Pinheiro (2009. p. 310) disserta:

Considerando apenas a Internet, que é mídia e veículo de comunicação, seu potencial de danos indiretos é muito maior que de danos diretos, e a possibilidade de causar prejuízos a outrem, mesmo que sem culpa, é real. Por isso, a teoria do risco atende às questões virtuais e a soluciona de modo mais adequado, devendo estar muito bem associada à determinação legal de quem é o ônus da prova em casa caso.

Vale destacar, as sanções dos delitos previstos na Lei 12.737/2012 in verbis:

Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 266 - Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública - Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 298 - Falsificação de documento particular/cartão - Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Não podendo deixar de explanar sobre as três espécies de crimes mais frequentes e praticados no meio digital através das redes sociais, sendo eles: Calúnia, Difamação e Injúria.

Essas condutas ilícitas estão tipificadas no Código Penal, nos artigos 138, 139 e 140. Produzindo penas consideradas ainda, brandas, e quando interligadas ao ambiente virtual sua utilização se torna insuficiente por se tratar de casos cada vez mais diversos, porém, com peculiaridades, sendo prejudiciais, gerando consequências mais danosas.

Frisa-se, portanto, a necessidade em majorar leis e penas tanto no âmbito civil, como penal, que atinjam o objetivo de abraçar essas condutas ilícitas que tratem dos crimes cometidos nos meios digitais. Mantendo a sociedade em ordem e constituída da proteção jurisdicional brasileira.

CONCLUSÃO

Como tudo está em constante desenvolvimento, a evolução no mundo digital não está sendo diferente. A tecnologia viu-se obrigada a adequar-se à rápida multiplicação de informações e o sistema judiciário, por sua vez, também tem o dever e obrigação de acompanhar essa grandiosa evolução.

Notou-se uma falha no tratamento de casos tocantes à integridade da pessoa humana dentro do ordenamento jurídico brasileiro, sendo constatado insuficiências ao lidar com danos causados por tecnologias digitais.

Sendo um grande desafio e um ambiente relativamente novo, o que se vê é o escoro de juízes no momento de lidar com novos casos voltados a mídias sociais, utilizando de normas antigas de forma analógica ao caso concreto, sendo necessária uma cruel e fiel interpretação social que adeque soluções ao mesmo passo que molde a sociedade. Desse modo, apesar de não haver entendimento jurisprudencial específico sobre o tema em tela, os limites da responsabilidade civil brasileira sobre o conteúdo se encontram no dever de variar e assim, percebemos que ela se porta aplicável à matéria digital, tendo, no entanto, que se atentar às particularidades do meio virtual.

É de extrema e fundamental necessidade que haja uma fiel interpretação que represente os casos de envio de mensagens lesivas nos meios digitais e que assim haja uma reflexão cultural nos consumidores virtuais.

Ante o exposto, dada a falta de legislação específica acerca do tema, por vezes os Tribunais nacionais pátrios podem se posicionar de forma contraditória. Portanto, é primordial que ocorra uma mudança de postura para que tenhamos uma sociedade digital segura. Caso contrário, colocar-se-á em risco o próprio ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/801696-camara-aprova-em-2o-turno-pec-que-inclui-a-protecao-de-dados-pessoais-na-constituicao/> Acesso em: 21 de out. 2021

AgoraRN Disponível em: <https://agorarn.com.br/ultimas/lei-lucas-santos-e-sancionada-no-rn-como-medida-de-prevencao-ao-suicidio-nao-vai-ser-em-vao/> Acesso em: 21 out. 2021

BASSO, M.; ALMEIDA, G. A. É preciso difundir mentalidade digital nas empresas. In: KAMISNSKI, Omar (Org.), op. cit., 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 21 de out. 2021.

BRASIL. Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 28 out. 2021

_____. Lei. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código

Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm Acesso em: 15 out. 2021

_____. Lei 12.735, de 30 de novembro de 2012. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, e a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, que sejam praticadas contra sistemas informatizados e similares; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12735.htm Acesso em: 15 out. 2021

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 out. 2021

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 4.

LIMA, Prado Simão. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/crimes-virtuais-uma-analise-da-eficacia-da-legislacao-brasileira-e-o-desafio-do-direito-penal-na-atualidade/> Acesso em: 18 Out. 21

MONTEIRO NETO, J. A. Aspectos Constitucionais e Legais do Crime Eletrônico. Fortaleza, 2008.

NELSON, Ronsenvald, NETTO, Braga Felipe, CHAVES DE FARIAS, Cristiano. Manual de direito civil: volume único. Salvador, JusPODIVM, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUBELLA, Imma. Television and Internet in the construction of identity. Apud CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo, eds. The network society: from knowledge to policy. Washington, DC: Johns Hopkins Center for Transatlantic Relations, 2005. Disponível em: <https://archive.transatlanticrelations.org/publication/the-network-society-from-knowledge-to-policy/> Acesso em: 15 Out. 21

VEDOVATE, L. L. V. Contratos Eletrônicos. INTERTEMAS. v. 10, n. 10. Presidente Prudente, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 4.

WANDERLEI, F. P. Crimes Cibernéticos: Obstáculos para Punibilidade do Infrator. Araguaína, 2012.

AS ALTERAÇÕES NO CRIME DE ESTELIONATO, APÓS A APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.964/2019, COMUMENTE DENOMINADO “PACOTE ANTICRIME”

WALDRYANNY SILVA BATISTA:

Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário Fametro – CEUNI
FAMETRO¹³

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo estudar as recentes modificações no delito de estelionato tipificado no caput do artigo 171 do Código Penal Brasileiro, mudanças essas que se originou pela criação da lei Nº 13.964/2019. Como metodologia, adotou-se a pesquisa bibliográfica, reunindo-se livros e artigos para que fosse possível observar e entender diferentes posicionamentos sobre o tema em questão. Dado a importância e a relevância social que a temática para o referido estudo exerce. Dessa forma, apresenta inicialmente um breve conceito sobre a teoria do crime e logo após a conceituação do crime de estelionato. Analisa e demonstra até onde essas alterações podem beneficiar ou prejudicar as pessoas que são vítima ou que foram vítima do crime em questão. Posteriormente, verificou-se alguns posicionamentos sobre as mudanças no crime de estelionato, o qual onde uns entendem que haja fatores positivos e outros entendem que essas alterações só beneficiará o réu, assim, sendo um fator negativo para a vítima. Conclui-se que, com os fatores positivos e negativos com relação a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal no tempo, tendo em vista que, para alguns especialistas essas mudanças não geraram nenhum meio para combater o crime.

Palavras-Chave: Teoria do crime; Estelionato; Pacote Anticrime; Divergência de Opiniões.

ABSTRACT: This work aims to study how recent changes in the crime of embezzlement typified in the caput of article 171 of the Brazilian Penal Code, changes that originated with the creation of law No. 13964/2019. books and articles so that it was possible to observe and understand different positions on the subject in question. Given the importance and social exclusion that the theme for the aforementioned study exerts. Thus, it formulates a brief concept about the theory of crime and right after the conception of the crime of embezzlement. It analyzes and demonstrates how far these changes can benefit or harm people who are victims or who have been victimized by the crime in question. Furthermore, there were some positions on the changes in the crime of embezzlement, which some understand as positive, however, others understand that these changes only benefit the defendant, thus being a negative factor for the victim. There are positives and negatives

13 E-mail: waldryanny@gmail.com

regarding the applicability of the principle of retroactivity of criminal law over time, considering that, for some, these changes did not generate any means to fight crime.

KEYWORD Crime theory. Embezzlement. Anti-Crime Package. Divergence of Opinions.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Teoria Do Crime. 3. Crime de Estelionato; 3.1 O Crime De Estelionato Antes Da Aplicação Do Pacote Anticrime; 3.2 Configuração Penal Do Crime De Estelionato. 4. Alterações No Crime De Estelionato; 4.1 A Nova Natureza Da Ação Penal Para O Crimes De Estelionato. 5 Princípio Da Retroatividade Com A Aplicação Do Pacote Anticrime No Crime De Estelionato; 5.1 Principio Da Retroatividade; 5.2 Divergências De Opiniões Entre Especialista E Do STJ Em Matéria Sobre As Mudanças No Crime De Estelionato E A Aplicação Do Princípio Da Retroatividade. 6. Considerações Finais. 7. Referência.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa objetiva analisar as mudanças advinda da Lei nº 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime” a qual, entrou em vigor em 24 de Janeiro de 2019 e logo após a sua vigência trouxe consigo modificações ao crime de Estelionato, o qual passou de uma ação penal pública incondicionada promovida por denúncia do Ministério Público para ser uma ação penal pública condicionada à representação, salvo exceções expressas nos incisos do parágrafo 5º (contra administração pública, direta ou indireta; contra criança ou adolescente; contra maior de 70 anos ou incapaz).

O crime de estelionato, o qual, está tipificado no artigo 171 do Código Penal antes da alteração, sempre foi processado mediante ação penal pública incondicionada, ou seja, a autoridade policial tinha o poder de instaurar o inquérito policial independente de não haver prévia manifestação da vítima ou de qualquer outra pessoa.

Contudo, com as novas modificações, acarretaram polêmicas entre especialistas no âmbito do direito e o Superior Tribunal de Justiça, causando divergência entre seus posicionamentos e opiniões sobre o assunto, assim tornando-se necessário e relevante que estudos e pesquisas sejam realizados com objetivo de maior compreensão sobre os diferentes posicionamentos sobre o tema em questão.

Dado à importância e a relevância social que a temática escolhida para o presente estudo exerce, se torna interessante apresentar a relevância que o tema possui para a área de Direito, pois, há opiniões que defendem o ponto de vista que, essas mudanças trouxeram consigo fatores que prejudicam as pessoas que foram vítimas de um estelionatário antes da lei entrar em vigor.

Ademais, por outro lado há quem defenda as modificações, alegando ser um fator positivo por entenderem que a vítima do delito é a maior interessada na resolução do

problema, sendo assim, concorda-se que a vítima deve denunciar e permitir através do termo de representação a abertura ou continuidade do inquérito policial.

No entanto, além da discussão sobre a obrigatoriedade da assinatura da vítima no termo de representação, por outro lado, ainda se discute sobre os limites onde pode ou deve ocorrer a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal, tanto no inquérito policial quanto em situações onde o processo já está em andamento.

2. TEORIA DO CRIME

A teoria do crime pode ser conceituada sob três aspectos, material, formal e analítico. Em seu conceito material crime é toda conduta humana que lesiona ou expõe a perigo de lesão o bem jurídico penalmente tutelado de terceiro.

Por outro lado, em seu conceito formal, crime é aquele no qual o tipo penal contém uma conduta e o resultado naturalístico, porém não exige para sua consumação o resultado naturalístico, como por exemplo o crime de ameaça.

No entanto o conceito científico empregado pelos operadores do direito é o conceito analítico, o qual prevalece no Brasil, o mesmo define o crime como um fato típico e ilícito praticado por um agente culpável. Dessa forma, para que seja configurado o crime deve haver a presença de todos os elementos, ou seja, caso não haja a presença de um dos seus elementos essenciais o fato não será configurado como crime.

O fato típico é o primeiro elemento do crime e se subdivide em quatro substratos; conduta, sendo toda ação com dolo ou culpa; resultado, sendo normativo/jurídico ou naturalístico; nexo causal, sendo a ligação entre a conduta e o resultado e a tipicidade, o qual é o último substrato do fato típico, sendo material e formal. Contudo, para que se configure a existência do fato típico deve haver a presença cumulativa dos quatro substratos.

Ademais, a ilicitude é a contrariedade/relação de contrariedade entre a conduta do agente criminoso e o ordenamento jurídico como um todo, no entanto, existem quatro tipos de excludentes de ilicitude, são eles: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

Por fim, o último elemento que define o crime é a culpabilidade a qual se divide em três elementos, a imputabilidade, o potencial conhecimento sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

3. CRIME DE ESTELIONATO

Estelionato é uma palavra oriunda do termo em latim *stellionatu*, que significa uma prática criminosa, contudo, alguns autores afirmam que estelionato deriva do termo *stellio*. O crime em questão trata-se de um tipo penal tipificado como crime contra o patrimônio, crime este que está amparado também pela constituição da república federativa do Brasil.

Nos dizer de Yuri Coelho (2015, p. 599):

A tutela penal do patrimônio é abarcada pela nossa Constituição através do seu art. 5º, caput e seus incisos XXII e XXIII. Patrimônio é um conjunto de bens ou interesses de valor econômico, vinculados a um titular, pessoa física ou jurídica. O patrimônio é representado por bens materialmente considerados ou interesses, todos representativos de valor pecuniário

Por outro lado, no que tange a doutrina jurídica, podemos citar o pensamento de Rogério Grego ao se referir à origem do crime de Estelionato, que diz: "Desde que surgiram as relações sociais, o homem se vale da fraude para dissimular seus verdadeiros sentimentos e intenções para, de alguma forma, ocultar ou falsear a verdade, a fim de obter vantagens que, em tese, lhe seriam indevidas".

O estelionato representa modalidade de crime patrimonial mediante fraude, vez que, ao invés da clandestinidade, ameaça ou violência à pessoa, o autor se vale do engano ou o emprega para que a vítima, inadvertidamente, se deixa espoliar, configurando, assim, forma "evoluída" de captação do alheio.¹ No início do século passado advertia o mesmo autor que, em substituição à clássica e violenta criminalidade, surgiam novas formas de delinquência, em que "o expoente da improbidade operosa é hoje o *architectus fallaciarum*, o *scroc*, o burlão, o cavalheiro de indústria". Na verdade, assiste-se, hoje, a uma justaposição entre aquela criminalidade bárbara e esta outra engenhosa, a fraude, sob todos os mantos, nas relações interpessoais. Do mesmo doutrinador pátrio colhe-se que a sagacidade dos negócios não se constitui em fraude juridicamente ponderável, sendo tolerada, dentro de certos limites, em homenagem à segurança e estabilidade dos contratos, havendo, pois, uma licença para aquela habitual astúcia pela qual se realiza o vulgarmente dito "bom negócio". O Direito, concluiu ele, nem sempre se apresenta coincidente com a Moral.² A tipificação do estelionato e fraudes correlatas vem apresentada no Título II, Capítulo VI do Código Penal Brasileiro (BALDAN, 2020, s/n).

No contexto bíblico, com base na parábola de Caim e Abel, o qual narra a história de dois irmãos que trabalhavam juntos e em um certo dia caminhando juntos Abel decide matar seu irmão Caim, com isso entende-se que nunca será possível saber o que se passa na cabeça e no coração do ser humano. Assim, tornando-se difícil a convivência na sociedade, pois não é fácil identificar as pessoas mal-intencionadas.

Na mitologia grega, conforme o Portal da Mitologia (Wikipédia), encontra-se também diversos casos em que o homem tenta enganar os deuses como é o caso de:

Sísifo, considerado o mais astuto de todos os mortais. Já no inferno, Sísifo reclamou com Hades da falta de respeito de sua esposa em não o enterrar. Então suplicou por mais um dia de prazo, para se vingar da mulher ingrata e cumprir os rituais fúnebres. Hades lhe concedeu o pedido. Sísifo então retomou seu corpo e fugiu com a esposa. Havia enganado a Morte pela segunda vez.

No entanto, independente de qual seja o ponto de vista, seja bíblico, mitológico ou da doutrina jurídica moderna, os quais afirmam que a conduta humana dirigida a obter vantagem ilícita em prejuízo alheio advém de tempos remotos, não sendo algo novo ou fruto da modernidade, e sim inerente à natureza humana.

3.1 O Crime De Estelionato Antes Da Aplicação Do Pacote Anticrime

O crime de estelionato antes de suas alterações, oriunda da criação da Lei nº 13.964/2019, comumente denominada "Pacote Anticrime", estava tipificada no artigo 171 do código penal brasileiro desta forma:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu

vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Estelionato contra idoso

§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso. (Incluído pela Lei nº 13.228, de 2015).

Contudo, o delito em questão, se tratava sempre de ação penal pública incondicionada, ou seja, após formar o seu convencimento e concluir pela existência da justa causa, o Ministério Público oferece a denúncia em juízo, ainda que a vítima não tenha essa pretensão.

Vale ressaltar que há Lei nº 14.155/21, realizou três alterações no art. 171 CP, anterior a modificação provinda do pacote anticrime, inseriu o §2º-A, prevendo a qualificadora do estelionato mediante fraude eletrônica, acrescentou o §2º-B, com uma causa de aumento de pena relacionada com o §2º-A e modificou a redação da causa de aumento de pena do §4º, conforme exposto:

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021).

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional. (Incluído pela Lei nº 14.155, de 2021).

§ 4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso. (Redação dada pela Lei nº 14.155, de 2021)

3.2 Configuração Penal Do Crime De Estelionato

Para que exista o crime de estelionato se faz necessário a presença de quatro requisitos constitutivos. Caso ocorra a ausência de um dos itens não será possível configurar a existência do crime. São eles:

- o Vantagem ilícita para quem comete o ato;
- o Prejuízo para a vítima;
- o Uso de malícia para enganar a outra pessoa;
- o Indução da vítima ao erro.

Importante dizer que o estelionato admite a forma consumada ou tentada. Vale ressaltar, que a modalidade na forma tentada, está se tornando muito comum, dando como exemplo caso em que, o agente faz negociação com transferência bancária

Sobre a possibilidade da tentativa, segundo Pedro Campos (2016, pág. 505):

A tentativa é possível, pois, mesmo o agente enganando a vítima, não consegue obter a vantagem, ou, obtendo-a, não causa o prejuízo. Exemplo: o agente consegue, por meio fraudulento, enganar a vítima, e, quando está para receber a vantagem, intervém um terceiro, que impede o resultado.

Por outro lado, quanto ao sujeito ativo pode ser quem induz ao erro, bem como, a pessoa que recebe o bem sabendo que se trata de fraude, sendo qualquer pessoa maior e capaz.

Já no polo passivo, pode ser qualquer pessoa, cabendo inclusive, a pessoa jurídica, no dizer de Victor Gonçalves (2018, p. 485):

Os que sofrem o prejuízo patrimonial e todos os que foram enganados pela fraude perpetrada (ainda que não sejam economicamente prejudicados). É plenamente possível, portanto, que o agente engane uma pessoa e esta entregue bem pertencente a outra, hipótese em que ambas são vítimas de um único estelionato. Essa situação, aliás, é muito comum em golpes dados em lojas ou similares, quando o prejuízo é do estabelecimento comercial e a pessoa ludibriada é um funcionário. Pessoas jurídicas também podem ser sujeito passivo do crime em tela na condição de prejudicada economicamente pelo golpe.

Por outro lado, para a doutrina, o estelionato é considerado crime comum, com relação ao agente ativo bem como ao passivo, que exige que o ato seja praticado na forma dolosa, sendo admitida a forma ativa e comissiva livre, uma vez que, de qualquer fraude pode se valer o agente para a prática do crime que é tido como de dano.

Segundo Rogério Greco, "Qualquer meio fraudulento utilizado pelo agente, seja mediante dissimulações, seja até mesmo uma reticência maliciosa, que faça a vítima incorrer em erro, já será suficiente para o raciocínio relativo ao delito de estelionato" (GRECO, 2012, p. 98).

Por outro lado, no entendimento de Campos, é o fato de o sujeito obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento (CAMPOS, 2016. p 504).

Sobre o objeto material e o bem juridicamente protegido, GREGO (2016) destaca a conceituação de Munhoz Conde: "bem jurídico protegido comum a todas as modalidades de estelionato é o patrimônio alheio em qualquer de seus elementos integrantes, bens móveis ou imóveis, direitos etc., que podem constituir o objeto material do delito" (GRECO, 2016, p. 631).

4. ALTERAÇÕES NO CRIME DE ESTELIONATO

No dia 24 de dezembro de 2019, foi publicado uma nova lei, denominada pacote anticrime tendo feito uma série de alterações no sistema de justiça criminal e da legislação penal, assim provocando polêmicas.

No que tange o delito de estelionato ocorreu a mudança da regra da ação penal, assim transformando de pública incondicionada em pública condicionada; mudou critérios de prisão preventiva; estabeleceu necessidade de revisão periódica da prisão preventiva; criou o juiz das garantias; determinou o desentranhamento físico do inquérito policial após o recebimento da denúncia; criou o acordo de não persecução penal; regulou novo modelo de arquivamento de inquérito policial; regrou a cadeia de custódia da prova e introduziu novas garantias para os acordos de colaboração premiada.

Ademais, tendo sido incluído pela lei em questão o §5^a, no artigo 171 do código de processo penal, o qual faz menção a exceção da regra, sendo assim, casos onde a ação penal pública será incondicionada.

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - a Administração Pública, direta ou indireta; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - pessoa com deficiência mental; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

4.1 A Nova Natureza Da Ação Penal Para O Crimes De Estelionato

O crime de estelionato em regra, antes das alterações provinda do pacote anticrime, era uma ação penal pública incondicionada, ou seja, após formar o seu convencimento e concluir pela existência da justa causa, o Ministério Público tinha o poder de oferece a denúncia em juízo.

No entanto, com as mudanças advinda do pacote anticrime, o legislador entende que o estelionato é um crime que de certa forma traz consigo um constrangimento para a vítima, no sentido de se sentir desconfortável para ir até a delegacia comunicar que foi enganada, ou seja, foi vítima de um golpe.

Dessa forma, o legislador entende que há um interesse maior por parte do particular, com isso, com a introdução do pacote anticrime o crime de estelionato se tornou, via de regra, uma ação penal pública condicionada a representação.

Assim, mesmo que a ação deva ser ajuizada pelo Ministério Público, a vítima por meio da representação deve querer que o autor do crime seja indiciado.

A ação penal esta tipificada no artigo 100, do código de processo penal.

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

5 PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE COM A APLICAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME NO CRIME DE ESTELIONATO

5.1 Princípio Da Retroatividade

O princípio da retroatividade é aquele aplicado após a alteração da lei do crime praticado pelo autor, vale ressaltar, que este princípio só é permitido em casos que beneficiará o réu, por exemplo: delito praticado com lei em vigor com pena mínima de 1 ano e máxima de 2 anos, no, entanto, durante o processo, porém, antes da sentença condenatória ocorre a alteração nesta lei aumentando a pena mínima e a máxima. Neste caso será válida para o julgamento do réu a lei anterior, pois, esta estará beneficiando o mesmo, quando for sentenciado sua pena. Ou seja, entende-se que o princípio da retroatividade penal é aplicado de modo que possa beneficiar a situação do réu no dia do seu julgamento, independentemente da vigência de lei nova.

Entendimento este com base no que consta na legislação em seu código penal brasileiro artigo 2º e parágrafo único, com complemento na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º inciso XL;

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 5º - XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

5.2 Divergências De Opiniões Entre Especialista E Do Stj Em Matéria Sobre As Mudanças No Crime De Estelionato E A Aplicação Do Princípio Da Retroatividade

As mudanças sobre o tema em questão causaram diversas polêmicas no âmbito jurídico, assim dividindo posicionamentos e opiniões entre o Superior tribunal de Justiça e especialistas no direito, os quais apontam e defendem seu posicionamento publicamente.

Assim, tento como um dos fatores dessas mudanças a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal, a qual atinge tanto o inquérito policial quanto o processo em curso, caso ainda não tenha sido transitado e julgado a sentença condenatória.

Dessa forma, em situações em que o caso ainda está na fase de inquérito policial, a vítima deve ser intimada novamente a comparecer na delegacia para formalizar a sua vontade em dar continuidade no andamento do inquérito policial assinando o termo de representação, pois sem a assinatura da vítima no termo de representação não é possível dar seguimento no inquérito policial.

Por outro lado, em casos em que o processo está em curso caberá ao juiz intimar a vítima, para a que a mesma demonstre seu interesse em processar o autor através da assinatura do termo de representação, assim tornando possível a continuidade da tramitação, ou seja, caso haja a ausência da assinatura da vítima no termo de representação será declarada extinta a punibilidade com base o que dispõe o art. 107, V do CP.

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

Dessa forma, pode-se observar e analisar alguns posicionamentos sobre as mudanças no crime de estelionato.

Para Rogerio Sanches (2020, S/N);

Tendo em vista que a necessidade de representação traz consigo institutos extintivos da punibilidade, a regra do § 5º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temos de diferenciar duas hipóteses:

a) se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da nova lei.

b) se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995).

Nas palavras de Arthur Marchette Fernandes (2020, S/N);

Para o promotor de Justiça em Minas Gerais **André Luis Melo**, a mudança prejudica o combate ao estelionato pois esse delito é, por natureza, mais difícil de ser provado. “No cotidiano há mais golpes, estelionatos, porém há mais processos por furtos por serem mais fáceis de serem provados”, diz. Segundo ele, quem tem “tendência a cometer crimes e recebe ensino formal muda de furto para estelionato, não deixam de cometer crimes como se imagina”.

Para o criminalista **Wellington Arruda**, a mudança parece irrazoável e descabida. “A polícia não poderá investigar delitos de estelionato sem que haja a formal representação da vítima, exatamente como ocorre hoje com delitos de injúria, por exemplo. Polícias judiciárias do Brasil inteiro investigam inúmeros casos de estelionato, que é um crime arдил, complexo e em muitos casos, inclusive, a vítima sequer sabe que foi vítima. Considerando que em várias situações a vítima não sabe nem que foi vítima, como esperar que esta represente formalmente pela investigação?”, argumenta.

O advogado **Gustavo Polido**, no entanto, enxerga pontos positivos na medida. “Com a inclusão do parágrafo quinto no artigo 171 do CP, temos que há demonstração de redução da intervenção estatal em algumas condutas que podem, a depender da vontade do

particular (representação para fins penais), tornarem-se objeto de tutela estatal. Tal inclusão, a meu ver, representa evolução no sentido de tornar o estado menos paternalista, como já se dá em alguns países”, comenta.

A possível participação maior da vítima no processo também é encarada como um fator positivo pelo advogado **Matheus Freitas**. “Por experiência própria, em crimes de estelionato, quando a vítima me procura eu oriento que seja feita uma notícia crime para ajudar na elucidação do delito. Essa notícia crime nada mais é do que uma peça inaugural relatando para a polícia ou para o Ministério Público a ocorrência do estelionato. Como o volume de infrações dessa natureza é muito grande, a demonstração, por parte do ofendido, no interesse de perseguir criminalmente o infrator é salutar pois ajuda a desafogar o judiciário”, argumenta.

Já para o criminalista **Ângelo Carbone**, a medida pode trazer problemas para a vítima que for denunciar o crime. “O problema de abrir uma representação como essa é que se o crime não for comprovado você pode responder por falsa acusação de crime acumulada com uma possível ação indenizatória”, diz.

Com isso, é possível observar que entre diferentes opiniões sobre a recente alteração, alguns ainda conseguem enxergar fatores positivos, por outro lado, outros acreditam que estas alterações, no delito de estelionato, não combatem ao crime em questão e ainda trás consigo um risco para as vítimas, pois esta alteração entende-se que será mais benéfica ao réu.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral as modificações no código penal brasileiro, especificamente no crime de estelionato, sendo um crime contra o patrimônio, modificações essas advinda de uma nova lei que trouxe consigo mudanças tanto no código penal, quanto para o código de processo penal.

Ademais, no caminho percorrido para o desfecho deste estudo, demonstrou-se cada alteração feita no artigo 171, analisando e demonstrando o posicionamento de especialista sobre o assunto em questão, o qual gerou discussões entre eles, assim demonstrando o quanto as vítimas serão ou não afetadas em virtude de algumas novas regras.

Sendo um ponto de destaque a exigência, como regra, á assinatura da vítima no termo de representação, no entanto, este entendimento ainda não está pacificado, quanto a exigência atingir ou não todos os casos.

Um outro ponto de destaque da pesquisa foi o estudo sobre a aplicabilidade do princípio da retroatividade, gerando discursões sobre a aplicabilidade em casos onde já foi realizado a abertura do procedimento na fase policial ou até mesmo quando já está na fase judicial, anterior a criação e a vigência da nova lei conhecida por Pacote Anticrime.

Por fim, com o desfecho dessa pesquisa, foi possível verificar que devido ser um assunto recente e por não haver um entendimento pacificado o assunto ainda estará em estudo, apesar de já ter existido um caso julgado pelo STJ, ainda não se tem nada confirmado sobre a questão da aplicabilidade do princípio da retroatividade. Dessa forma a única certeza que temos sobre todas essas alterações é quanto as exigências expressas no §5º incisos I ao IV do delito em estudo.

7. REFERÊNCIAS

CAMBi, Eduardo (org.). Pacote Anticrime. Primeiro Volume. Curitiba/PR: Escola Superior do Ministério Público do Paraná, 2020.

CAMPOS, Pedro Franco de [et al.]. Direito penal aplicado: parte geral e parte especial do Código Penal. - 6ª. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570.

Código Penal Comentado, Ed. Impetus (Rogério Sanches Cunha).

COELHO, Yuri Carneiro. Curso de Direito Penal Didático. vol. único, 2ª ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019. Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPodium, 2020.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Processual Penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FREDERICO MARQUES, José. Tratado de Direito Penal. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 1964.
GIUSINO, Manfredi Parodi. I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale. Milano: Giuffrè, 1990.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte especial do Código Penal. - 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção Esquematizada/Coordenador Pedro Lenza).

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 10. Ed. – Niterói/RJ: Impetus, 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2007. p. 242.

MARCHETTE FERNANDES, Arthur. **Revista** Consultor Jurídico, 18 de abril de 2020. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1960. p. 457.

INFANTICÍDIO INDÍGENA: ENTRE O DIREITO À VIDA E O DIREITO A CULTURA

AMANDA MEDEIROS NASCIMENTO:

Bacharela em Direito pelo Centro
Universitário Fametro – CEUNI
FAMETRO¹⁴.

RESUMO: O infanticídio indígena é uma prática cultural que ocorre em algumas tribos indígenas brasileiras, a qual vitima crianças de várias idades, em busca da preservação cultural da etnia. O infanticídio indígena ainda é praticado por cerca de 20 etnias entre as tribos brasileiras, leva à morte não apenas de gêmeos, mas também filhos de mães solteiras, crianças com problema mental, físico, ou doença não identificada pela tribo. Há quem argumente que o infanticídio é parte da cultura indígena. Apesar da Constituição Federal garantir aos índios a proteção de seus costumes e tradições, a constituição também garante o direito à vida, que deve sobrepor à prática cultural. A mudança desse costume deve ser buscada pelo diálogo intercultural, acompanhada de políticas públicas de amparo às comunidades indígenas.

PALAVRAS-CHAVE: infanticídio indígena; direito a vida; direito a cultura; teoria universalista; teoria do relativismo

SUMARIO: 1. Introdução - 2. Infanticídio: 2.1 aspectos gerais; 2.2 a prática do infanticídio nas tribos brasileiras; 2.3 a proteção internacional dos direitos humanos dos povos indígenas; 2.4 declaração das Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas; 3. Direito a vida; 3.1 relativismo cultural e universalismo; 3.2 ponderando princípios; 4. Conclusão; 5. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O direito à vida e a cultura são direitos fundamentais da constituição federal de 1988, vamos abordar duas teorias sobre esse tema, alguns autores defendem a teoria do relativismo cultural e outros defendem a teoria universalista dos direitos humanos.

O Relativismo Cultural busca entender os valores culturais de uma sociedade a partir dos padrões vigentes neste grupo social. O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades culturais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura, pesa a si mesma e julga a si mesma.

¹⁴ E-mail: amandamedeirosn18@hotmail.com

A teoria Universalista dos direitos humanos defende a imposição da proteção aos direitos fundamentais do homem mundialmente, em nível global, não podendo haver escusas, sejam elas de ordem cultural, filosófica ou ideológica para que aconteça qualquer ato de desrespeito a esses direitos.

Nessa mesma linha de pensamento, não se pretende diminuir o valor da vida ou defender que as crianças devem estar completamente submetidas à vontade de seus genitores, mas fazer entender que até mesmo o direito à vida é relativo, ainda que os motivos que levam algumas etnias indígenas a permitir o assassinato deliberado de crianças sejam tidos como injustificáveis para a maioria da sociedade.

Sem dúvidas, o direito às manifestações de crença e de cultura não se sobrepõem ao direito à vida, mas o ponderamento desses direitos depende de parâmetros, os quais, portanto, devem ser aplicados segundo o referido nível de integração daquele indivíduo à comunhão nacional, pois não seria adequado fazer pesar nos autóctones os valores morais vigentes na sociedade brasileira, os quais são baseados em influências históricas e religiosas diversas.

Nesse sentido, a atuação do Estado em relação aos homicídios de crianças indígenas não deve ser no caráter de impor uma proibição ao ato, de punição os praticantes, nem mesmo de tentar inserir uma ideologia diferente para os nativos, mas oferecer proteção àqueles índios que não concordam com a prática e, por isso, não querem tirar a vida de seus descendentes. Portanto, se o que se deseja é a abolição do costume, é necessário que o movimento para isso venha dos próprios membros dessas etnias, pois só assim uma intervenção estatal para proibir essa ação será legítima.

2. INFANTICÍDIO

2.1 ASPECTOS GERAIS

A palavra infanticídio vem do latim *infans* (criança) e *caedere* (matar), como “dar morte a uma criança”. Previsto no artigo 123 do Código Penal, a mãe tira a vida do filho sob a influência do “estado puerperal” durante ou logo após o parto, tendo como pena de detenção de dois a seis anos. O Código delimitou o período do puerpério, sendo assim necessária para a consumação do crime de infanticídio que a morte ocorra durante o parto ou logo após. O estado puerperal seria uma alteração e transtorno mental, advindos de dores físicas do parto, capazes de alterar temporariamente o psiquismo da mulher previamente sã, levando-a a agir instintiva e violentamente contra o próprio filho durante o seu nascimento ou logo após o parto. O objeto jurídico do crime é o direito à vida tanto do neonato como o do nascente, que são os sujeitos passivos. O neonato é o que acabou de nascer, e o nascente o que é morto durante o parto. É um crime próprio, pois só pode

ser cometido pela mãe, exigindo assim uma qualidade especial do sujeito ativo, porém, não há impedimento de que um terceiro responda por infanticídio diante do concurso de agentes. De acordo com a Exposição de Motivos do Código Penal:

“O infanticídio é considerado um *delectum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. No entanto, esta cláusula, como é evidente não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica, é necessário que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de maneira a diminuir a capacidade de entendimento ou de autodeterminação da parturiente”

2.2 A PRÁTICA DO INFANTICÍDIO NAS TRIBOS BRASILEIRAS

A prática do infanticídio nas tribos brasileiras, objeto deste estudo, é uma tradição milenar, razão pela qual se faz necessária a investigação de seus motivos e costumes. O termo “Infanticídio Indígena” é somente uma terminologia para dar nome aos costumes de algumas tribos. A jurisprudência e a doutrina tratam o infanticídio como um crime a ser cometido durante ou logo após o parto, o que muitas vezes não acontece nessas situações, já que há registros de crianças de 3, 4, 11 e até 15 anos, que são mortas pelas mais diversas causas. Ressalta-se que há dificuldade em fazer um estudo estatístico específico sobre o número de crianças indígenas que são vítimas dessa prática a cada ano. Muitas das mortes por infanticídio vêm mascaradas nos dados oficiais como morte por desnutrição ou por outras causas misteriosas, desse modo, muito do que se sabe sobre o assunto são relatos de missionários, ONGs e estudos antropológicos.

Primitivamente, o infanticídio não se constituía como crime, como expõe Vicente de Paula Rodrigues Maggjo:

“Verifica-se que entre os povos primitivos da humanidade, a morte dos filhos e das crianças não constituía crime, nem atentava contra a moral ou os costumes, pois, as mais antigas legislações penais conhecidas, não fazem qualquer referência a esse tipo de crime, concluindo ser, então, permitida a conduta hoje delituosa.”

2.3 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS

Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU – Organizações das Nações Unidas foi proclamada em 1948 cujo projeto foi elaborado por John Peters Humphrey, do Canadá juntamente com outros países (Estados Unidos, França, Líbano e China), delineando os direitos humanos básicos. Foi o primeiro instrumento jurídico

relativo aos direitos humanos, é direcionada pelo princípio fundamental de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, acima de qualquer particularidade. Apesar de não ter uma obrigatoriedade legal, consiste em princípio geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como é base para outros tratados, de direitos humanos e normativos constitucionais.

Os direitos humanos não são concedidos ao homem, pois este já nasce com tais direitos, eles são reconhecidos na medida em que vêm da própria dignidade humana. Os direitos humanos e os direitos fundamentais são aqueles que nascem da própria condição humana e que são ou estão previstos na ordem jurídica internacional e no ordenamento constitucional, respectivamente. O rol dos direitos, além de conferir as garantias fundamentais à pessoa humana, define o rumo das organizações sociopolíticas a partir de então, visto que os direitos humanos, além de servirem aos indivíduos, também fundamentam o chamado Estado de Direito, que preponderam os valores de liberdade e democracia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é expressa, tanto em seu preâmbulo quanto na parte dispositiva, que a dignidade da pessoa humana é a premissa básica para o desenvolvimento da sociedade, visto que sem o respeito a valores básicos da pessoa humana, o Estado torna-se totalitário, restringindo as liberdades e garantias individuais. Desse modo, um ato lesivo aos direitos humanos é de tal gravidade que atinge todas as esferas da sociedade, seja política, social ou econômica. Conforme o artigo III da Declaração citada, a totalidade da espécie humana, sem distinção de raça, etnia, cor, sexo, sociedade e contexto cultural. Essa é a essência básica da tutela internacional dos direitos humanos, que confere aos direitos humanos universalidade e indivisibilidade. Ainda que a amplitude dos direitos da pessoa humana seja evidente, os artigos XVIII e XXVII dispõem que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, assim como a liberdade de manifestar essa religião ou crença, tendo o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade. Os artigos abaixo descritos conferem direitos humanos indisponíveis aos indivíduos, como qualquer outro direito.

Artigo XVIII

“Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”

[...]

Artigo XXVII

“Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.”

2.4 DECLARACAO DAS NACOES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS POVOS INDIGENAS

Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas aborda tanto os direitos individuais e coletivos como direitos culturais, de identidade e outros. Afirma que os silvícolas tem o direito de não serem forçosamente assimilados ou destituídos de sua cultura. No artigo 34 deste instrumento, está assegurado que os indígenas tenham o direito de manterem e desenvolverem seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, práticas, e ainda quando existam, seus costumes e sistemas de leis, desde que respeitem e estejam em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. É de suma importância o que está elencado nos artigos 18 e 19 desta declaração, que enfatiza o direito de participação desses povos na tomada de decisões sobre questões que afetem seus direitos, por meio de representantes por eles eleitos de acordo com seus próprios procedimentos e o dever do Estado em cooperar de boa-fé com os interessados, a fim de obter o consentimento prévio dos indígenas para adotarem e aplicarem medidas legislativas e administrativas que os afetem. Com isso, a Declaração condena a discriminação contra os silvícolas, promovendo sua efetiva e plena participação em todos os assuntos relacionados a eles, assim como o direito de manter sua identidade cultural e tomar suas próprias decisões nos assuntos que lhes são pertinentes.

O posicionamento brasileiro foi favorável, declarando que este instrumento internacional era uma reafirmação do compromisso da comunidade internacional com os direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, ressaltando que o exercício desses direitos é consistente com a soberania e integridade territorial dos Estados em que residem. Dentre os dispositivos da presente declaração, cumpre ressaltar:

Artigo 1

“Os indígenas têm direito, como povos ou como pessoas, ao desfrute pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal de Direitos Humanos e o direito internacional relativo aos direitos humanos.”

Artigo 2

“Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito a não ser objeto de nenhuma

discriminação no exercício de seus direitos fundado, em particular, em sua origem ou identidade indígena.

Apesar de ser um instrumento de direitos humano”

3.DIREITO Á VIDA

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção, sendo este o mais importante, já que sem ele os demais ficariam sem fundamento.

Na conceituação de Moraes:

“o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais”.

Desde o início dos tempos o homem vem refletindo os aspectos vinculados sobre a existência da sua pessoa no que se refere a vida em sociedade individual, tais aspectos evoluíram e inovaram com o passar dos tempos, sempre se sujeitando a mudanças estabelecidas por diversas gerações e diferentes povos e culturas.

O termo vida possui inúmeros significados, podendo dizer também que é tudo aquilo que ocorre entre a concepção e a morte, sendo muitos os direitos que por ela nos garantem, estando expresso nas leis, princípios e doutrinas.

Dallari (1998) assevera que o direito à vida é:

“o direito primeiro; primeiro não só em seu sentido cronológico, mas, sobretudo em seu sentido axiológico”. É cediço que, ao passo que se compreende tal afirmativa, visualiza-se também a universalidade deste valor, sobretudo pela complexidade e dinamismo apresentado pela vida.

No mesmo sentido, Masson (2016) também entende que a vida humana se apresenta como o bem jurídico mais importante dentre os direitos constitucionalmente tutelados e, por conseguinte, deve ser assegurada a fim de possibilitar o acesso aos demais direitos.

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção.

Segundo Alexandre de Moraes:

“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais.”

3.1 RELATIVISMO CULTURAL E UNIVERSALISMO

O relativismo cultural é uma teoria que apresenta a necessidade de entender a variedade cultural e a respeitá-la, devendo-se considerar que em cada cultura há uma singularidade e especificidade. Por tal concepção, cada traço cultural pode ser compreendido, haja vista que as diferenças devem ser estudadas conforme as regras e orientações daquele determinado grupo social.

Nesse sentido, a ideia é que os aspectos culturais dos diferentes povos devem ser analisados pelo olhar do sujeito inserido naquele contexto, de forma a desconstituir do observador qualquer bagagem preconceituosa ou carregada de valores que não fazem parte, não são aplicáveis ou são desconhecidos por aqueles a quem se observa.

Por conseguinte, para o relativismo cultural não há verdades universais, visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro.

De acordo com Ronaldo Lidorio:

“O relativismo cultural, inicialmente desenvolvido por Franz Boas e com base no historicismo de Herder, defende que bem e mal são elementos definidos em cada cultura. E que não há verdades culturais visto que não há padrões para se pesar o comportamento humano e compará-lo a outro. Cada cultura, pesa a si mesma e julga a si mesma.”

A tese do Universalismo Cultural consiste na defesa de que todo ser humano possui um valor intrínseco, corolário justamente de sua condição de pessoa humana, que é inalienável e de aplicação universal.

Dentre as críticas apontadas pelos relativistas à proposta universalista dos direitos humanos está no fato de que essa visão universal dos direitos humanos é fundamentada em uma ideia antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas.

A tese da universalidade dos direitos humanos foi adotada pela ONU através da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, sendo posteriormente reafirmada através da Declaração de Viena, de 1993.

“A importância da busca de um valor ou crença comum que possa ser fonte de um eventual conceito de direitos humanos repousa em uma verdade simples: a própria idéia de direitos humanos significa nada se não significar direitos humanos universais. O objetivo das normas internacionais de direitos humanos é estabelecer padrões que desconsiderem a soberania nacional para proteger indivíduos de abuso. Ter direitos humanos significa dizer que existem certos padrões sob os quais o Estado ou sociedade alguma pode ir, independente de seus próprios valores culturais.”

Portanto, as teorias universalistas e relativistas surgem como teorias polarizantes, e os debates e as críticas apontadas entre ambas parecem estar longe de um denominador comum.

Segundo Patrícia Jerônimo:

“Aos olhos universalistas, o relativismo cultural mais não é do que um exercício frívolo e intelectualmente irresponsável. Um exercício falacioso, porque toma como validade das práticas próprias das diferentes culturas como um dado, colocando o “ser” antes do “dever ser.”

No que diz respeito à diversidade cultural, Bonavides (1999) assevera que:

“Este direito se estabelece como sendo uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, de modo que ninguém pode ser coagido a deixar suas próprias tradições ou até mesmo a assentir aos costumes de outrem.”

O Brasil é um país que reconhece variadas manifestações culturais existentes e confere autonomia aos grupos sociais. Em seu artigo 3º, inciso IV, dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Para dar ênfase a essa disposição constitucional o artigo 5º, incluído no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais 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[...].”

Na Constituição Federal de 1988, consagrou-se aos indígenas um capítulo inteiro, o Capítulo VIII, que dispõe sobre seus direitos. É o caput do art 231.:

“Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

O direito indígena foi uma das grandes inovações da Constituição de 1988, entretanto, o novo dispositivo é utilizado como um escudo para forjar a responsabilidade estatal no tocante ao tema do infanticídio indígena. Outro aspecto constitucional relevante, e da mesma forma utilizado para mascarar responsabilidades, é a proteção à manifestação cultural indígena constante no art.215 que estabelece:

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.”

Pela teoria relativista, o infanticídio indígena pode ser cabalmente justificado, haja vista que a negação à prática não estaria representando uma tentativa de salvaguarda das crianças, mas um ato de preconceito aos costumes indígenas, considerando-se que no olhar daquele povo o homicídio de crianças em determinadas situações é admitida pelas crenças e ordenanças locais. Diferentemente, a teoria universalista se apresenta em sentido abnegatório à singularização dos povos, sendo que estabelece a necessidade de proteção e universalização das garantias de reconhecimento da dignidade humana considerando-se apenas a condição de humano da pessoa, independentemente de seu lastro cultural.

3.2 PONDERANDO PRINCÍPIOS

Embora não haja hierarquia entre os princípios constitucionais, há patente colisão entre dois deles, o direito à vida e o direito à proteção cultural. Por este motivo é imprescindível realizar a análise de relevância através da ponderação dos princípios, de forma a verificar o que mais se adequa ao caso do infanticídio indígena.

Nesse sentido, Dworkin (1985) apud Bonavides (2015), diz que:

“ somente os princípios possuem dimensão de peso, importância ou valor. Nesse seguimento, quando em determinado caso, constatar-se um conflito, considerando que a hierarquia dos princípios é a sua

relevância, um deles deverá ser escolhido por mais se adequar ao caso concreto.”

Pela teoria de Robert Alexy (1993):

“Em toda e qualquer ponderação deve-se, antes, identificar os princípios em conflito e apresentar o maior número de elementos para subsidiar o sopesamento e, em seguida, atribuir peso a esses princípios os quais se coloca em xeque, para, finalmente, decidir a prevalência de um em relação ao outro.”

Já no entendimento de Sarmiento (2002) Caldas (2011):

“No momento do conflito, o que deve ser verificado é o peso genérico de cada princípio em embate, sendo que, logo em seguida, cabe ao intérprete do direito observar seu peso específico. Isto é, em um momento imediato, analisa-se a relevância geral daquele princípio. Após tal definição, o que deve ser verificado é seu destaque naquela relação.”

Conforme já demonstrado, tanto o direito à vida quanto a proteção à cultura são princípios constitucionais e inerentes a todo e qualquer sujeito. Destarte, é possível submetê-los à análise de relevância em relação ao infanticídio indígena.

Já foi relatado sobre a inviolabilidade e as demais características do direito à vida, nesse sentido, quanto ao peso genérico deste princípio, é possível mensurá-lo como sendo algo universal e que deve ser buscado e protegido por todas as formas disponíveis. Em relação à cultura, por sua vez, têm-se como um princípio abrangente, cuja dimensão resulta na impossibilidade de consideração do sujeito sem os aspectos e características adquiridas no seu meio cultural.

Ressalta-se que, embora moralmente aceito dentro do contexto de algumas etnias, deve ser realizada uma reflexão ética acerca do infanticídio indígena, haja vista que recai sobre a cultura indígena a igualdade posta como fundamental na Constituição Brasileira, de forma que, assim como o tratamento preconceituoso em face destes indivíduos é inaceitável, a ordenança de respeito à vida que opera em toda a sociedade, também deve ser buscada pelos autóctones.

Ora, a dignidade da pessoa humana que fundamenta o estado brasileiro deve ser analisada com base em todas as possibilidades que permeiam o assunto. O ato de preferir o direito à vida, não retira do sujeito as características que lhe foram inseridas por meio de

sua cultura, nesse aspecto, a utilização de ferramentas para a proteção do nascituro indígena, cujos atributos não são aceitos em dada etnia, não fere a dignidade dos povos adeptos ao infanticídio.

Esclarece-se que ambos princípios apresentam relevância, principalmente por serem fruto do constituinte originário. Outrossim, não está a negar a capacidade de autodeterminação do indígena, lado outro, reconhece-se seu direito de decidir qual caminho trilhar na própria vida. Todavia, quando este direito influencia na existência de outrem, medidas devem ser adotadas por parte do Estado.

É nessas considerações que se encontra o amparo para tratar o direito à vida em prevalência à proteção cultural. Especificamente no âmbito do infanticídio indígena, os argumentos favoráveis à manutenção da vida das crianças indígenas se enaltecem perante a necessidade de garantia de continuidade da cultura infanticida. Isto porque, a noção de dignidade da pessoa humana se mostra mais apropriada quando busca o fortalecimento de direitos essenciais à vigência de outros, como é o caso do direito à vida.

Ademais, a defesa de padrões culturais que desestimulem a evolução dos direitos básicos do indivíduo não é plausível, principalmente se considerar que em muitos casos de infanticídio ocorre a prevalência da vontade da tribo em eliminar a criança em face do desejo da mãe de cuidá-la.

Portanto, no embate entre o direito à vida e a proteção à cultura, no contexto do infanticídio indígena, mostra-se plausível sobrelevar o valor e relevância do primeiro direito em face do segundo.

4. Conclusão

O tema do infanticídio indígena apresenta relevância no momento em que podemos analisar dois princípios constitucionais, o direito à vida e o direito de proteção à cultura. Sem dúvidas, a cultura é essencial à formação do humano, pois com ela o indivíduo orienta-se na vivência e observação do mundo.

Porém, ficou demonstrado que os direitos culturais não devem ser tratados de forma ilimitada, em consideração a outros direitos básicos do ser humano, dentre os quais, o direito à vida. As limitações para o exercício da cultura aparecem quando são colocados em debate princípios como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, visto que a diversidade cultural também deve estar pautada no respeito à vida humana.

É preciso analisar o problema do infanticídio indígena considerando as condições nas quais as tribos nativas estão submetidas. Grande parte dos povos isolados sequer têm acesso a saúde básica ou assistência social, de forma que a sua interação em sociedade fica prejudicada. Nesse sentido, não basta simplesmente instituir medidas punitivas aos

adeptos do infanticídio, mas estabelecer meios para que as crianças potenciais vítimas do infanticídio tenham o mínimo de dignidade.

Mudanças de atitude e pensamento certamente podem ocorrer, mas não de uma hora para outra, principalmente tratando-se de uma cultura antiga e com costumes já enraizados. O que deve ser promovido, em relação aos povos indígenas, é a implementação de medidas estruturais a fim garantir o acesso dos povos à saúde e educação. Além disso, deve-se introduzir, através do diálogo, a visão de que o infanticídio não é mais uma prática necessária e essencial à continuidade de sua cultura. Por fim, em último ensejo, após o insucesso das tentativas de aceitação por parte dos genitores, que as crianças desprezadas possam ser resgatadas pelo Estado e postas sob os cuidados de famílias substitutas.

5. REFERÊNCIAS

Disponível

em <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5142/1/RA20553722.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2021.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Infanticídio e a morte culposa do recém-nascido**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direitos humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.

LIDÓRIO, Ronaldo. **Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre o infanticídio indígena no Brasil**. Revista Antropos, 2007.

BOAS, Márcia Cristina Altvater Vilas. ALVES, Fernando de Brito. **Direito à cultura e o direito à vida: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas**. Artigo publicado no XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza.

Declaração universal sobre a diversidade cultural. Disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_20/IIIIPAG3_20_3.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

Declaração universal dos direitos humanos. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 de junho de 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e direitos humanos**. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. Iniciação à bioética. Brasília: CFM, 1998.

DERZIÉ, Renata Carvalho. **Direitos humanos, o confronto entre o universalismo e o relativismo cultural**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-o-confronto-entre-o-universalismo-e-o-relativismo-cultural/>>

Prova EsPCEx 2020 (1º Dia). Indagação, 2021. Disponível em <<https://www.indagacao.com.br/2021/10/o-infanticidio-indigena-e-uma-pratica-cultura-ainda-corrente-entre-alguns-povos-nativos.html>>

O USO DA PRISÃO DOMICILIAR PARA GARANTIR O DIREITO À CONVIVÊNCIA DA PROLE COM A MÃE

JOSIANNE PAGLIUCA DOS SANTOS:

Mestranda em Direito Processual Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, ingresso em 2020), Especialista em Direito Penal e Criminologia (Uninter/ICPC, 2019), membra do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos” (PUC-SP). Analista Jurídica na Defensoria Pública do Estado do Amazonas¹⁵.

Resumo: O presente artigo fará um apanhado de normativas nacionais e internacionais que versam sobre prisão domiciliar e sobre o direito à convivência familiar da criança, indicando que o uso da prisão domiciliar não deve ser feito tão somente nas hipóteses expressamente previstas na legislação penal em sentido amplo, mas que também deve ser usado de forma mais ampla, considerando todo embasamento jurídico do ordenamento jurídico como um todo.

Palavras-chave: prisão domiciliar; direito à convivência familiar; proteção integral da criança.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Histórico das previsões normativas expressas de prisão domiciliar para gestantes e mães. 3. A proteção prevista na Constituição Federal. 4. Os direitos das crianças e das mulheres presas assegurados nos Tratados Internacionais. 5. As normas internas do direito brasileiro que buscam proteger o vínculo da criança com sua mãe. 6. O *Habeas Corpus* coletivo 143.641 e seus desdobramentos. 7. A aplicação do instituto da prisão domiciliar para condenadas por sentença transitada em julgado ainda que em cumprimento de pena em regime diverso do aberto 8. Considerações finais. Referências.

1. Introdução.

O presente artigo fará um breve apanhado de normas brasileiras que tratam expressamente da possibilidade de prisão domiciliar para gestantes e mães, bem como de

¹⁵ E-mail: cmra.jps@gmail.com

outras normas nacionais e internacionais que protegem o direito à maternidade e o direito à convivência familiar, para demonstrar a possibilidade e importância da ampliação do instituto para casos não previstos de maneira explícita no ordenamento jurídico nacional.

2. Histórico das previsões normativas expressas de prisão domiciliar para gestantes e mães.

Desde 2011, com o advento da Lei 12.403, medidas cautelares diversas da prisão surgiram no Código de Processo Penal e, com elas, também surgiu a possibilidade da substituição da prisão preventiva em unidade prisional pela prisão domiciliar, em casos especificados pelo legislador, listadas no artigo 318 do Código Processual.

Alguns dos casos são relativos tão somente à pessoa acusada, como quando se tratar de pessoas maiores de oitenta anos de idade ou debilitadas por doenças graves. Outros casos, no entanto, foram pensados para proteger terceiros, como crianças menores de seis anos ou pessoas com deficiência que dependem dos cuidados especiais do agente. Ainda, havia uma terceira hipótese, mista, em que se buscava proteger o feto e a mãe, quando a gestação fosse de risco ou, em todos os casos, a partir do sétimo mês de gravidez.

Em 08 de março de 2016, foi sancionado o Marco Legal de Primeira Infância, lei que trouxe alterações significativas ao Estatuto da Criança e do Adolescente e ao Código de Processo Penal, juntamente com outras leis.

Não obstante o Marco Legal da Primeira Infância dispor sobre políticas públicas para o período que abrange os primeiros seis anos de vida da criança, algumas modificações foram mais extensas, buscando cuidar de crianças até doze anos de idade.

Assim, o artigo 318 do Código de Processo ampliou os casos de substituição pela prisão domiciliar para todas as gestantes – isto é, em qualquer período da gravidez e independentemente de risco –, para as mulheres com descendentes de até doze anos e para homens que sejam os únicos responsáveis pela prole dessa idade.

Não sendo essa substituição concedida pelos magistrados em inúmeros casos, foi impetrado o *Habeas Corpus* coletivo 143.641 no Supremo Tribunal Federal, que determinou, no início de 2018, a substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar a todas as mulheres gestantes ou mães de crianças até doze anos de idade ou com deficiência.

Menos de um ano depois, em dezembro de 2018, nova alteração legislativa acrescentou o artigo 318-A no Código de Processo Penal, reiterando a necessidade da aplicação do instituto da prisão domiciliar para mães e gestantes e, também, alterando a

Lei de Execuções Penais para diminuir o lapso necessário para as progressões de regime dessas mulheres.

Ainda, a Lei de Execuções Penais também conta, desde seu surgimento, com a possibilidade de colocação em prisão domiciliar as mães e gestantes que estiverem cumprindo o regime aberto.

3. A proteção prevista na Constituição Federal.

Como visto anteriormente, os dois diplomas legais brasileiro que versam sobre a situação de pessoas presas – seja o CPP em relação às pessoas em prisão provisória, seja a LEP em relação às que estão em prisão definitiva – não possuem previsão expressa sobre a colocação de mães e gestantes em prisão domiciliar quando elas estiverem cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto, com sentença transitada em julgado, de forma que seus filhos e filhas, objetos de cuidados extremos do legislador e da Corte Suprema, correm o risco de ficarem desamparados, por certo lapso temporal, em descumprimento do princípio da pessoalidade da pena.

A Constituição Federal traz alguns princípios que devem ser observados como filtro para o entendimento deste trabalho.

Além do dever de cuidado das crianças, que deve ser cumprido pela família, pelo Estado e pela sociedade, conforme o artigo 227 da Carta Magna, também é necessário impedir o desrespeito ao princípio da perpetuidade da pena (art. 5º, XLVII, *b*, CF), já que, por vezes, o afastamento entre criança e mãe presa pode significar a colocação daquela em acolhimento institucional, com o risco da perda do poder familiar, pena não prevista para a maioria dos delitos causadores do encarceramento feminino no Brasil.

Ademais, o capítulo VII do Título VIII da Constituição fala sobre a família e a criança e o *caput* de seu primeiro artigo, de número 226, já determina que a família é a base da sociedade e que tem especial proteção do Estado. O parágrafo 7º deste mesmo artigo proíbe, ainda, que instituições oficiais ou privadas interfiram no livre direito ao planejamento familiar.

O já mencionado artigo 227 impõe novamente ao Estado, junto com a família e a sociedade, o dever de assegurar à criança o direito à convivência familiar e, por fim, o artigo 229 estabelece que é dever dos pais assistir, criar e educar seus filhos.

4. Os direitos das crianças e das mulheres presas assegurados nos Tratados Internacionais.

A Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/1990) também prioriza que as crianças permaneçam com suas famílias, pois sua convivência é fundamental para seu pleno desenvolvimento.

Esse instrumento não diz que o vínculo só deve ser preservado e estimulado com familiares que não ostentam condenação transitada em julgado, cumprindo pena em regime diverso do aberto.

Com um recorte bastante distinto do foco do presente artigo – focado na questão de alimentação na primeira infância –, a Organização Mundial de Saúde diz que o aleitamento materno deveria ser a fonte exclusiva de nutrição de bebês até o sexto mês de vida e, a partir de então, deveria continuar sendo oferecido até, pelo menos, os dois anos de idade, em complementação à introdução alimentar^[1].

No entanto, a OMS não entra no mérito se o aleitamento pode e deve ser feito dentro ou fora de unidades prisionais.

Um dos principais documentos que aborda especificamente a questão da maternidade em cumprimento de pena ou ao responder processo criminal são as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, também conhecidas como Regras de Bangkok.

Heidi Cerneka explica que diferente de um tratado vinculante, cujo descumprimento pode ser levado a um Corte Internacional, “as regras mínimas têm por objetivo estabelecer princípios e regras de uma boa organização penitenciária e das práticas relativas ao tratamento de prisioneiros”^[2].

Alguns dos seus principais pontos podem ser vistos nas regras 48, 52 e 64:

Regra 48.2

Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.

Regra 52.1

A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente.

Regra 64

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for

possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

Percebe-se que as Regras de Bangkok estão alinhadas com as recomendações de saúde infantil. O artigo 83, §2º, da LEP, busca efetivar a regra 52, já que ele indica que a permanência do bebê com a mãe será de no mínimo seis meses, não determinando tempo máximo. No entanto, normas infralegais acabam legitimando decisões que separam mães de suas crianças com poucos meses de vida.

Ainda sobre as regras das Nações Unidas, sejam as já mencionadas de Bangkok ou mesmo as regras de Mandela^[3], há que se ter em mente que, ainda que sejam apenas *soft law*, não tendo sido internalizadas como lei vinculante, a própria exposição de motivos da LEP^[4] indica a importância que lhe deve ser dada. O item 74 deixa expresso que “a declaração desses direitos não pode conservar-se, porém, como corpo de regras meramente programáticas”, indicando a necessidade de o ordenamento jurídico efetivar, na prática, o seu teor.

Além disso, ao menos no estado de São Paulo, essas regras têm força vinculante, já que sua constituição estadual preceitua, em seu artigo 143, que “a legislação penitenciária estadual assegurará o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de reclusos”^[5].

5. As normas internas do direito brasileiro que buscam proteger o vínculo da criança com sua mãe.

A Lei de Execução Penal indica de forma expressa que “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

No entanto, sabe-se que normas infralegais por vezes relativizam esse período, como acontece em São Paulo, pelo Regimento Interno 144/10 da Secretaria de Administração Penitenciária, que trata o período de seis meses como sendo o máximo do tempo permitido para que a criança permaneça com a mãe presa, de acordo com seu artigo 23:

São assegurados, também, além dos direitos constantes no artigo 22 deste Regimento, outros que se aplicam à gravidez, ao parto, ao

cuidado com os filhos e à atenção básica às necessidades da mulher presa, entre os quais:

III- guarda do recém-nascido, durante o período de lactância, pelo período de até 06 (seis) meses, em local adequado, mesmo quando houver restrições de amamentação.

Ainda que se entenda que este limite máximo seja colocado para evitar a permanência de crianças em ambientes onde ocorrem “violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, como descrito no acórdão da ADPF 347, julgado em 09 de setembro de 2015, não se pode deixar de lado uma norma infralegal, por melhor intencionada que seja, não pode ir contra lei ordinária.

Ademais, um simples regimento interno não pode justificar a separação de bebê e mãe na época que deveria começar a transição alimentar da criança – o que acaba ocorrendo antes do sexto mês de vida, para que o desmame completo possa acontecer quando a criança deixa a companhia da mãe.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 19, deixa nítida a preferência da criação da prole pela família natural. O Marco Legal da Primeira Infância reforça essa ideia de uma maneira global e, especificamente, em relação ao artigo 19 do ECA, trouxe uma alteração da sua redação, revogando a parte que indicava que as crianças deveriam estar em ambiente “livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”.

Em 2016, o Ministério da Justiça publicou diretrizes para o tratamento de mães no sistema prisional, indicando a “preferência às penas não privativas de liberdade ou à prisão domiciliar”^[6] para essas mulheres, fazendo menção à Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) que já determinava que “deve ser garantida a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as (os) filhas (os) de mulheres encarceradas junto as suas mães”.

Merece menção especial a explicação existente para a permanência da criança de até 18 meses com sua mãe, como recomendado pelo CNPCCP:

a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para a vinculação da mãe com sua (seu)

filha (o) e para a elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.

Buscando reduzir as hipóteses em que bebês e crianças precisem ficar em unidades prisionais para ter o direito à convivência com a mãe, o Código de Processo Penal foi alterado no fim de 2018 para ampliar as hipóteses de prisão domiciliar como substituta da prisão preventiva, deixando livre para o juiz analisar, caso a caso, em situações que envolvam qualquer tipo de delito supostamente praticado por gestante ou por mãe de criança (situação que já existia desde 2016 no artigo 318) e, nos termos do artigo 318-A, determinado a obrigatoriedade a substituição nos casos de mulheres gestantes ou mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, nos casos de crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa e que não tenham sido praticados contra o filho ou dependente – em qualquer um desses casos, a análise da situação em concreto pode fazer com que a substituição seja feita, nos termos do artigo anterior.

A mudança da legislação em dezembro de 2018 também incidiu na LEP, com a criação do parágrafo 3º do artigo 112, que trata da progressão de regime. Com a nova redação, as mulheres na mesma situação do 318-A do CPP podem progredir de regime de forma mais célere, após cumprir 1/8 de sua pena, preenchendo os mesmos requisitos do 318-A do CPP e, ainda, ser primária e não ter integrado organização criminosa. Além disso, deve ter bom comportamento carcerário, como em todas as outras modalidades de progressão de regime.

Todas essas normativas caminham lado a lado para trabalhar na manutenção do vínculo da mãe com sua prole, postergando o momento de colocação daquela mulher em unidade prisional e para acelerar a sua saída, quando inevitável a sua entrada e permanência.

6. O Habeas Corpus coletivo 143.641 e seus desdobramentos.

Como já mencionado, o HC 143.641 foi um marco histórico ao tratar das gestantes e mães em situação de prisão preventiva.

Alguns trechos do acórdão deste HC merecem destaque, em razão das valiosas lições trazidas pelo relator Ministro Lewandowski, que assim o ementou:

HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS

ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ- NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. (grifei)

Como já mencionado no início do artigo, o respeito ao princípio da intranscendência da pena foi balizador da decisão:

Aqui, não é demais lembrar, por oportuno, que o nosso texto magno estabelece, taxativamente, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, sendo escusado anotar que, no caso das mulheres presas, a privação de liberdade e suas nefastas consequências estão sendo estendidas às crianças que portam no ventre e àquelas que geraram.

São evidentes e óbvios os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças. (...)

Trazendo tais reflexões para o caso concreto, não restam dúvidas de que a segregação, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas.

Nos cárceres, habitualmente estão limitadas em suas experiências de vida, confinadas que estão à situação prisional. Nos abrigos, sofrerão com a inconsistência do afeto, que, numa entidade de acolhimento, normalmente, restringe-se ao atendimento das necessidades físicas imediatas das crianças.

Finalmente, a entrega abrupta delas à família extensa, como regra, em seus primeiros meses de vida, privando-as subitamente da mãe, que até então foi uma de suas únicas referências afetivas, é igualmente traumática. Ademais, priva-as do aleitamento materno numa fase em que este é enfaticamente recomendado pelos especialistas.

Decisão proferida em outubro de 2018, no mesmo HC, para sanar dúvidas sobre quais seriam as situações excepcionais que obstaríam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, determinou que situações como tráfico de drogas, ainda que praticado dentro da residência ou em unidade prisional, não obstam, por si só, a colocação da mulher em prisão domiciliar.

Ainda, o ministro Lewandowski determinou que fosse oficiado o Congresso Nacional para que, caso entendesse pertinente, fossem realizados estudos para verificar a ampliação da regra prevista no artigo 318, I e IV, do CPP, para as presas definitivas. Essa recomendação foi fundamentada nos “compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e, em especial, as regras de Bangkok”.

7. A aplicação do instituto da prisão domiciliar para condenadas por sentença transitada em julgado ainda que em cumprimento de pena em regime diverso do aberto

Como se percebe pelas normativas existentes atualmente sobre maternidade e cárcere, há uma lacuna ainda a ser coberta, pois a necessidade que a criança tem de permanecer com sua mãe não deixa de existir pelo simples fato de haver uma condenação definitiva que determine seu cumprimento em regime fechado ou semiaberto.

As leis que hoje existem não foram criadas para que as mães que ainda tenham a presunção de inocência a seu favor – ou que estejam em fase final de cumprimento de pena – possam ter o benefício de criar seus filhos. Elas existem buscando proteger especificamente a criança.

A criança de até dois anos de idade não deixa de precisar do leite materno para seu desenvolvimento pleno ou, mesmo depois dessa idade, ela não tem sua necessidade de convívio com a mãe diminuída em razão da mãe estar cumprindo reprimenda penal em meio diverso do aberto.

O legislador compreendeu que o direito da criança ainda persiste não obstante qualquer situação em que sua mãe se encontre e, por isso, agiu, ainda que timidamente,

para amenizar essa situação, reduzindo o tempo necessário para que possa ser pleiteada a progressão de regime, em certos casos.

A forma que optou por inovar na Lei de Execução Penal mostra de maneira gritante que o “público-alvo” do novo lapso é justamente a maior população carcerária feminina – a que cumpre pena por condenação por delitos previstos na Lei de Drogas.

É compreensível a timidez da medida, já que se a prisão domiciliar fosse positivada para todos os casos de gestantes e mães, a mídia e sociedade – que insistem em dizer que o Brasil é o país da impunidade – entenderia essa substituição automática como uma carta branca para qualquer mulher cometer delitos e depois engravidar para não ser responsabilizada – esquecendo que a prisão domiciliar ainda é pena e ainda traz consequências sérias para a vida das pessoas.

No entanto, os motivos que fundamentaram todas as normativas aqui apresentadas persistem em qualquer etapa do processo penal, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória e essas são as bases usadas para pleitear, judicialmente, a garantia de direitos dos filhos – ao aleitamento materno, à convivência familiar etc.

8. Conclusão

Assim, ainda que os instrumentos que regulamentam a prisão preventiva e a prisão definitiva não contem com previsão expressa de possibilidade de prisão domiciliar, nos casos de condenação em regime fechado ou semiaberto, após o trânsito em julgado, é imperiosa uma leitura holística do ordenamento jurídico, não apenas das normativas penais.

Ao se usar o filtro da dignidade da pessoa humana e demais princípios que protegem a maternidade e a infância, percebe-se a possibilidade da flexibilização do artigo 318, CPP, e do artigo 117, LEP.

É de extrema importância, todavia, manter em mente que mesmo pedidos que possuem respaldo na letra da lei de forma absoluta são muitas vezes rechaçados por magistrados de primeiro e segundo grau, resistência ainda maior poderá ser encontrada ao formular pedido feito por analogia, de forma que imperiosa a insistência nas Cortes Superiores, para garantir o direito das crianças e de suas mães.

Referências.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 08 maio 2021.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.** Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983.** Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em 23 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 17 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 11 nov. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016.** Marco Legal da Primeira Infância. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em 11 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 143.641. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em 11 nov. 2021.

CERNEKA, Heidi Ann. Regras de Bangkok: está na hora de fazê-las valer. **Boletim IBCCRIM**, v. 20, n. 232, p. 18, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.** Disponível em <https://tinyurl.com/RegrasBangkok>. Acesso em 17 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução 03 de 15 de julho de 2009. Disponível em <https://arquivo.ibccrim.org.br/noticia/13345-Resolucao-do-CNPCP-disciplina-situacao-de-filhos-de-mulheres-encarceradas>. Acesso em 11 nov. 2021

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Diretrizes para a convivência mãe-filho/a no sistema prisional.** Disponível

em <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-diretrizes-convivencia-mae-filho-1.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

SÃO PAULO. **Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989**. Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>. Acesso em 23 out. 2021.

SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. Resolução SAP 144, de 29 de junho de 2010. Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em <https://sindespe.org.br/portal/wp-content/uploads/2016/05/regimento-interno.pdf>. Acesso em 23 out. 2021.

NOTAS:

[1] Disponível em: <https://www.who.int/news/item/15-01-2011-exclusive-breastfeeding-for-six-months-best-for-babies-everywhere>, acesso em 04 set. 2021.

[2] CERNEKA, Heidi Ann. Regras de Bangkok: está na hora de fazê-las valer. **Boletim IBCCRIM**, v. 20, n. 232, p. 18, 2010.

[3] Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, também conhecida por "Regras de Mandela", não abordam especificamente a maternidade, mas tratamento de pessoas presas em geral. Disponível em https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf, acesso em 11 nov. 2021.

[4] Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>, acesso em 23 out. 2021.

[5] Disponível em <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html>, acesso em 23 out. 2021.

[6] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Diretrizes para a convivência mãe-filho/a no sistema prisional, p. 12. Disponível em <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/formacao-diretrizes-convivencia-mae-filho-1.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

DO PRINCÍPIO DA NÃO PERPETUIDADE DAS PENAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

VITOR RAMIRO DOS SANTOS:

graduando em Direito pela Faculdade Integradas "Campos Salles" na cidade de São Paulo¹⁶.

CARLOS BERNARDO COSTA NETO

JEFFERSON QUEIROZ JANUÁRIO

(Coautores)¹⁷

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar e discorrer sobre o Princípio da Não Perpetuidade das Penas, que se refere à ideia de que as penas impostas pelo sistema penal não devem ser aplicadas de maneira perpétua, ou seja, não devem durar indefinidamente ao longo da vida do condenado. Tal princípio está fundamentado na busca pela ressocialização e reintegração do indivíduo na sociedade após cumprir sua pena. O princípio tem um propósito reabilitador, ao invés de apenas punitivo. Inicialmente, será abordado sobre o Sistema Prisional Brasileiro, sua formação, evolução ao longo dos anos e sua eficácia. Em seguida, será tratado sobre a Reincidência, Antecedentes Criminais e as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa, atualmente existentes no Código Penal. Também será abordado sobre o direito ao esquecimento e as recentes decisões sobre o tema. E posteriormente, sobre o Princípio da Não Perpetuidade das Penas e a vedação das penas perpétuas no Brasil. O objetivo do presente estudo é apresentar o conceito e a forma de aplicação do Princípio da Não Perpetuidade das Penas, bem como, demonstrar quais são os benefícios da aplicação desde princípio na sociedade. O artigo será escrito por meio da pesquisa hipotético-dedutivo, com a análise de doutrinas, livros e artigos publicados pertinentes ao tema escolhido.

Palavras-chave: Sistema Prisional Brasileiro. Princípio. Penas.

ABSTRACT: This article aims to analyze and disagree on the Principle of Non-Perpetuity of Sentences, which refers to the idea that sentences imposed by the criminal system should not be applied perpetually, that is, they should not last indefinitely throughout life. of the condemned. This principle is based on the search for the resocialization and reintegration of the individual into society after serving his sentence. The principle has a rehabilitative purpose, rather than just a punitive one. Initially, the Brazilian Prison System will be

¹⁶ E-mail: vitorramiro10@hotmail.com

¹⁷ graduandos em Direito pela Faculdade Integradas "Campos Salles" na cidade de São Paulo

discussed, its formation, evolution over the years and its effectiveness. Next, Recidivism, Criminal History and custodial sentences, restrictive rights and fines, currently existing in the Penal Code, will be discussed. The right to be forgotten and recent decisions on the topic will also be discussed. And later, on the Principle of Non-Perpetuity of Sentences and the placement of life sentences in Brazil. The objective of this study is to present the concept and way of applying the Principle of Non-Perpetuity of Sentences, as well as demonstrating the benefits of applying it from the beginning in society. The article will be written through hypothetical-deductive research, with an analysis of doctrines, books and published articles relevant to the chosen topic.

Keywords: Brazilian Prison System. Principle. Feathers.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. JUSTIFICATIVA E RELEVANCIA DA PESQUISA; 3. PROBLEMA DA PESQUISA ; 4. HIPÓTESE DA PESQUISA; 5. OBJETIVOS; 5.1 Objetivo geral; 5.2 Objetivos específicos; 6. METODOLOGIA; 7. REVISÃO DE LITERATURA; 7.1 Evolução histórica do Sistema Prisional Brasileiro; 7.2 Antecedentes Criminais e Reincidência; 7.3 Das Penas; 7.3.1 Penas privativas de liberdade; 7.3.2 Penas restritivas de direitos; 7.3.3 Pena de multa; 7.4 Do Direito ao esquecimento; 7.5 Do Princípio da Não Perpetuidade das Penas e a vedação das penas perpétuas; 7.6 Conclusão; 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

No cenário do sistema penal brasileiro onde a punição e a reabilitação se divergem, surgiu um princípio de fundamental relevância, o Princípio da Não Perpetuidade das Penas, esse princípio tem por finalidade estabelecer um equilíbrio entre a necessidade de sancionar atos delituosos e a busca pela ressocialização dos condenados no sistema criminal. O princípio tem um propósito reabilitador, ao invés de apenas punitivo.

O presente artigo tem como objetivo analisar e discorrer sobre o Princípio da Não Perpetuidade das Penas, desde o seu conceito até sua aplicação, bem como, discorrer sobre o sistema penal brasileiro, a reincidência e os antecedentes criminais, as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa, existentes no Código Penal e a vedação das penas perpétuas. O artigo será realizado por meio de pesquisa meio de pesquisa hipotético-dedutivo.

Em sistemas penais que adotam o Princípio da Não Perpetuidade das Penas, geralmente existem limites de tempo estabelecidos para diferentes tipos de penas, levando em consideração a gravidade do crime, a possibilidade de reabilitação e outros fatores relevantes. Isso está relacionado à preocupação em equilibrar a justiça punitiva com a oportunidade de reforma do condenado.

O Brasil adota o Princípio da Não Perpetuidade das Penas como um dos

fundamentos centrais do seu sistema penal, já que a Constituição Federal de 1988, determina explicitamente em seu artigo 5º, inciso LXVII, alínea b, que não haverá penas de caráter perpétuo¹⁸. Isso significa que o sistema penal brasileiro proíbe penas de prisão perpétuas, em conformidade com esse princípio constitucional. O princípio determina ainda, que as penas impostas aos indivíduos não devem ter duração indefinida, mas sim possuir limites temporais que permitam a possibilidade de reabilitação e reintegração na sociedade. A adoção desse princípio busca equilibrar a justiça punitiva com a perspectiva de transformação e ressocialização do condenado.

O Brasil ratificou diversos tratados sobre a proteção dos direitos humanos, e adotou, na Constituição Federal de 1988¹⁹, o respeito à dignidade humana e o princípio da humanidade das penas, estabelecendo que a pena será cumprida de forma proporcional à gravidade do crime, assegurando que não haja penas de caráter perpétuo, bem como, a Lei de Execução Penal²⁰ que prevê diretrizes para a aplicação das penas e a ressocialização dos detentos, alinhando-se com o princípio em estudo.

No entanto, é essencial reconhecer que, apesar da adoção do princípio, o sistema penal brasileiro enfrenta desafios significativos na implementação efetiva da reabilitação e na garantia de condições dignas de detenção, tais desafios estão relacionados à superlotação, à violência e à eficácia na reintegração dos indivíduos na sociedade, que podem prejudicar a concretização dos objetivos do Princípio da Não Perpétuidade das Penas.

Explorar como esse princípio é interpretado e aplicado na prática e os desafios que o sistema penal enfrenta, é fundamental para uma análise completa e crítica da abordagem brasileira em relação à justiça penal e à ressocialização. É necessário ressaltar que a implementação desse princípio pode variar de acordo com as políticas e condições do sistema prisional em diferentes regiões do Brasil.

Assim, verifica-se a importância do estudo deste tema, pois o princípio da não perpétuidade das penas é fundamental para garantir que o sistema de justiça criminal seja justo, respeite os direitos humanos e promova a reabilitação do condenado, gerando os benefícios para a sociedade.

18 BRASIL. Constituição Federal de 1988. 1988. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

19 BRASIL. Constituição Federal de 1988. 1988. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

20 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 1984. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

2. JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA DA PESQUISA

O sistema prisional brasileiro é um sistema complexo que engloba prisões e penitenciárias em todo o país. No entanto, enfrenta uma série de desafios significativos, incluindo superlotação, condições precárias, violência e falta de recursos adequados. A população carcerária muitas vezes excede a capacidade das instalações, levando a condições insalubres e violações dos direitos humanos.

Além disso, a eficácia do sistema em relação à ressocialização e reintegração dos detentos à sociedade tem sido questionada. A falta de programas de educação, treinamento profissional e tratamento para questões como dependência química agravam essas preocupações.

A criminalidade e a violência dentro das prisões também são problemas persistentes. Gangues e facções muitas vezes exercem influência significativa dentro dos estabelecimentos prisionais, levando a conflitos e rivalidades.

Nos últimos anos, houve discussões sobre reformas e mudanças no sistema prisional, visando melhorar as condições de detenção, promover a reintegração dos detentos e enfrentar os desafios estruturais. No entanto, essas questões continuam sendo um tópico complexo e em evolução no Brasil.

Dessa forma, verifica-se a importância do estudo deste tema, pois o princípio da não perpetuidade das penas é fundamental para garantir que o sistema de justiça criminal seja justo, respeite os direitos humanos, promova a reabilitação do condenado, gerando os benefícios da aplicação desde princípio na sociedade.

3 PROBLEMA DA PESQUISA

No Brasil, os indivíduos condenados, mesmo após cumprimento da sua sentença, ainda sofrem punições da sociedade em decorrência do seu crime. Logo, há um problema jurídico a ser solucionado no que tange a aplicação do princípio da não perpetuidade das penas no sistema penal brasileiro.

Importante ressaltar que existem diversas opiniões e doutrinas de como o Princípio da Não Perpetuidade das Penas deve ser interpretado e aplicado, uma vez que o sistema penal envolve questões políticas sensíveis.

4 HIPOTESE DA PESQUISA

O artigo explorará o conceito e a implementação do Princípio da Não Perpetuidade das Penas, o qual se refere à concepção de que as sanções estabelecidas pelo sistema penal não devem ser perpetuamente aplicadas.

A análise se fundamenta na busca pela reinserção social e reintegração do indivíduo condenado na comunidade após o cumprimento de sua pena, uma vez que o princípio em estudo tem como objetivo a reabilitação do indivíduo, em vez de apenas a punição.

5 OBJETIVOS

5.1 Objetivo Geral

Apresentar o conceito e a forma de aplicação do Princípio da Não Perpetuidade das Penas, bem como, demonstrar quais são os benefícios da aplicação desde princípio na sociedade.

5.2 Objetivos Específicos

5.2.1 Analisar a evolução do Sistema Prisional Brasileiro

5.2.2. Analisar o conceito de Reincidência e Antecedentes Criminais

5.2.3 Estudar sobre as penas existentes no Código Penal

5.2.4 Discorrer sobre o direito ao esquecimento

5.2.5 Discorrer sobre o Princípio da Não Perpetuidade das Penas e a vedação das penas perpétuas no Brasil.

6 METODOLOGIA

O artigo será realizado por meio de pesquisa hipotético-dedutivo. O método hipotético-dedutivo é uma abordagem amplamente utilizada na pesquisa científica para testar e desenvolver teorias e hipóteses.

A pesquisa hipotético-dedutiva, também conhecida como método hipotético-dedutivo, é um modelo de investigação científica amplamente utilizado em diversas áreas do conhecimento, especialmente nas ciências naturais, sociais e em pesquisa experimental. Esse método segue uma abordagem lógica para desenvolver e testar teorias e hipóteses. O método hipotético-dedutivo é uma abordagem rigorosa e sistemática que ajuda a testar teorias e a expandir o conhecimento científico.

Os dados serão apresentados em forma de artigo científico. Um artigo científico baseado em pesquisa hipotético-dedutiva é uma forma de comunicar resultados de pesquisa em um formato padrão. É uma abordagem sistemática e lógica para investigação científica que contribui para o avanço do conhecimento em uma determinada área.

7 REVISÃO DE LITERATURA

7.1 Evolução Histórica do Sistema Prisional Brasileiro

Segundo Bitencourt, a prisão surgiu por volta do século XII, quando clérigos estabeleceram o conceito do cárcere subterrâneo destinado a aqueles que se opunham à Igreja, independentemente de serem clérigos ou não. Embora tenha tido uma dimensão religiosa, esse sistema também tinha um aspecto penitencial, uma vez que os sacerdotes se preocupavam com o arrependimento e a reabilitação dos prisioneiros, contribuindo assim para o desenvolvimento das bases da prisão moderna²¹.

De acordo com Foucault, até o século XVIII, o direito penal era caracterizado por punições cruéis e desumanas, e a privação da liberdade não era uma forma de punição, mas uma forma de prisão, garantia de que o acusado não poderia fugir e produzir provas. Os acusados de tortura aguardavam julgamento e posterior punição, em prisão com privação de liberdade. Sendo que somente no século XVIII a pena privativa de liberdade passou a integrar o rol de penas do Código Penal, com a abolição gradual das penas cruéis e desumanas²².

Durante a colonização do Brasil pelos portugueses, especificamente entre o período de 1500 à 1822 não existia um sistema prisional formal. O Brasil, na condição de colônia de Portugal, submetia-se ao ordenamento jurídico português. As punições eram aplicadas de forma arbitrária, comuns eram as penas de açoite e trabalhos forçados. As prisões eram muitas vezes improvisadas em lugares como fortalezas, conventos e edifícios militares. As prisões eram frequentemente utilizadas para deter escravos rebeldes e prisioneiros de guerra²³.

Com a independência do Brasil em 1822, o país passou a elaborar suas próprias leis e instituições²⁴.

A primeira Constituição brasileira foi outorgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, e conferiu as bases da organização político-institucional do país independente,

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. 21. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

22 FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

23 ALMEIDA, Felipe Lima. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. Revista Liberdades – nº 17 – set/dez de 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ISSN 2175-5280. 2014.

24 LUCENA, Lucas. Independência do Brasil completa 199 anos nesta terça-feira, 7 de setembro. 2021. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?07/09/2021/independencia-do-brasil-completa-199-anos-nesta-terca-feira--7-de-setembro>>. Acesso em: 15 Set. 2023.

além de estabelecer bases legais para o sistema prisional²⁵. A pena de prisão foi estabelecida como uma forma de punição, e as primeiras prisões públicas foram construídas.

Alguns anos depois, com a proclamação da República no ano de 1889, houve uma tentativa de reformar o sistema prisional, mas as prisões ainda eram frequentemente superlotadas e insalubres. A chamada "Casa de Correção" também denominada "Casa de Correção da Corte", foi criada pelo decreto nº 678, de 6 de julho de 1850 no Rio de Janeiro, sendo destinada à execução da pena de prisão com trabalho no próprio estabelecimento²⁶.

A implementação das novas modalidades de pena de prisão só foi possível com a criação do Código Penal de 1890²⁷. As penas de prisão foram limitadas em restritivas de liberdade individual de no máximo 30 anos, prisão disciplinar, prisão celular, prisão com trabalho obrigatório e reclusão. Foram abolidas as penas de morte, as penas perpétuas ou coletivas.

O Código Penal Brasileiro de 1890 trouxe mudanças significativas no sistema penal do país, abolindo algumas formas de castigo físico e introduzindo medidas mais modernas de punição, como a prisão²⁸.

Durante o governo de Getúlio Vargas nas décadas de 1930 e 1940, houveram tentativas de reforma mais significativas no sistema prisional²⁹. Em 1940 foi criado o Código Penal de 1940 vigente até a presente data.

Com o advento do Código Penal de 1940, passou-se a adotar o critério biológico

25 CABRAL, Dilma. Constituição de 1824. 2014. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824>>. Acesso em: 15 Set. 2023.

26 PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. Casa de Correção do Rio de Janeiro (1889-1930). 2018. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/531-casa-de-correcao-da-capital-federal>>. Acesso em: 10 Out. 2023.

27 BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

28 BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

29 ALMEIDA, Gelsom Rozentino de. Capitalismo, Classes Sociais e Prisões no Brasil. 2014. Disponível em: <https://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1400245111_ARQUIVO_anpuhrio2014Gelsomcompleto.pdf>. Acesso em: 22 Set. 2023.

para caracterizar a imputabilidade penal aos menores de dezoito anos³⁰, tal critério é mantido até os dias atuais e encontra previsão constitucional em seu artigo 228.

Em 1964, ocorreu o golpe militar e, a partir desse momento conhecido como ditadura militar que perdurou até 1985, foi promulgada a primeira legislação fundamentada na Doutrina da Segurança Nacional - DSN, que foi o Decreto Lei nº 314, datado de 13 de março de 1967³¹.

Naquele período, o sistema prisional foi utilizado para reprimir dissidentes políticos, resultando em detenções arbitrárias e violações dos direitos humanos. Isso contribuiu para a superlotação e problemas persistentes no sistema prisional.

O sistema prisional brasileiro evoluiu ao longo dos séculos, passando por várias reformas e desafios, mas continua enfrentando problemas graves em relação à infraestrutura, superlotação e eficácia na ressocialização dos detentos. A situação atual ainda é complexa e requer esforços contínuos para abordar seus problemas fundamentais.

Ao longo do século XX e início do século XXI, o Brasil passou por diversas reformas no sistema penal, sempre com o objetivo de tornar as penas mais justas e humanas.

Um marco importante foi a promulgação da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210) em 1984, que estabeleceu as bases para o sistema prisional brasileiro moderno. A lei definiu os direitos dos presos, regulamentou as condições de detenção e incentivou programas de ressocialização. A lei teve como finalidade regularizar a aplicação da execução penal, observando os tratados internacionais e a dignidade da pessoa humana. O objetivo da lei era cumprir a ordem de prisão, seja com a sentença já transitada em julgado ou temporária, ou ainda que provisória e aos sentenciados pela Justiça Militar ou Eleitoral, quando condicionado a estabelecimento de autoridade ordinária³².

As leis foram o elo que reuniu os seres humanos, originalmente independentes e solitários, na superfície da terra. Cansados de viver constantemente cercados por medos e de se deparar com adversários em todos os lugares, exaustos de uma liberdade tão incerta que se tornava ineficaz, abriram mão de uma parcela dela para desfrutar do restante com maior segurança. A soma dessas porções de liberdade, sacrificadas em prol do bem

30 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

31 RIGONI, Joana B. A interpretação da lei n. 6.683/79 (lei de anistia): inexistência de concessão de anistia aos crimes cometidos pelos agentes do estado. 2013. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/5901/1/110661_Joana.pdf>. Acesso em: 23 Set. 2023.

32 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

comum, constitui a soberania da nação; e aquele a quem as leis confiaram a responsabilidade de guardar essas liberdades e administrar os assuntos do Estado foi reconhecido como o soberano do povo³³.

De acordo com Costa, não é necessário ser presidiário para compreender que as instituições correcionais no Brasil são representativas de ambientes precários que não atendem aos requisitos mínimos necessários para preservar a dignidade dos infratores. Celas superpovoadas, com ventilação e iluminação inadequadas, além de condições de higiene e alimentação deficientes, em muitos casos, de forma alguma refletem ou alcançam os objetivos da pena criminal³⁴.

Atualmente, conforme disposto no artigo 32 do Código Penal, o Brasil tem 3 tipos de pena: privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa³⁵.

7.2 Antecedentes Criminais e Reincidência

Na legislação penal, os antecedentes criminais possuem natureza jurídica de circunstância judicial. São previstos no artigo 59 do Código Penal e podem ser valorados positivamente ou negativamente pelo magistrado durante a fixação da pena³⁶.

Para Guilherme de Souza Nucci, os antecedentes criminais tratam-se de tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso, ou seja, a sua vida pregressa em matéria criminal³⁷.

No ensinamento de Nucci acerca dos antecedentes criminais, ele destacou o entendimento adotado antes da Reforma do Código Penal de 1984, no qual eram considerados como antecedentes todos os eventos da vida pregressa do acusado. Antes da reforma de 1984, podia-se afirmar que os antecedentes abrangiam todo o histórico do réu, desde condenações prévias até seus relacionamentos familiares ou profissionais. Atualmente, no entanto, com a ênfase na conduta social dentro dos antecedentes, esse

33 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas; tradução de Torrieri Guimarães. 6º. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2011.

34 COSTA, Tailson Pires. A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

35 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

36 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

37 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 670.

último requisito foi esvaziado, limitando-se a sua aplicação ao registro de antecedentes criminais³⁸.

Para Mirabete, o envolvimento em vários inquéritos e ações penais, antes tidos como maus antecedentes, não mais são reconhecidos como tais em decorrência do princípio de presunção de não culpabilidade, máxime quando arquivados os procedimentos inquisitivos ou absolvidos dos réus (art. 5º, LVII, da CF)³⁹.

O enunciado nº 241 da Súmula do STJ, dispõe que *“A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial”*⁴⁰.

Portanto, podemos concluir que apenas as condenações penais definitivas que não se aplicam aos fins de reincidência são classificadas como maus antecedentes.

Para Fernando Capez os antecedentes são todos os fatos da vida pregressa do agente, bons ou maus, ou seja, tudo o que ele fez antes da prática do crime, sobretudo os aspectos passados da vida criminosa do réu⁴¹.

Para Rogério Greco os maus antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência⁴².

Bitencourt os conceitua como fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública⁴³.

A reincidência está prevista no artigo 63 do Código Penal, o qual dispõe que a reincidência será verificada quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime

38 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 670.

39 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte geral: arts. 1º a 120 do CP, v. 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 311.

40 STJ. Súmula 241. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9352/9472>>. Acesso em: 16 Out. 2023.

41 CAPEZ, Fernando. Coleção Curso de direito penal. v. 4. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 599.

42 GRECO, R. Curso de direito penal. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

43 BITENCOURT, Cezar Roberto. Coleção Tratado de direito penal. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

anterior⁴⁴.

O artigo 61, I, do Código Penal, consagrou a reincidência como uma circunstância agravante, devendo ser apreciada na segunda fase do sistema da dosimetria da pena⁴⁵.

De acordo com Sanches, a doutrina sobre a reincidência a distingue em duas espécies: genérica ou específica, que são classificadas conforme a natureza do delito praticado. Considera-se reincidente específico aquele agente que comete novo delito da mesma espécie da condenação anterior e, reincidente genérico aquele que comete infração diversa da condenação anterior. Esta classificação é importante, pois, em algumas situações a reincidência específica impede a concessão de alguns benefícios penais⁴⁶.

Quanto aos efeitos da reincidência, esta não somente se limita a agravar a pena, dentro dos limites da cominação pertinente, mas também impede a concessão do sursis, ou suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), aumenta, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional (art. 83, II, do CP), interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II, do CP), pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade⁴⁷.

O Código Penal ainda preceitua a não perpetuidade dos efeitos da condenação anterior para fins de reincidência, conforme redação do artigo 64. A reincidência não será considerada se entre a data de cumprimento ou extinção da pena tiver decorrido um período superior a cinco anos. Para calcular esse prazo, no caso em que o condenado tenha recebido suspensão condicional da pena ou livramento condicional, o período de cinco anos começa a ser contado a partir da data da audiência admonitória ou da cerimônia do livramento condicional, desde que essas medidas não tenham sido revogadas e a extinção da pena tenha sido declarada (conforme os artigos 82 e 90 do Código Penal). Se não houver revogação do sursis ou do livramento condicional e tiverem decorrido mais de cinco anos, a condenação anterior não poderá ser considerada para efeitos de reincidência, sendo

44 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

45 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

46 SANCHES, Rogério Cunha. Código Penal para Concursos. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 63.

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

levada em conta apenas para a configuração de maus antecedentes⁴⁸.

Em resumo, maus antecedentes se referem ao histórico criminal geral de uma pessoa, incluindo condenações anteriores que podem ou não envolver reincidência. A reincidência, por outro lado, é estritamente relacionada a cometer novos crimes após condenações anteriores. Ter maus antecedentes pode influenciar a decisão de um juiz sobre a sentença, mas nem sempre indica reincidência. A reincidência é considerada uma agravante e pode levar a aplicação de penas mais severas.

7.3 Das Penas

Para Damásio de Jesus, a pena representa a punição imposta pelo Estado, por meio de um processo penal, ao autor de uma infração penal, como uma resposta ao seu ato ilícito, resultando na redução de um bem jurídico, com o propósito de prevenir futuras transgressões⁴⁹.

Fernando Capez define a pena como sendo uma sanção penal de natureza punitiva, determinada pelo Estado por meio de uma sentença, que é aplicada ao responsável por cometer uma infração penal, resultando na limitação ou privação de um bem jurídico. Essa medida tem como objetivo cumprir uma função retributiva ao infrator, facilitar sua reintegração à sociedade e, ao mesmo tempo, prevenir futuras transgressões por meio da dissuasão direcionada à comunidade⁵⁰.

Prado destaca que a pena é a mais importante das consequências jurídicas do delito, consistente na privação ou restrição de bens jurídicos, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal⁵¹.

Pena é a retribuição imposta pelo Estado em razão da prática de um ilícito penal e consiste na privação de bens jurídicos determinada pela lei, que visa à readaptação do criminoso ao convívio social e à prevenção em relação à prática de novas transgressões⁵².

O objetivo da legislação ao prever penas restritivas de direito, alternativamente às penas privativas de liberdade, é atingir as seguintes metas: diminuir a superlotação dos presídios e reduzir os custos do sistema penitenciário; favorecer a ressocialização do autor do fato, evitando o deletério ambiente do cárcere e a estigmatização dele decorrente;

48 GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 11 eds. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 310.

49 JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

50 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 358.

51 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 444.

52 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal, parte geral**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 260.

reduzir a reincidência, uma vez que a pena privativa de liberdade, dentro todas, é a que detém o maior índice de reincidência; e preservar os interesses da vítima⁵³.

Portanto, pena refere-se à sanção imposta pelo Estado em resposta a uma conduta considerada como crime. A pena é aplicada somente após o processo legal, no qual o indivíduo é considerado culpado pela prática de uma infração penal.

Como visto, as penas têm como objetivo principal punir o infrator, buscando a retribuição pelo ato cometido, mas também têm finalidades secundárias, como a prevenção geral (dissuasão da sociedade em geral) e a prevenção especial (reabilitação e ressocialização do infrator).

Existem diferentes tipos de penas no direito penal, como penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos e penas de multa. Cada uma delas possui características específicas e é aplicada de acordo com a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e a legislação vigente, conforme será demonstrado a seguir.

7.3.1 Penas privativas de liberdade

A pena privativa de liberdade não era utilizada pelo Estado como punição por infrações penais. Durante o período antigo, apenas penas cruéis ou infamantes eram aplicadas. A privação da liberdade do indivíduo tinha principalmente um caráter processual. Naquela época, a pena tinha como objetivo principal disseminar o medo em toda a sociedade⁵⁴.

Na antiguidade, a pena privativa de liberdade não era considerada uma sanção em si mesma. Embora o encarceramento de delinquentes fosse praticado desde tempos remotos, essa privação de liberdade não tinha como objetivo principal impor uma pena; seu propósito era diferente. Até o final do século XVIII, a prisão era utilizada apenas para manter sob custódia os réus, protegendo-os fisicamente e mentalmente até o momento de seus julgamentos e da determinação de suas penas. Durante esse período, as sanções impostas pelo Estado eram a pena de morte, penas aflitivas ou infamantes. A prisão, nesse contexto, servia meramente como um dispositivo para que o acusado aguardasse seu julgamento, sem que lhe fossem garantidos quaisquer direitos⁵⁵.

Com a chegada do século XVIII, especialmente devido às ideias iluministas, as penas cruéis começaram a ser deixadas de lado, dando lugar a novos sistemas correcionais

⁵³ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 543.

⁵⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Parte Geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

que buscavam não apenas punir, mas também prevenir e reabilitar. Gradualmente, foram abolidos os castigos considerados excessivamente brutais, como a tortura, e introduzida a privação de liberdade como uma forma de sanção aplicada pelo Estado. Com isso, surgiram as primeiras prisões destinadas à correção dos condenados. Assim, a pena, que anteriormente era aplicada principalmente para impedir que o condenado escapasse da punição imposta, passou a ocupar o lugar central como forma de punição. Um dos principais defensores desse sistema foi Cesare Beccaria, que defendia fervorosamente o princípio da dignidade humana⁵⁶.

Atualmente, no âmbito do Direito Penal brasileiro, existem três formas de pena privativa de liberdade. São elas: reclusão, detenção e prisão simples. Todas essas penas, por implicarem diretamente na restrição da liberdade do indivíduo, poderiam ser genericamente denominadas como pena de prisão. A pena de prisão simples é aplicada como punição pela prática de uma contravenção penal, enquanto as outras duas formas são reservadas para aqueles que cometem crimes. Além disso, não seria adequado que o Estado colocasse indivíduos que cometeram contravenções penais, consideradas infrações de menor gravidade, junto com criminosos⁵⁷.

Todas as formas de pena privativa de liberdade têm como objetivo privar o indivíduo de sua liberdade. No entanto, é perceptível que algumas impõem essa restrição com maior intensidade do que outras, enquanto algumas demonstram um menor rigor. A pena de reclusão é considerada a mais severa em relação à restrição do direito de ir e vir do indivíduo, podendo ser cumprida em três regimes: fechado, semiaberto e aberto. Por outro lado, a pena de detenção é cumprida em regime semiaberto ou aberto, assim como a pena de prisão simples. A distinção entre a pena de detenção e a de prisão simples está no fato de que a pena de prisão simples não permite o regime de reclusão, nem mesmo em caso de regressão, enquanto na de detenção, essa conversão é possível⁵⁸.

Quanto aos regimes de cumprimento de pena, especialmente o regime fechado, que ocorre em penitenciárias de segurança máxima ou média, observa-se que o preso é submetido ao trabalho dentro do estabelecimento prisional durante o dia e ao isolamento durante a noite. No regime semiaberto, o condenado trabalha durante o dia e, à noite, recolhe-se a uma colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Já no regime aberto, considerado o mais brando, o preso tem permissão para trabalhar durante o dia fora do estabelecimento prisional e recolhe-se à casa do albergado durante a noite. Em

56 GRECCO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. 1. Ed. Saraiva, 2013.

57 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. Parte geral. Parte especial. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

58 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte geral. 16. Ed. Saraiva, 2012.

todos os regimes, as penas são cumpridas de forma progressiva, levando em consideração o mérito do condenado, considerado como uma circunstância subjetiva, e o tempo de cumprimento da pena, visto como um requisito objetivo para a progressão⁵⁹.

7.3.2 Penas privativas de direitos

As penas restritivas de direitos foram introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei nº 7.209/84⁶⁰, que substituiu, por inteiro, a Parte Geral do Código Penal.

Com o advento da Lei 9.714/98⁶¹, deu-se o marco legislativo para as penas alternativas, muito embora, algumas já se encontravam presentes após a promulgação da lei 7.209/84, sendo elas a Prestação de serviços à comunidade, Interdição temporária de direitos e Limitação dos fins de semana.

Após a reforma de 1998, foram estabelecidas as atuais penas restritivas de direito. São seguintes as sanções, conforme artigo 44 do Código Penal: Prestação pecuniária; Perda de bens e valores; Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; Interdição temporária de direitos e Limitação de fins de semana⁶².

As penas restritivas de direitos não constituem alternativas à pena privativa de liberdade, uma vez que esta última é sempre uma imposição presente. Portanto, em termos de aplicação, não há verdadeira alternativa. Além disso, a pena privativa de liberdade persiste mesmo quando é substituída, podendo ser executada a qualquer momento se as condições da substituição não forem cumpridas⁶³.

Toda sentença que declara a condenação de alguém por crime doloso a uma pena privativa de liberdade de até quatro anos deve fornecer uma justificativa fundamentada sobre a possibilidade de substituição por outra pena alternativa. Essa decisão deve ser baseada na presença ou ausência dos requisitos legais que, quando presentes, tornam essa substituição obrigatória. O mesmo critério deve ser aplicado a qualquer crime culposos, já

59 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Introdução e parte geral. 38. Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

60 BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 15 Fev. 2024.

61 BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm>. Acesso em: 15 Fev. 2024.

62 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

63 LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal, RT, 3ª ed., 1999, p. 187.

que este não tem um limite de pena estabelecido⁶⁴.

O artigo 44 do Código Penal elenca os requisitos para tal instituto, necessários, indispensáveis e cumulativos, que devem estar presentes para que se concretize a substituição⁶⁵.

Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direito e multa, ou por duas restritivas de direitos⁶⁶.

No entanto, a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade, quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão⁶⁷.

7.3.3 Pena de multa

A primeira codificação penal brasileira de 1830 introduziu a pena de multa como uma alternativa à prisão, levando em consideração as condições financeiras do réu, e implementou o sistema de dias-multa para determinar o valor pecuniário da pena. Essas inovações representaram marcos importantes no sistema penal brasileiro, proporcionando uma maior flexibilidade na aplicação das punições e considerando as circunstâncias individuais dos condenados⁶⁸.

O Decreto nº 744/1890⁶⁹ aboliu trabalhos forçados executados e estabeleceu o prazo máximo de 30 anos para a pena de prisão perpétua, medida reiterada pela

64 GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas, RT, 1999, p. 118.

65 BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm>. Acesso em: 15 Fev. 2024.

66 BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm>. Acesso em: 15 Fev. 2024.

67 BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm>. Acesso em: 15 Fev. 2024.

68 BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. 1830. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

69 BRASIL. Decreto nº 774, de 20 de Setembro de 1890. 1890. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

Constituição de 1891⁷⁰, que também aboliu o instituto do banimento.

Na sequência, a Constituição de 1934⁷¹ tornou obsoletas as práticas de banimento, pena de morte, perda de bens e penas perpétuas, mantendo apenas a pena capital em casos de conflitos bélicos. Por outro lado, a Constituição de 1937⁷², refletindo o contexto político autoritário do Estado Novo, introduziu a figura dos crimes políticos, inclusive prevendo a imposição da pena de morte.

Logo após, houve a promulgação do Código Penal de 1940⁷³ que possibilitou a divisão das penas em privativas de liberdade (detenção e reclusão) e pecuniárias (multa), além de permitir penas acessórias, como a interdição temporária e a perda da função pública.

O novo código estabeleceu limites mínimo e máximo para a multa, permitindo ao juiz aumentá-la até o triplo. A situação econômica do réu era o critério fundamental para a imposição da multa. O código também inovou ao permitir o parcelamento e a prorrogação do prazo de pagamento da multa, além de proibir que ela incidisse sobre recursos essenciais à subsistência do condenado e sua família. A não quitação da multa poderia ser convertida em pena de prisão, embora essa conversão tenha deixado de ser obrigatória com a alteração introduzida pela Lei nº 9.268/1996⁷⁴.

No Estado Democrático de Direito, a pena de multa passou por importantes transformações com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que estabeleceu diretrizes e princípios fundamentais que orientam a aplicação da pena de multa no sistema jurídico brasileiro⁷⁵.

O artigo 5º, inciso XLVI da Constituição, garante a individualização da pena,

70 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

71 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

72 BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

73 BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

74 BRASIL. Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996. 1996. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9268-1-abril-1996-347513-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

75 BRASIL. Constituição Federal de 1988. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

incluindo a multa, como um dos instrumentos para sua aplicação. Esse dispositivo constitucional destaca a importância de considerar as particularidades do caso concreto e garantir a proporcionalidade da pena de multa⁷⁶.

Ferrajoli ressalta a relevância da proporcionalidade da pena de multa, argumentando que ela deve ser aplicada de forma justa e adequada à gravidade do delito e à capacidade econômica do condenado⁷⁷.

Nessa linha de pensamento, Gomes enfatiza a necessidade de considerar a capacidade econômica do réu na determinação da pena de multa, visando evitar discriminações e garantir uma aplicação justa da pena⁷⁸.

Portanto, no Estado Democrático de Direito, a sanção pecuniária destaca a importância de evitar a imposição de multas excessivas que possam comprometer a subsistência do condenado. É fundamental que a fixação da pena de multa leve em conta não apenas a capacidade econômica do réu, mas também os princípios da humanidade e da dignidade humana.

Assim, depreende-se que a pena de multa é uma sanção pecuniária imposta pelo Estado a pessoas condenadas por infrações penais, representando um pagamento em dinheiro determinado pela sentença condenatória, sem corresponder necessariamente ao valor do dano causado.

Seguindo a concepção de Nucci a pena de multa é entendida como uma sanção penal que envolve o pagamento de uma quantia em dinheiro, previamente estabelecida por lei e destinada ao Fundo Penitenciário⁷⁹.

O fundamento legal para a aplicação da pena de multa está previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pelos artigos 43 a 51 do Código Penal brasileiro. O artigo 49 do Código Penal Brasileiro, traz a definição legal da multa, consistindo no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa.

A dosimetria das multas penais ilustra bem a sua natureza retributiva-preventiva. Sem abordar as controvérsias acerca do método exato de dosimetria das multas, o ordenamento jurídico brasileiro adotou um sistema bifásico. Em um primeiro momento,

76 BRASIL. Constituição Federal de 1988. 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

77 FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal, 2010.

78 GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

79 NUCCI, Guilherme de S. Manual de Direito Penal. Volume Único. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

deve o julgador sopesar objetivamente o grau de reprovabilidade do delito em espécie e, a partir deste juízo, fixar uma quantidade de dias multa⁸⁰.

7.4 Do Direito ao Esquecimento

O direito ao esquecimento emerge como uma figura crucial para respaldar a vontade de remover atos constrangedores dos meios de comunicação e informação. É importante ressaltar que esse direito não deve ser usado como justificativa para interromper a divulgação de informações devido a práticas jornalísticas inadequadas. O direito ao esquecimento representa a prerrogativa de uma pessoa de não permitir que eventos passados de sua vida, ainda que verídicos, sejam expostos ao público, considerando o risco real de violação de sua dignidade.

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas do passado, cujas edições antigas se perdiam no tempo, sujeitas à deterioração de seu suporte físico, as informações circulantes na rede persistem indefinidamente. Mais preocupante ainda, dados do passado emergem com a mesma nitidez que os dados mais recentes, gerando um delicado dilema no âmbito jurídico. Por um lado, é inegável que o público tem o direito de acessar fatos históricos. Por outro lado, embora ninguém tenha o direito de apagar eventos passados, é crucial evitar que uma pessoa seja perseguida por toda a vida devido a um acontecimento do passado⁸¹.

Moraes e Konder definem o direito ao esquecimento como o direito à autodeterminação informativa, que confere ao indivíduo o controle sobre suas informações e dados⁸².

Para Martinez, o direito ao esquecimento trata-se de direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante por força da vontade de terceiros⁸³.

O direito ao esquecimento, pode ser definido como o direito de não ser lembrado eternamente por um equívoco do passado ou por situações constrangedoras, bem como

80 CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: volume único: parte geral (arts. 1º ao 120). São Paulo: JusPODIVM, 2022.

81 SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 466.

82 MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. Dilemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 287.

83 MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 80.

de impedir que determinado assunto seja reavivado por membros da sociedade⁸⁴.

Tal direito assegura a possibilidade de se discutir o uso, o modo e a finalidade de fatos pretéritos⁸⁵.

Também pode ser entendido como a possibilidade de alijar-se do conhecimento de terceiros uma específica informação que, muito embora seja verdadeira e que, preteritamente, fosse considerada relevante, não mais ostenta interesse público em razão de anacronismo⁸⁶.

Recentemente, no ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal formou maioria contra o reconhecimento do direito ao esquecimento no Brasil.

A maioria dos ministros entendeu que não há previsão legal para o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro e que, portanto, cada caso deve ser analisado individualmente, considerando-se os direitos em conflito, como a liberdade de expressão e o direito à informação. Este julgamento marcou uma posição importante sobre um tema controverso e em constante evolução no campo do direito e da ética.

A tese firmada pelo STJ foi a seguinte: *“É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível”*⁸⁷.

Referida decisão impactará outros direitos fundamentais, como o direito à informação e a liberdade de imprensa. Portanto, sua implementação deve ser cuidadosamente ponderada e sujeita a extensa reflexão.

7. 5 Do Princípio da Não Perpetuidade das Penas e a Vedação das Penas Perpétuas

O Ordenamento Jurídico Brasileiro trabalha com a não perpetuidade em todas as

84 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 196.

85 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 174.

86 MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direito ao esquecimento. Barueri: Novo Século, 2017. p. 97.

87 STF. Plenário. RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021 (Repercussão Geral – Tema 786) (Info 1005).

áreas. A prescrição e a decadência são, inclusive, provas de que o Ordenamento impõe prazos para que alguém possa buscar seus direitos junto a Justiça ou até mesmo para a pretensão punitiva do Estado. Em cada esfera, esses institutos possuem características diversas, embora possuam a mesma finalidade.

No âmbito Penal, a prescrição pode ser definida como o mecanismo jurídico pelo qual o Estado, devido à sua incapacidade de exercer seu direito punitivo dentro de um período de tempo estabelecido por lei, resulta na extinção da punibilidade. É a renúncia do direito do Estado de punir ou de executar a punição devido à passagem do tempo⁸⁸.

Por outro lado, a decadência, que também é uma causa de extinção da punibilidade, é o dispositivo legal pelo qual a vítima, ou seu representante legal com autoridade para tal, perde seu direito de apresentar queixa ou representação devido ao decorrer de um determinado prazo⁸⁹.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII proíbe a aplicação de penas de caráter perpétuo, e estabelece que não haverá penas: de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis⁹⁰.

Essa disposição constitucional é fundamental no contexto atual do Estado Democrático de Direito. Interpretada extensivamente para proteger os direitos humanos, ela implica que os efeitos das sanções penais não podem ser infinitos. Seria completamente irrazoável se as penas, embora não perpétuas, tivessem consequências perenes na vida do indivíduo, assumindo um caráter sancionatório eterno, o que é inconstitucional e contradiz o próprio propósito da pena principal⁹¹.

A exclusão da pena de prisão perpétua implica que, como resultado lógico, não pode haver crimes que acarretem penas ou consequências penais perpétuas. Se a pena de prisão não pode ser perpétua, então é igualmente lógico que a consequência mais branda

88 MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; SOUTO, Priscila. Prática Penal. Saraiva, 2021.

89 MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; SOUTO, Priscila. Prática Penal. Saraiva, 2021.

90 BRASIL. Constituição Federal de 1988. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

91 ANDRADA, Doorgal. Limitação temporal dos efeitos penais e os maus antecedentes. 2013. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/limitacao-temporal-efeitos-penais-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 12 Fev. 2024.

para o crime também não o seja⁹².

O Ordenamento Jurídico Brasileiro possui apenas alguns crimes que são imprescritíveis – Artigo 5º da Constituição Federal, incisos XLII (Racismo) e XLIV (Ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático) -, ou seja, o Estado pode agir a qualquer no momento que tomar conhecimento do fato, independentemente do tempo já transcorrido. Tal imprescritibilidade se trata apenas do poder de ação do Estado, mas tais crimes possuem uma pena máxima prevista para cumprimento e esse limite também é, ou deveria ser, presente nas sanções cíveis e penais. Esses crimes possuem efeitos imprescritíveis que culminam na criação de exceções à regra imposta pela Constituição Federal, logo, violam a regra do caráter de não perpetuidade⁹³.

Portanto, a Constituição Federal estabelece claramente as penas proibidas, ou seja, aquelas que nunca podem ser aplicadas no Brasil.

7.5 Conclusão

No âmbito do direito penal, o princípio da não perpetuidade das penas e a vedação das penas perpétuas representam fundamentos essenciais que refletem não apenas preocupações com a justiça e a proporcionalidade das punições, mas também com a dignidade humana e a possibilidade de ressocialização do condenado.

O princípio da não perpetuidade das penas tem suas raízes históricas em diferentes tradições jurídicas e filosóficas ao longo dos séculos. Remonta à ideia de que nenhuma pena deve ser aplicada de forma indefinida ou para além da vida do indivíduo. Este princípio está intimamente ligado à noção de que a punição deve ser proporcional ao crime cometido, evitando-se assim a imposição de penas excessivamente cruéis ou desumanas.

Este princípio representa não apenas uma salvaguarda contra a imposição de punições excessivamente severas, mas também uma afirmação dos valores fundamentais da dignidade humana, da justiça e da possibilidade de redenção.

Por sua vez, a vedação das penas perpétuas deriva do reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano, incluindo o direito à dignidade, à liberdade e à igualdade perante a lei. A imposição de uma pena que prive alguém de sua liberdade por tempo indeterminado ou para o resto da vida é considerada uma violação flagrante desses

92 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 673.

93 TALON, Evinis. Quais crimes são imprescritíveis e inafiançáveis?. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-crimes-sao-imprescritiveis-e-inafiancaveis/538548856>>. Acesso em: 16 Fev. 2024.

direitos, contrariando os princípios de humanidade e justiça.

A proibição das penas perpétuas é um marco na evolução do direito penal, refletindo uma compreensão mais profunda das complexidades da natureza humana e do propósito da punição. Ao reconhecer que mesmo os indivíduos que cometeram os crimes mais graves são passíveis de mudança e reintegração à sociedade, essa proibição reafirma a crença na reabilitação e na esperança como elementos essenciais da justiça criminal.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a pena privativa de liberdade não pode ser de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII), refletindo o compromisso do Estado brasileiro com a proteção dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

Apesar do reconhecimento generalizado dos princípios da não perpetuidade das penas e da vedação das penas perpétuas, sua aplicação enfrenta desafios e controvérsias. Questões como a reincidência, a proteção da sociedade e a justiça para as vítimas muitas vezes complicam a implementação desses princípios na prática jurídica.

Além disso, existem debates sobre a aplicabilidade desses princípios em casos de crimes especialmente graves, como genocídios, crimes contra a humanidade ou terrorismo. Embora a punição por tais crimes seja necessária, é importante garantir que as penas impostas sejam proporcionais e respeitem os princípios fundamentais do direito penal.

A discussão sobre o direito ao esquecimento não é simples, pois entra em conflito com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão e o direito à informação. Defensores desse direito argumentam que a permanência indefinida de informações negativas pode prejudicar a reputação e o bem-estar psicológico das pessoas, impedindo-as de seguir em frente e reconstruir suas vidas.

Por outro lado, críticos alertam para o risco de censura e revisionismo histórico, argumentando que a remoção seletiva de informações pode distorcer a verdade e comprometer a liberdade de expressão. Além disso, questionam a eficácia prática dessa medida, dada a natureza disseminada e persistente da internet.

Dessa forma, o princípio da não perpetuidade das penas e a vedação das penas perpétuas desempenham um papel crucial na garantia dos direitos individuais e na promoção de um sistema de justiça penal justo e humano. Embora enfrentem desafios e controvérsias, esses princípios refletem os valores fundamentais de uma sociedade democrática e comprometida com o respeito à dignidade e à liberdade de seus membros. Como tal, sua observância e aplicação adequada são essenciais para a construção de uma sociedade mais justa, equitativa e respeitosa dos direitos humanos.

Portanto, é necessário que o direito penal continue a evoluir em direção a uma abordagem voltada e orientada para a reabilitação. Isso implica não apenas em revisar e reformar as leis penais, mas também em investir em programas de ressocialização e reintegração, bem como em abordagens alternativas à punição que priorizem a reparação e a restauração.

À medida que avançamos para o futuro, é importante que os princípios da não perpetuidade das penas e da vedação das penas perpétuas permaneçam como pilares fundamentais do direito penal. Somente através de um compromisso contínuo com esses valores fundamentais podemos aspirar a construir sistemas de justiça mais justos, humanos e eficazes, que protejam tanto os direitos dos indivíduos quanto o bem-estar da sociedade como um todo.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Felipe Lima. **Reflexões acerca do Direito de Execução Penal**. Revista Liberdades – nº 17 – set/dez de 2014. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ISSN 2175-5280. 2014.

ALMEIDA, Gelsom Rozentino de. **Capitalismo, Classes Sociais e Prisões no Brasil**. 2014. Disponível em: <https://www.encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/28/1400245111_ARQUIVO_anpuhrio2014Gelsomcompleto.pdf>. Acesso em: 22 Set. 2023.

ANDRADA, Doorgal. **Limitação temporal dos efeitos penais e os maus antecedentes**. 2013. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/limitacao-temporal-efeitos-penais-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 12 Fev. 2024.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas; tradução de Torrieri Guimarães**. 6º. ed. – São Paulo: Martin Claret, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Coleção Tratado de direito penal**. v. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 21. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

BRASIL. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil**. 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 774, de 20 de Setembro de 1890**. 1890. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htmimpressao.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 Out. 2023.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. 1830. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm>. Acesso em: 15 Fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 30 Ago. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.714, de 25 de Novembro de 1998**. 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9714.htm>. Acesso em: 15 Fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.268, de 1º de abril de 1996**. 1996. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1996/lei-9268-1-abril-1996-347513-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 Fev. 2024.

CABRAL, Dilma. **Constituição de 1824**. 2014. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/menu-de-categorias-2/305-constituicao-de-1824>>. Acesso em: 15 Set. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Coleção Curso de direito penal.** v. 4. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** Parte Especial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 358.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal.** Parte geral. 16. Ed. Saraiva, 2012.

COSTA, Tailson Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal.** São Paulo: Editora Fiúza Editores, 2004. P. 88.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** volume único: parte geral (arts. 1º ao 120). São Paulo: JusPODIVM, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 196.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas.** RT, 1999, p. 118.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal:** parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7, p. 260.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 11 eds. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 310.

GRECO, R. **Curso de direito penal.** 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRECCO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** 1. Ed. Saraiva, 2013.

JESUS, Damásio. **Direito Penal:** Parte Geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

LUCENA, Lucas. **Independência do Brasil completa 199 anos nesta terça-feira, 7 de setembro.** 2021. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?07/09/2021/independencia-do-brasil-completa-199-anos-nesta-terca-feira--7-de-setembro>>. Acesso em: 15 Set. 2023.

LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal, RT, 3ª ed., 1999, p. 187.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direito ao esquecimento. Barueri: Novo Século, 2017. p. 97.

MARQUES, Fernando; TASOKO, Marcelle; SOUTO, Priscila. **Prática Penal.** Saraiva, 2021.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: A proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 80.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do CP, v. 1. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 287.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Introdução e parte geral. 38. Ed. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do código penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 4ed, Rio de Janeiro, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Parte geral. Parte especial. 4. Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal**. Volume Único. São Paulo: Grupo GEN, 2023.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Casa de Correção do Rio de Janeiro (1889-1930)**. 2018. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-primeira-republica/531-casa-de-correcao-da-capital-federal>>. Acesso em: 10 Out. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, p. 444.

RIGONI, Joana B. **A interpretação da lei n. 6.683/79 (lei de anistia)**: inexistência de concessão de anistia aos crimes cometidos pelos agentes do estado. 2013. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/5901/1/110661_Joana.pdf>. Acesso em: 23 Set. 2023.

SANCHES, Rogério Cunha. **Código Penal para Concursos**. 13 ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 63.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 466.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 174.

STF. Plenário. **RE 1010606/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11/2/2021** (Repercussão Geral – Tema 786) (Info 1005).

STJ. **Súmula 241**. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RevSTJ/article/viewFile/9352/9472>>. Acesso em: 16 Out. 2023.

TALON, Evinis. **Quais crimes são imprescritíveis e inafiançáveis?**. 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-crimes-sao-imprescritiveis-e-inafiancaveis/538548856>>. Acesso em: 16 Fev. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 673.

DA PROMESSA COMO PREMISA NA RAZÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRABALHISTAS – UMA TENTATIVA DE SUPERAÇÃO DOS PARADOXOS

EDUARDO ORDOÑO: advogado e mestrando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito de Energia e Regulação de Infraestrutura e Energia pelo Instituto Brasileiro de Estudos do Direito de Energia-IBDE⁹⁴.

CARLA TERESA MARTINS ROMAR
(orientadora).

RESUMO: O objetivo deste trabalho é tratar sobre os paradoxos constitucionais em relação aos direitos e garantias previstos na Constituição Federal que tratam sobre o trabalho. A metodologia utilizada será a análise da redação constitucional de proteção legal do trabalho e dos entendimentos filosóficos e doutrinários sobre o tema. A pesquisa se desenvolve em quatro pontos: primeiramente analisa-se as estruturas filosóficas do Direito e do Estado, com especial destaque sobre o seu poder. Em um segundo momento, abordam-se os direitos e garantias fundamentais trabalhistas e os seus paradoxos. Por fim, demonstra-se que a premissa constitucional é de uma promessa de construção de uma sociedade ainda ideal e que, diante da impossibilidade real de concessão do que se declara, o que se pode outorgar é a própria lei.

Roma já preconizava em seu famoso adágio *ubi societas, ibi ius*, onde está a sociedade, está o Direito. A necessidade do Direito surge como forma de imposição de uma ordem e de um controle sobre os desejos humanos, que são ilimitados frente a escassez dos bens.

Francesco Carnelutti^[1] nos ensina que os homens não podem viver no caos e que o estabelecimento de uma *ordem* é tão necessária como o ar. A paz é obtida por meio do *pactum*. O contrato objetiva a paz, na medida em que representa um caminhar junto.

94 E-mail: ordonoadv@gmail.com

A ordem e o contrato é estabelecida e regida pelo Direito, que se sobrepõe ao indivíduo com o emprego da força.

Um sistema jurídico caracterizado por uma intensa atividade regulatória estatal é fruto de uma sociedade em que a moral é insuficiente, o amor é uma aspiração e a liberdade e a solidariedade são delírios.

Infelizmente, a desconfiança é a regra de convivência nesse tipo de sociedade e a má-fé é presumida em todas as relações intersubjetivas, sejam elas privadas ou públicas. O *outro* não é compreendido como um ser autônomo, emancipado e dotado de racionalidade e boa-fé, mas como um opressor ou oprimido; nunca um igual.

Se em civilizações mais avançadas moralmente, o contrato constitui e é interpretado como um meio de pacificação; nas mais atrasadas, ele é representativo de um acordo de vontades entre exploradores e explorados, cujas assimetrias de poder, que emergiriam da própria natureza jurídica do negócio entabulado, são sobrepostas às vontades e à finalidade do contrato, para servir à revisão e, até mesmo, para a invalidação do pacto.

A má-fé é a regra e prescinde de prova; a boa-fé é a exceção e exige uma atividade probatória robusta e convincente pelo contraente.

A desconfiança, o caos e a guerra são os valores e os efeitos que orientam e traduzem esse tipo de sociedade, ainda que o sistema jurídico possa transparecer, ao *leitor*, uma evolução comunal dissociada da realidade.

Não é por outra razão que não são raros os casos de comportamentos próximos ao *estado de natureza* nessas sociedades, tal como retratado por Thomas Hobbes.

O grau de barbárie – e de carência – é maior quanto menor for a presença do Estado e do Direito, em especial pela ausência de políticas públicas efetivas e de agentes de coerção do Estado. A atuação do Estado será máxima ou mínima a depender do estágio de evolução do Direito e da sua efetiva aplicação na sociedade.

A presença efetiva do Estado e do Direito ainda é necessária, como garantia de que, naquela delimitação territorial, impera a ordem e, de certo modo, a segurança de todos os indivíduos, o que exige a restrição *legal* da liberdade individual.

Em que pese os Estados Democráticos de Direito sejam pródigos em declarar a *liberdade* como garantia individual fundamental, o único meio de garantir que sejam democráticos e sob o império da lei é pelo dirigismo estatal e pela forte restrição da liberdade.

Nesse sentido, é necessário descortinar o véu da ignorância cômoda e assumir que não somos cidadãos livres em sua plenitude, merecendo destaque a arguta sensibilidade de Étienne de La Boétie que já nos alertava por volta do ano de 1.563 ao sentenciar que^[2]:

"É incrível ver como o povo, quando é submetido, cai de repente num esquecimento tão profundo de sua liberdade, que não consegue despertar para reconquistá-la. Serve tão bem e tão bom grado que se diria, ao vê-lo, que não só perdeu a liberdade, mas ganhou a servidão.

É verdade que no início serve-se obrigado e vencido pela força. Mas os que vêm depois servem sem relutância e fazem voluntariamente o que seus antepassados fizeram por imposição. Os homens nascidos sob o jugo, depois alimentados e educados na servidão, sem olhar mais à frente, contentam-se em viver como nasceram e não pensam que têm outros bens e outros direitos a não ser os que encontraram. Chegam finalmente a persuadir-se de que a condição de seu nascimento é a natural."

O povo que se encontra sob o jugo absoluto e imperativo do Estado não consegue enxergar que não há liberdade, tamanha a cegueira causada pela servidão, que é voluntária.

Essa voluntariedade é justificável pelo comodismo de que as instituições estatais preservarão o comportamento subserviente por meio do reconhecimento jurídico dos direitos previstos em lei, quando acionadas em virtude de violações, choques ou insatisfações, ainda que isso possa implicar em uma renúncia a uma liberdade dada pela *natureza*.

A inexistência de autonomia na vontade individual é evidenciada pela exigência legal e imperativa da autorização do Estado, como pressuposto de existência e validade do contrato. Poucas são as áreas da atividade humana que não tenham sido regulamentadas pelo Direito ou que não possam, por um exercício exegético, se amoldar a qualquer uma das figuras jurídicas já existentes.

"Aplicar uma lei quer dizer confrontá-la com uma situação fática a fim de saber o que se pode e o que não se pode fazer", vaticinou Francesco Carnelutti^[3]. Essa atividade estatal de substituição da liberdade individual, infelizmente, não causa maiores temores na sociedade moderna.

A razão é muito simples: nascemos no Estado e é inconcebível a vida fora dele^[4].

Paulo Bonavides foi muito preciso ao vaticinar que^[5]:

"A minoria dos que impõem à maioria a sua vontade por persuasão, consentimento ou imposição material forma o governo que, tendo a prerrogativa exclusiva do emprego da força, exerce o poder estatal através de leis que obrigam, não porque sejam 'boas, justas ou sábias', mas simplesmente porque são leis, pautas de convivência, imperativos de conduta. Dispõe a autoridade governativa da capacidade unilateral de ditar à massa dos governados, se necessário pela compulsão, o cumprimento irresistível de suas ordens, preceitos e determinações de comportamento social."

O poder estatal de impor com imperatividade, firmeza e força os comportamentos aceitáveis dentro dos limites territoriais da comunidade que lhe confere o poder de ação e coerção é exteriorizado por meio das normas, leis, Códigos, Consolidações, sentenças, enfim, pelo *Direito*.

"O Estado, isto é, a estabilidade da sociedade, é um produto e mesmo o produto do direito"^[6]. Criador e criatura não apenas se confundem, mas dependem um do outro como condição de existência recíproca.

As palavras, os vocábulos e os signos linguísticos servem à formação do Direito e os significados atribuídos aos seus termos evidenciam um poder e uma violência que são irresistíveis, imperativos e simbólicos.

Nesse diapasão, não é difícil inferir que o poder estatal faz uso do poder da comunicação.

A esse respeito, Tércio Sampaio Ferraz Junior obtemperou com exatidão que^[7]:

"Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. Esse uso oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, isto é, o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto semasiológico, isto é, sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isto ocorre. O legislador, nesses termos, usa vocábulos que tira da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. (...)"

A professora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos detecta que o poder jurídico exercido pelo Estado sobre a sociedade revela, por meio da comunicação, uma violência

simbólica imperceptível e sem coação mas que, contudo, por manipulação finalística dos conceitos, acaba por provocar a adesão acrítica dos destinatários[8], neutralizando-os:

" Em outras palavras, violência simbólica é o nome que se dá à capacidade de se impor certos símbolos, de tal maneira que os destinatários daquele que usa o símbolo se identifiquem com um determinado significado. A violência simbólica é, no fundo, uma imposição de significados. É a capacidade de impor significados de tal forma que os destinatários concordem com ele."

O controle das mentes utilizado pelo Estado, expresso no discurso empregado pelo Direito como instrumento de socialização, possui uma finalidade muito clara, como bem destacou a professora[9]:

" (...) a chamada socialização política, feita através da linguagem (especialmente a linguagem jurídica) é um essencial e conservador processo, que se destina a facilitar a manutenção do 'status quo', ou em outras palavras, visa a fazer com que as pessoas aceitem o sistema em que vivem."

E continua[10]:

" O Direito é, em última análise, um instrumento de controle do comportamento; ele se vocaciona a dirigir o comportamento de seus destinatários, para que eles tenham uma conduta conforme o padrão estabelecido na Norma Jurídica. É para alguns uma prescrição, um comando, um imperativo, um conselho. Na medida em que se dirige ao controle do comportamento, esse comportamento será executado por um homem, uma pessoa, por um grupo.

...

Ou seja, a lei é o símbolo do poder que a fundamenta. A lei simboliza o que deve ser conforme o direito em uma construção de postulados que possuem uma qualidade empírica, uma 'realidade' pelo fato de ser lei. Disso resulta a autonomia da lei diante das aspirações subjetivas. O símbolo é independente delas enquanto está em lugar de outra coisa, é uma relação, não um objeto."

Como destinatários, concordamos e introjetamos voluntariamente todos os símbolos e significados que o Direito nos fornece silenciosamente, mas com imperatividade e violência, pela norma jurídica.

Em nossa sociedade capitalista, o controle do comportamento das pessoas e dos grupos é voltado para reduzi-los à figura do *homo faber*, na medida em que lhes é negada, nas palavras Hannah Arendt^[11], "*A suposição de que a identidade de uma pessoa transcende, em grandeza e importância, tudo o que ela possa fazer ou produzir é elemento indispensável da dignidade humana.*".

E a explicação é fornecida pela própria Hannah Arendt, no sentido de que "*... a noção de que os homens só podem viver juntos, de maneira legítima e política, quando alguns têm o direito de comandar e os demais são forçados a obedecer*"^[12] e destaca com precisão cirúrgica^[13]:

*"Finalmente, a atividade de pensar – que, fiéis à tradição pré-moderna, omitimos de nossa consideração da *victa* ativa – ainda é possível, e sem dúvida ocorre, onde quer que os homens vivam em condições de liberdade política. Infelizmente, e ao contrário do que geralmente se supõe quanto à proverbial torre de marfim dos pensadores, nenhuma outra capacidade humana é tão vulnerável; de fato, uma tirania, é muito mais fácil agir do que o pensar. Como experiência vívida, sempre se supôs, talvez erradamente, que a atividade de pensar fosse privilégio de poucos. Talvez, não seja presunçoso demais acreditar que esses poucos são ainda mais reduzidos em nosso tempo – o que pode ser irrelevante ou de relevância limitada, para o futuro do mundo, mas não é irrelevante para o futuro do homem."*

Em suma, a atividade proibida de pensar retira o homem do seu dever de produzir de forma autônoma, livre. A sua vontade não existe, tendo sido substituída e dirigida pelo Estado e pelos demais órgãos que orbitam em torno dele, mas que são, todos, exteriores ao indivíduo; muitas vezes sem qualquer identidade ou representatividade empática.

Thomas Hobbes, em seu livro "*Os elementos da lei natural e política*", descreveu o real intento do Estado em impor regras morais irresistíveis e sancionatórias aos seus destinatários, por que não súditos^[14]:

"... Pelo que está presentemente constituído num pequeno corpo político, que consiste de duas pessoas, uma soberana, que é chamada o senhor ou amo (master; or lord), a outra o súdito, que é chamado o servo (servant). E quando um homem adquirir direito sobre um

grupo de servos, sob um número bem considerável de servos, como eles não podem ser seguramente invadidos por seus vizinhos, este corpo político é um reino despótico."

Nada mais irresistível a um soberano do que a criação de um lugar isolado em suas regras (reino despótico), em que os seus cidadãos desfrutam de uma vida controlada em todos os seus aspectos essenciais, caracterizada pela apatia e o domínio de seus instintos e desejos, cujos signos, símbolos e significados são determinados, na comunicação, pelo poder estatal, tal como narrado por Thomas More em *Utopia*.

É bem verdade que Jean Jacques-Rousseau^[15] já evidenciava a inclinação humana para a restrição da liberdade, ao declarar que:

"Que penso afinal? Em permanecer tal qual vós me fizestes ser, e a não acrescentar voluntariamente nenhum grilhão aos que me impõem a natureza e as leis. Quanto mais examino a obra dos homens em suas instituições, mais vejo que à força de querer a independência, eles se fazem escravos e empregam sua liberdade mesma em vão esforços por assegurá-la. Para não cederem ante a torrente das coisas, criam mil liames; assim, quando querem dar um passo não o podem e se espantam de se apegarem a tudo. Parece-me que para se tornar livre nada se tem que fazer; basta não querer deixar de sê-lo. Fostes vós, meu mestre, que me fizestes livre, ensinando-me a ceder ante a necessidade. Que chegue quando lhe agrade, deixarei levar-me sem constrangimento; e como não a quero combater, não me apego a nada que me retenha. Procurei em nossas viagens algum canto da terra onde eu pudesse ser totalmente meu; mas em que lugar entre os homens não se depende das paixões deles? Tudo bem examinado, achei que meu desejo mesmo era contraditório; pois ainda que não me apegasse a nada, ainda me apegaria à terra onde me houvesse fixado; minha vida estaria presa a essa terra como a das dríades estava às suas árvores; verifiquei que império e liberdade sendo duas palavras incompatíveis, eu não podia ser senhor de uma cabana senão deixando de o ser de mim."

Inobstante o indivíduo seja servo de suas paixões e do meio em que está inserido, é lícito a qualquer agrupamento a eleição de seus valores, a definição de seus objetivos e a elaboração de suas normas.

Como bem citou Jürgen Habermas, em seu livro *"Comentários à ética do discurso"*, em referência a uma inscrição contida no James-Hall, declarada por Henry James, "A

comunidade estagna sem o impulso do indivíduo / o impulso extingue-se sem a participação da comunidade."[16].

A atrofia, precariedade, censura ou, pior, inexistência de um espaço público destinado à participação popular intensifica a violência simbólica proveniente do Estado e revela o seu pouco apreço pela liberdade individual.

Tal fato foi objeto de lapidar análise de Habermas[17]:

"Em sociedades complexas, as pretensões a uma participação justa nos escassos recursos da sociedade, isto é, os direitos positivos ao bem-estar (à alimentação e à habitação, à saúde, educação e oportunidades de trabalho) só podem ser efetivamente satisfeitas através da mediação de organizações. Assim sendo, os direitos e os deveres individuais transformam-se em direitos e deveres institucionais: quem tem obrigações é a sociedade organizada como um todo – é perante ela que são defendidos os direitos positivos."

No entendimento de Habermas, *"No discurso, tomamos consciência do mundo das vivências subjacentes à prática comunicativa do cotidiano a partir de uma, por assim dizer, retrospectiva artificial; (...)"*[18]. Em palavras, deve se dar voz aos indivíduos e aos grupos sociais, em um espaço público que não seja organizado ou institucionalizado pelo Estado, nem mesmo mediado por ele.

Parece-me que a necessária e indeclinável restrição à liberdade individual deve ser compensada com políticas de incentivo à solidariedade entre os indivíduos para a organização da sociedade.

Contudo, a realidade social é bem distinta e o espaço público ainda é dominado ou controlado totalmente pelo Estado, principalmente na produção e execução válida das normas jurídicas, ou encampados por agentes coletivos (empresas, sindicatos, dentre outros).

Independentemente do sistema jurídico adotado pelo Estado, se pertencente à *commom law* ou a *civil law*, o exercício do poder segue a mesma orientação[19]:

"As normas jurídicas são um produto do homem: a fim de que tais normas sejam produzidas, é necessário que o próprio ordenamento atribua a certos indivíduos o poder de produzi-las. Portanto, a existência de um ordenamento jurídico não pode prescindir do cumprimento de certos atos, nos quais consiste o poder jurídico."

Com esteio na visão kelseniana, Norberto Bobbio conceitua esse real poder jurídico que o direito positivo confere a algumas pessoas:

"..., desde as primeiras páginas da obra do fundador da Teoria Pura do Direito, fica claro que num certo sentido final, por 'poder jurídico' deve-se entender, em sentido técnico, o poder de propor e aplicar as normas do sistema que atribui a certos indivíduos um determinado ordenamento normativo, que regula a própria produção de normas e se vale de atos coercitivos, isto, do recurso à força para obter o respeito das normas produzidas pelo próprio ordenamento (duas características próprias do ordenamento jurídico)."

Por "norma jurídica", Kelsen entende não só as normas gerais, mas também as individuais, como as sentenças dos juízes; não só as normas de direito público, como as leis ou os atos administrativos, mas também as normas de direito privado, como os contratos[20]. Para Kelsen, é preciso partir das normas para justificar o poder[21], o Direito, para ele, é uma técnica de organização social[22] e, dentro do sistema kelseniano da Teoria Pura do Direito, para que uma norma receba o qualificativo de jurídica "é necessário que seja produzida em conformidade com outra norma jurídica"[23].

A resposta metodológica fornecida pela Teoria Pura do Direito de Kelsen na análise científica do Direito, ou seja, isento da "contaminação" dos elementos extrajurídicos na consciência do cientista, confere uma visão parcial sobre o estudo da relação existente entre o direito e o poder.

A Teoria Pura do Direito sempre foi interpretada como uma teoria positivista do direito[24]. Positivista é aquela que acredita firmemente que o direito não existe *in natura*, não existe na sociedade e, portanto, não se trata de descobri-lo e de revelá-lo, mas é sempre a expressão de uma atividade humana consciente (mas também inconsciente), e se trata no máximo de interpretá-lo, tendo presente de todo modo que também a interpretação é, por sua vez, uma obra de criação ou de recriação permanente. A característica de um ordenamento jurídico é que ele regula a própria produção[25].

Para Kelsen, o Estado ganha existência somente quando se exprime na lei, constituindo-se, nesse enfoque, pelo somatório e complexo das suas próprias leis, portanto idealizado para uma sociedade centrípeta, ou seja, voltada para um único centro de poder, que emana do Estado[26].

A diversidade de entendimentos dos juristas em saber se todo o direito se reduz ao direito positivo e se há equivalência ou hierarquia entre todas as expressões do direito[27] fez surgir duas linhas filosóficas antagônicas: a monista (é o sistema legal

determinado pelos órgãos estatais, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado[28]) e a pluralista. Percebeu-se que, apesar de prestigiosos defensores do monismo[29], a corrente majoritária estabilizou-se na defesa do pluralismo jurídico[30].

Não é por outra razão que, voltando-se agora para a análise empírica, a Constituição Federal do Brasil de 1988 realça a sociedade pluralista (político, jurídico, social, cultural, étnico) como medida de pacificação social[31].

Nesse contexto, o Direito do Trabalho ocupa um papel de destaque e de protagonismo, na medida em que, desde os seus primórdios, insere-se no contexto do pluralismo jurídico[32].

Isso porque, entre os centros de produção do *Direito* do Trabalho destacam-se o Estado (leis e atos normativos), a comunidade (os costumes), a autonomia provada coletiva (acordos e convenções coletivas), organismos internacionais (OIT, ONU, OEA, com seus tratados e convenções), a empresa (regulamento interno), os sujeitos da relação de trabalho (empregados e empregadores – contrato de trabalho), os tribunais (jurisprudência).

O modelo idealizado de sociedade democrática é, nesse contexto e sob o prisma justralhista, centrífuga, ou seja, com múltiplos centros de poderes normativos.

O pluralismo jurídico provocou o esgotamento do modelo monista e revelou a insuficiência das fontes jurígenas clássicas do direito estatal como respostas normativas à complexa conflituosidade social, notadamente porque a estrutura rígida e inflexível do modelo estatal de poder atendia com atraso às aspirações jurídicas e concretas da sociedade[33].

Inspirado nesse sentimento, o legislador constituinte adotou expressamente o pluralismo jurídico no direito do trabalho, permitindo a criação de normas jurídicas pelos grupos sociais e seus representantes, o que se constata pelo reconhecimento constitucional das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 8º, incisos VI e XIV) e da autonomia privada coletiva (art. 7º, incisos VI, XIII e XXVI).

Extraí-se pela leitura e interpretação da Constituição Federal a existência de uma redução e de um verdadeiro desestímulo à autonomia privada individual, causado por uma hipertrofia ou superposição das normas estatais e coletivas, que condicionam – quando não muito – tornam ineficazes a primeira, por força do próprio dirigismo contratual exercido pelo Estado.

Em que pese a concepção multiforme (mas desequilibrada) do Direito do Trabalho e do desestímulo à liberdade ou autonomia individual, são os direitos e as garantias fundamentais interpretados sob o prisma dos direitos sociais que determinam, regem,

delimitam, ampliam e restringem os atores na produção das normas justralhistas (Estado, sindicatos, empregados e empregadores).

A relação dos direitos fundamentais do trabalho é extensa, contemplando a proibição ao trabalho escravo, o respeito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem e aos direitos à livre manifestação de pensamento, à liberdade de consciência e de crença, à liberdade de expressão e informação, ao sigilo de correspondência e telefônica, à igualdade e à solidariedade.

Em que pese a existência de normas jurídicas avançadas na proteção do trabalhador, por qual razão o seu protagonismo e evolução não ressoam na realidade do trabalho?

Parece que, mesmo após 33 (trinta e três) anos, desde a declaração de que um dos fundamentos de sua República Federativa é a valorização social do trabalho (artigo 1º, IV) e que a ordem econômica encontra-se fundada na valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*) e no princípio da "*busca do pleno emprego*" (artigo 170, inciso VIII), ainda estamos distantes dessas bases.

Qual será o motivo, ou melhor, quais seriam eles?

Uma das hipóteses capaz de explicar esse fenômeno da desarmonia entre as garantias, direitos e princípios declarados na lei e da realidade foi explicada com maestria por Ino Apgsberg, em seu artigo intitulado "*Promise as premise: rewriting the paradoxo constitutional reasoning*" e publicado no livro "*Sociology of Constitutions – A paradoxical perspective*", editado pelos professores Alberto Febrajo e Giancarlo Corsi.

Segundo o professor de filosofia jurídica e direito público da Universidade de Kiel, a Constituição representa, na verdade, uma *promessa* e que, como tal, ela está sempre (talvez muito) à frente de si mesma (e da própria sociedade).

A *premissa* do raciocínio legal é a de que a redação do texto constitucional possui uma estrutura hiperbólica, ou seja, caracterizada pela ênfase expressiva resultante do exagero na expressão linguística (hipérbole).

A Constituição seria, assim, um contrato com força vinculativa, por meio do qual^[34]:

"Uma sociedade descreve a si própria na sua Constituição, sem que aquele senso de 'ser' já o preceda no ato de descrição. A sociedade é constituída no processo de descrição de si própria na sua Constituição. Essa descrição mediada (pela linguagem) desvenda a

dicotomia (ser – dever-ser) de dentro para fora, não reunindo os opostos a um nível superior, mas revelando o sujeito correlato a ser necessariamente dividido pela prática linguística”

Segundo ele, a forma particular de normatividade da Constituição se faz por meio da promessa. A promessa tida como um *contrato social mínimo* e como um ato de reconhecimento, de alteridade da lei prescrita, em que a principal coisa a ser dada é a própria lei; só esta lei é o ato de dar possível, haja vista a impossibilidade de entrega real do direito, princípio ou garantia previsto.

Por essa razão, a postulação constitucional positiva e fictícia se caracteriza por ser paradoxal, na medida em que ao declarar que todos são iguais, sem qualquer discriminação, e que o trabalho é valorizado e pleno, a lei reconhece, ao mesmo tempo, que a sociedade por ela refletida é desigual e discriminatória, bem como que a valorização do trabalho e a plenitude do emprego ainda é uma aspiração e não um dado concreto da realidade.

O paradoxo resulta justamente no fato de que, se a imperatividade e a coerção do Direito só são necessárias para reger os fatos sociais que a própria coletividade não cumpre de forma natural e espontânea, ao impor um comando, ainda que principiológico, é porque ele não é encontrado concretamente naquela sociedade.

Essa visão sistêmica do Direito permite que enxerguemos as normas constitucionais não como uma declaração de direitos, mas como um contrato em que cada cidadão, ou melhor, cada trabalhador e empresário, assumiu o compromisso de cumprir e respeitar em nome da pacificação de toda a coletividade.

Isso significa dizer que, transportando esses conceitos para o nosso Direito Constitucional do Trabalho, se estivermos diante de um impasse ou de uma incerteza quanto ao vínculo decorrente de uma relação de trabalho ou a uma obrigação a ser exigida do trabalhador ou do empregador, necessário se faz repensá-la no campo do *dever* e em âmbito coletivo (princípio da solidariedade).

Em uma sociedade de dados como a nossa, em que mesmo antes da substituição da mão de obra assalariada por robôs e pela inteligência artificial, os números de desempregados e de trabalhadores informais superam os de empregados, a interpretação das novas formas de trabalho sob a lente da relação de emprego (subordinação) prevista nos artigos 2º e 3º da CLT não pode culminar com uma solução que torne impossível ou financeiramente inviável aquela fonte de trabalho.

O princípio da dignidade da pessoa humana não deve ser interpretado com os olhos voltados para a solução de uma situação individual, mas, ao revés, ela deve ser

inserida e contextualizada em um cenário bem mais amplo, qual seja, àquele voltado para a sobrevivência coletiva e digna de toda a sociedade.

A superação dos paradoxos somente pode ser alcançada com o recurso ao princípio constitucional da solidariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo – 10 ed., Rio de Janeiro : Forense Universitário, 2008.

AUGSBERG, Ino. *Promise as premise: rewriting the paradoxo constitucional reasoning : Sociology of Constitutions – A paradoxical perspective*. Routledge : London

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo : Editora UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. Tradução: Roger Vinicius da Silva Costa. São Paulo : Editora Pillares, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*. 5 ed. – São Paulo : Atlas, 2007.

LA BOÉTIE, ÉTIENNE DE. *Discurso da servidão voluntária*. Tradução Casemiro Linarth – São Paulo : Martin Claret, 2009 (Coleção a obra-prima de cada autor, 304).

LEITE DOS SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. *Poder jurídico e violência simbólica*. 1ª ed., São Paulo : Cultural Paulista, 1985.

HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa : Instituto Piaget, 1999.

HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política : tratado do corpo político*. Tradução e notas: Fernando Dias Andrade – São Paulo : Ícone Editora, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Pluralismo do direito do trabalho*. 2 ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo : Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Emílio; ou, Da educação*. Tradução de Sérgio Milliet – 3 ed. – Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1995.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. Ed. – São Paulo : LTr, 2009, p. 75.

Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo : Alfa-Omega, 1997.

NOTAS:

[1] *Como nasce o direito*. Tradução: Roger Vinicius da Silva Costa. São Paulo : Editora Pillares, 2015, p. 35. "*O segredo do direito está precisamente nisto: que os homens não podem viver no caos. A ordem lhes é tão necessária como o ar que respiram. Como a guerra corresponde à desordem, a ordem corresponde à paz. Os homens fazem a guerra, porém necessitam viver em paz. A guerra, pois, não termina com a paz, mas tende a esta. O que põe fim é o pactum, e a raiz de pacto é pax. Outra palavra expressiva é contrato, que, no fundo, quer dizer o mesmo: colocando fim à guerra, os homens, ao invés de estarem uns contra os outros, tratam de ficar juntos*".

[2] *Discurso da servidão voluntária*. Tradução Casemiro Linarth – São Paulo : Martin Claret, 2009, p. 44/45 – (Coleção a obra-prima de cada autor, 304)

[3] Ob. cit, p. 23.

[4] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18ª ed., São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 116.

[5] Ob. cit., p. 117.

[6] CARNELUTTI, Francesco. Ob. cit., p. 88.

[7] *Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação*. 5 ed. – São Paulo : Atlas, 2007, p. 255.

[8] *Poder jurídico e violência simbólica*. 1ª ed., São Paulo : Cultural Paulista, 1985, p. 150.

[9] Idem, p. 160.

[10] Ibidem, p. 172 e 176.

[11] *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo – 10 ed., Rio de Janeiro : Forense Universitário, 2008, p. 223.

[12] Idem, p. 234.

[13] *Ibidem*, p. 338.

[14] HOBBS, Thomas. *Os elementos da lei natural e política : tratado do corpo político*. Tradução e notas: Fernando Dias Andrade – São Paulo : Ícone Editora, 2002, p. 154.

[15] *Emílio; ou, Da educação*. Tradução de Sérgio Milliet – 3 ed. – Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 1995, p. 570.

[16] HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução: Gilda Lopes Encarnação. Lisboa : Instituto Piaget, 1999, p. 77.

[17] *Idem*, p. 170.

[18] *Ibidem*, p. 39.

[19] BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo : Editora UNESP, 2008, p. 185.

[20] *Ob. cit*, p. 189.

[21] *Idem*, p. 158.

[22] *Ibidem*, p. 115.

[23] *Ibidem*, p. 159.

[24] *Ibidem*, p. 124.

[25] *Ibidem*, p. 158.

[26] SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. Ed. – São Paulo : LTr, 2009, p. 85

[27] REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 219.

[28] MARTINS, Sergio Pinto. *Pluralismo do direito do trabalho*. 2 ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 33.

[29] Segundo Ronaldo de Lima dos Santos (p. 30 e 34), "*O monismo, em si, identifica-se com a teoria que considera como válida apenas uma ordem jurídica, seja o direito natural ou universal (monismo jurídico universal), seja o direito estatal (monismo jurídico estatal)*". Entre os primeiros, podem ser citados Hugo Grócio, Baruch Spinoza, Samuel Pufendorf,

Christian Thomasius, Jean Barbeyrac, Christian Woff, dentre outros. Entre os segundos, destacam-se Nicolau Maquiavel, Giovanni Bodin, Thomas Hobbes, Benedito Spinoza, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Friederich Hegel, Rudolf von Lhering, George Jellinek, Hans Kelsen, John Austin, dentre outros.

[30] Podem ser citados: Friedrich Carl Von Savigny, Gustavo Hugo, Friedrich Whilhelm, Joseph Schelling, Edmundo Burke, Jeremy Benhtam, Leon Duguit, Maxime Leroy, Paul Boncour, Enrico Leone, Arturo Labriola, Roger Bonnard, Sergio Panunzio, Walter Heinrich, François Perroux, Mihail Manoilescu, Othmar Spann, Guido Bortolotto, Oliveira Vianna, Tasso Silveira, Maurice Hauriou, Georges Renard, Leon Le Fur, Norberto Bobbio, Giorgio Del Vecchio, Miguel Reale, dentre outros.

[31] Pluralismo político (art. 1º, inciso V), pluralismo partidário (art. 17), pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, inciso III), pluralismo econômico (art. 170), pluralismo cultural (arts. 215 a 217), pluralismo dos meios de informação (art. 220, §5º). Trecho extraído da obra de Ronaldo Lima dos Santos, ob. cit., p. 75

[32] Idem, p. 87.

[33] Wolkmer, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo : Alfa-Omega, 1997, p. 138.

[34] AUGSBERG, Ino. *Promise as premise: rewriting the paradoxo constitucional reasoning : Sociology of Constitutions – A paradoxical perspective*. Routledge : London, p. 50.

A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA PARA OS EMPREGADOS REABILITADOS APÓS O GOZO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE

LANA CRISTINA DA SILVA E SILVA:

Graduada do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro⁹⁵.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso, objetiva apresentar um estudo sobre a prescrição trabalhista no curso da suspensão do contrato de trabalho, nas hipóteses de afastamento por percepção de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente, haja a vista a probabilidade de retorno do trabalhador a atividade profissional, cumprido o programa de reabilitação, em que é facultado ao empregador, eventual indenização pelos créditos trabalhistas anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho, podendo apresentar a rescisão unilateral do contrato de trabalho a partir da cessação do benefício, sem qualquer ônus ao empregado pelos períodos laborados.

PALAVRAS-CHAVE: Suspensão. Contrato de Trabalho. Prescrição. Benefício Previdenciário. Auxílio por Incapacidade.

ABSTRACT: This course conclusion work aims to present a study on labor prescription in the course of suspension of the employment contract, in the event of absence due to perception of social security benefit for temporary or permanent disability, considering the probability of return of the worker to professional activity, after completing the rehabilitation program, in which the employer is entitled to eventual compensation for labor claims prior to five years of the suspension of the employment contract, and may present a unilateral termination of the employment contract from the termination of the benefit, without any burden to employment for the periods worked.

KEYWORDS: Suspension. Employment Contract. Prescription. Social Security Benefit. Disability Assistance.

Sumário: 1. Introdução. - 2Noções Gerais de Prescrição – 3. A prescrição no Direito do Trabalho 4. Das causas Impeditivas, Suspensivas e Interruptivas do Transcurso dos Prazos Prescricionais 5 Dos Benefícios Previdenciários por Incapacidade Temporária ou Permanente 6. Da Suspensão Da Prescrição dos Créditos Trabalhistas 7. A Suspensão da

⁹⁵ E-mail: lanacristinads@gmail.com

Prescrição Trabalhista para os Empregados Reabilitados após o gozo de Benefício Previdenciário de Auxílio por Incapacidade. 8.Considerações finais. 9. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, objetiva apresentar um estudo sobre a prescrição trabalhista no curso da suspensão do contrato de trabalho, em virtude de percepção de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente, no qual é facultado ao empregador, eventual indenização pelos créditos trabalhistas anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho.

Em virtude da ausência de regulamentação legal na matéria, após muitos divergirem em seus entendimentos sobre a aplicação do aludido instituto ao longo dos anos, os Tribunais Regionais do Trabalho, através da Orientação Jurisprudencial 375, vem fundamentando suas decisões no sentido de não elidir a fluência da prescrição quinquenal no curso da suspensão do contrato de trabalho, motivada por percepção de previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente.

Desta feita, qualquer trabalhador que tenha sofrido abusos ou lesão aos seus direitos trabalhistas, tais, como ausência de pagamento de salário, percentual sobre atividade insalubre, adicional sobre atividade periculosa, adicional sobre a jornada de trabalho noturna, dentre outros, ainda que tenha resguardando seu direito de ação, resta impossibilitado de reclamar suas verbas anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho, ressalvada, unicamente, a hipótese de impossibilidade total de acessar o judiciário.

1 NOÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Originário do direito romano, o instituto da prescrição, surgiu a partir da necessidade de brevar a perseguição do Estado para com o indivíduo em razão de cobrança de dívida, isto porque as obrigações pecuniárias possuíam caráter perpetuo e "só se extinguíam por um ato inverso àquele pelo qual se constituíam" (CRETELLA JR, 2001), ou seja, pela quitação da obrigação. A prescrição institui-se como um remédio para insegurança jurídica que pairava sobre as relações jurídicas da época, restaurando a ordem, a segurança jurídica e a paz social.

O Direito Romano aponta os três fundamentos jurídicos da prescrição: o da necessidade de fixar as relações jurídicas incertas (sua finalidade objetiva), o do castigo à negligência (o meio repressivo de sua realização) e o do interesse público (motivo inspirador da prescrição).

Desde o seu surgimento no direito romano, bem como a longo de sua trajetória no direito, o instituto da prescrição foi visto como uma exceção, uma ferramenta que pode

ser suscitada como preliminar de defesa, podendo ser arguida por qualquer das partes, como reflexo dos seus efeitos no decurso do tempo sobre o direito. Tal ponderação se consolidou através dos séculos, mantendo-se até os dias atuais.

O conceito de prescrição materializa-se como a perda do direito de agir no transcurso do tempo, pode ser interpretado como inércia do titular do direito, ou seja, prescrição é a perda do direito de exigir a execução de uma obrigação seja pecuniária ou não, de modo que o direito não deixa de existir, contudo, sua eficácia torna-se inviabilizada.

Na CRFB/88, a prescrição é sedimentada no art. 7º, XXIX, que estabelece que é resguardado ao trabalhador a pretensão de agir quanto aos créditos atinentes as relações de trabalho com prazo prescricional de cinco anos, para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

De outra banda, o Código Civil de 2002, regulamenta o instituto da prescrição em seu art. 189, que estabelece que: "*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206*".

Leciona o brioso Sérgio Pinto Martins, a prescrição (2007, p. 676), "*é a perda da exigibilidade do direito, em razão da falta do seu exercício dentro de um determinado período de tempo*". (MARTINS, 2007).

Saliente-se, que o mesmo diploma legal, elenca as causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas em seus arts. 197 a 206 CC/2002, para ilustre Alice Monteiro de Barros "*as causas interruptivas da prescrição são fatos provocados e determinados diretamente pelas partes*" (BARROS, 2008, p. 1029).

Muito embora a prescrição tenha se originado do direito civil material, a suas nuances repercutem no direito processual, visto que a modalidade de prescrição intercorrente é pratica oriunda da pratica judiciaria. Não por acaso, o Código Civil em seu art. 189, dispõe que "*violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição*".

Conforme os artigos supramencionados lecionam, a pretensão é o direito de exigir a punibilidade sobre o direito material lesionado, todavia, sob a condição de que existe um prazo estipulado para tal pretensão, caso o titular perca este prazo, sofrerá as devidas sanções. Nesta esteira, são pré-requisitos da prescrição; a inércia do titular, ante a violação de seu direito; o decurso do tempo estipulado por lei.

Sobre o tema, atenhamo-nos a lição de (BEVILÁQUA, 1996, p.349) "*a prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência*

do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo. Não é a falta de um exercício do direito, que lhe tira o vigor, o direito pode conservar-se inativo, por longo tempo, sem perder a sua eficácia. É o não uso da ação que lhe afronta a capacidade de agir”.

Em resumo, a prescrição é a perda do direito de agir por inercia do exercício do direito, ou seja, quando se abre mão da possibilidade reclamar em juízo a lesão ao direito material. existência desse instituto é necessária para manutenção da segurança jurídica e da ordem social, visto que este instituto visa impor limite temporal a execução de uma obrigação ou de uma pretensão. A prescrição por ter força de lei, é impossível que venha a ser abdicada por vontade unilateral das partes, aliás, por se tratar de matéria de direito, ela poderá ser alegada a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

2 A PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

No Direito do trabalho, as pretensões relativas a créditos provenientes das relações de trabalho têm a sua prescrição regulamentada pelo o art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho (redação dada pela Lei nº 9.658 de 5 de junho de 1998), que salienta a fixação do prazo prescricional em cinco anos para os trabalhadores, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

A Constituição Federal em seu Art. 7º, inciso XXIX (redação pela Emenda Constitucional nº 28 de 25 de maio de 2000) equiparou a situação dos trabalhadores urbanos a dos rurais, sendo obrigatório que o prazo prescricional seja aplicado de igual forma para ambos, regra esta vigente até o momento.

A Súmula 308 do TST assentou o entendimento de que ainda que respeitado o prazo bienal após a extinção do contrato de trabalho, a prescrição da pretensão de agir a se refere aos créditos imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação.

Deve se considerar, que os prazos prescricionais são unicamente aqueles fixados em lei, para (MARTINS, p.709) estes prazos conceituam-se como a “a perda da exigibilidade do direito, em razão da falta do seu exercício dentro de um determinado período”.

A Reforma Trabalhista não alterou os referidos prazos prescricionais, mas implementou uma série de mudanças compassivas a este instituto, no âmbito da Justiça do Trabalho, por exemplo, foram introduzidos os §2º e §3º ao citado artigo 11 da CLT.

Tais dispositivos trouxeram duas inovações, uma tratando das prestações sucessivas, que já haviam sido sedimentadas na Súmula nº 294 do TST, contudo, agora explicitam tacitamente a possibilidade de prescrição total. Por fim, a do §3º que dispõe que na reclamatória trabalhista arquivada, a interrupção da prescrição só impera com relação a pedidos idênticos.

Além disto, o advento da Lei 13.467/2017 trouxe outra grande inovação para o âmbito trabalhista, qual seja a prescrição intercorrente, que é aquela a prescrição que pode ser decretada no curso do processo, motivada pela inércia da parte interessada, tendo sido introduzida pela Reforma Trabalhista.

Antes do advento desta nova Lei, não era possível a aplicação do instituto da prescrição intercorrente no processo trabalhista, conforme entendia o TST, que salientou através da Sumula nº 114, ser “inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”, todavia, com o advento da Reforma Trabalhista, a prescrição intercorrente passou a constar expressamente no art. 11-A da CLT, que cumpre o objetivo de cessar longos processos de execução.

Observa-se que a legislação é expressa em disciplinar os prazos prescricionais relativos aos créditos trabalhistas, todavia, os contratos de trabalhos estão sujeitos condições suspensivas dos seus efeitos, circunstâncias em que se questiona a legalidade da fruição dos prazos prescricionais nas hipóteses em que se esteja sob condição suspensiva.

3 DAS CAUSAS IMPEDITIVAS, SUSPENSIVAS E INTERRUPTIVAS DO TRANSCURSO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Conforme supramencionado, em que pese a legislação seja expressa quanto ao prazo prescricional relativo aos créditos trabalhistas, todos os contratos estão vulneráveis aos efeitos suspensivos, resguardando-se o transcurso dos prazos prescricionais enquanto perdura a causa suspensiva.

O instituto da prescrição pode restar obstado de se consumir ou ser postergado o início de sua contagem, em virtude de causas impeditivas, suspensivas e interruptivas, nos casos já previstos na legislação.

O mais clássico exemplo clássico disto, é quando ocorre lesão a um direito, o prazo prescricional é postergado para momento ulterior, haja a vista as causas estabelecidas em leis serem preexistentes, ou seja, as causas interruptivas evitam o surgimento da prescrição. Desta feita, enquanto não cessar a causa impeditiva não se iniciará a contagem do prazo prescricional.

Quanto a suspensão, em uma hipótese de existência de um prazo prescricional em curso no momento em que nasce uma causa impeditiva preestabelecida em lei, sua fluência é suspensa até a data em que cessar a causa suspensiva, sendo retomado a sua contagem a partir de tempo que faltava para consumir-se.

Nas palavras da ilustre Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil, 2003, p. 341):

As causas impeditivas da prescrição são as circunstâncias que impedem que seu curso inicie e, as suspensivas, as que paralisam temporariamente o seu curso; superado o fato suspensivo, a prescrição continua a correr, computado o tempo decorrido antes dele.

Conforme podemos observar, as primeiras hipóteses impedem a fluência do prazo prescricional e a segunda suspende o prazo prescricional. Nestes aspectos, a legislação civil que é categórica ao discriminar qual natureza de fato, tem o poder de alterar o transcurso do prazo prescricional, estando sedimentadas estas hipóteses nos arts. 197 a 201 do Código Civil, especialmente a hipótese prevista no art.199, que dispõe que não corre igualmente a prescrição pendendo-se condição suspensiva.

Sem maiores esforços, vislumbramos a possibilidade de aplicação subsidiária da interpretação extensiva da legislação civil aos contratos de trabalho, logo, suspenso o contrato de trabalho os efeitos de sua natureza, incluindo a fruição do prazo prescricional, também seriam suspensos.

4 DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA OU PERMANENTE

Os benefícios previdenciários por incapacidade são devidos aos segurados que por motivo de doença com ou sem relação com o labor, ficam incapazes de exercer atividade profissional, por período superior a 15 (quinze) dias consecutivos, desde que preenchidos os requisitos de carência, qualidade e incapacidade para o trabalho.

Nas hipóteses em que o segurado se encontre empregado, os primeiros 15 (quinze) dias de benefício por incapacidade, serão pagos pelo empregador, concedendo-se o amparo Instituto Nacional do Seguro Social somente a partir do 16º dia, ressalvada a situação dos empregados domésticos em que fica a cargo da Previdência o ônus desde o primeiro dia de benefício por incapacidade.

Tais benefícios foram instituídos pela Lei 8.213/91 que estabelece em seu arts. 59 e 60, os requisitos para a concessão e manutenção da assistência pro parte da previdência, quais sejam:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei n.º 9.876, de 26.11.1999).

Quanto a incapacidade laboral temporária, o benefício é devido àquele segurado é o auxílio-doença ou, atualmente, denominado como auxílio por incapacidade temporária. Este benefício possui um período predefinido pelo o INSS na concessão, mas pode ser prorrogado caso a incapacidade não tenha cessado.

O instituto nacional do seguro social, propõe a reabilitação profissional, que tem o condão de propiciar ao Segurado incapacitado para o labor, meios de readaptação profissional para participar do mercado de trabalho no contexto social em que estão inseridos. Tal conceito está preceituado no art. 89, da lei n.º 8.213/91, que dispõe:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re) educação e de (re) adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

O trabalhador que esteja participando deste programa de reabilitação profissional, na condição e incapacitado para o trabalho, faz jus ao recebimento do auxílio por incapacidade temporária, que poderá ser cessado quando este último concluir a reabilitação profissional.

Já aposentadoria por invalidez, hoje alcunhada de aposentadoria por incapacidade permanente, é devida aquele segurado que segurado que esteja total e permanentemente incapacitado para exercer atividade laboral ou seja, para toda e qualquer função de trabalho; sem possibilidades ou perspectivas de melhora ou reabilitação.

Antes da Reforma da Previdência, a aposentadoria por incapacidade permanente, inclusive decorrente de acidente de trabalho ou doença ocupacional, era abrangido pelo cálculo de 100% dos salários de contribuição, apurado com base na média aritmética simples, somente dos maiores salários de contribuição que correspondia 80% do período contributivo.

Com o advento da Reforma da Previdência que entrou em vigor em 13/11/2019, houveram drásticos reflexos ao cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente, visto que agora a média aritmética do cálculo é apurada com 100% dos salários de

contribuição desde 07/1994, sem o descarte dos menores salários de contribuição da vida toda.

Diante de tais modificações, por consectário lógico o cálculo da aposentadoria por incapacidade permanente se tornou menor, ou seja, a partir da média das contribuições o valor da aposentadoria por incapacidade permanente chega até 60% dos salários de contribuição, com acréscimo de dois pontos percentuais, para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição, no caso dos homens, e dos 15 anos de contribuição, no caso das mulheres.

Tem se por única exceção a esta regra, a aposentadoria por incapacidade permanente, que quando decorrer de acidente de trabalho, ou de doença ocupacional do trabalho, os salários de contribuição corresponderão a 100% do salário benefício, levando em consideração todos os salários de contribuição.

Não é difícil compreender, que o segurado em gozo de benefício previdenciário por incapacidade permanente teve uma perda considerável em sua fonte de renda, ao ser considerado insuscetível a reabilitação profissional, salvo unicamente hipótese de relação com o trabalho, de outra banda, o segurado que permanecer no programa de reabilitação por período superior a cinco anos da suspensão do trabalho, perde o direito de acessar seus créditos trabalhados em igual período no curso da suspensão do contrato de trabalho.

5 DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DOS CREDITOS TRABALHISTAS

Em que pese a Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 471 e seguintes, discorrer sobre as hipóteses suspensivas do contrato de trabalho, nossa análise nos faz concluir que a lei é omissa quanto aos efeitos da suspensão do contrato de trabalho, nos casos de afastamento por percepção de benefícios previdenciários por incapacidade.

Mesmo diante de tal disposição, a doutrina e jurisprudência vem se posicionando sobre a ausência de previsão legal para aplicação da afastabilidade da prescrição no curso da suspensão do contrato de trabalho, em se tratando de percepção de benefícios previdenciários.

A brilhante doutrinadora Alice Monteiro de Barros (2008, p. 1028): defende como causa suspensiva da prescrição a doença do empregado que o impossibilita de ajuizar a ação, aplicando por analogia a legislação civil. Não obstante, outros autores e Tribunais Superiores discordam com a autora, argumentando que o rol do Código Civil e o da CLT não incluem a doença do empregado como causa suspensiva ou interruptiva da prescrição.

Tal repercussão da matéria, ensejou o TST a editar através da SDI-1 a Orientação Jurisprudencial nº 375, consolidando o entendimento de que:

AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM. *“A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário”.* (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010).

Esta orientação tem servido de paradigma para embasar todas as decisões dos Tribunais Regionais do trabalho de forma que o trabalhador vem sendo prejudicado objetivamente quando a óbice de seus direitos, senão vejamos:

EMENTA: APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE INFLUIR PRESCRIÇÃO. Não há previsão legal que sustente a tese da suspensão do curso da prescrição quinquenal pela intercorrência da concessão do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Apenas em casos excepcionais, quando caracterizada a absoluta impossibilidade material de o autor buscar no Poder Judiciário reparação pela lesão sofrida, afigura-se justificável a suspensão da contagem do prazo prescricional. Destaca-se, contudo, que, nessas hipóteses, não há falar na aplicação do prazo prescricional bienal extintivo, visto que tal prazo está estritamente vinculado à extinção do contrato de trabalho. Precedentes desta Corte superior. Recurso de embargos conhecido e não provido. (TST, E-ED-RR - 754/2002-003-24-00.8, Rel. Min. Lélvio Bentes Corrêa, DJ 13/03/2009).(TRT-18 1712200900518006 GO 01712-2009-005-18-00-6, Relator: GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 113 de 30.06.2010, pág.5.)

EMENTA: SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM RAZÃO DE DOENÇA DO EMPREGADO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DE CRÉDITOS. INOCORRÊNCIA DE EFEITO INTERRUPTIVO DO PRAZO. Não há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a matéria atinente às causas suspensivas e interruptivas dos prazos prescricionais que, sabidamente, serão sempre aquelas previstas em lei, em *numerus clausus*. Por isto é que constitui verdadeira heresia jurídica declarar interrupção de prazo prescricional com a invocação de enunciado de tese aprovada em congressos ou encontros de natureza acadêmica, pois não consta do ordenamento jurídico que a

suspensão do contrato de trabalho em razão de doença do empregado tenha força para interromper o curso da prescrição quinquenal de seus créditos trabalhistas, máxime quando esta condição não lhe impede de exercitar, a qualquer tempo, seu direito de ação. (RO -18098/09. Publicação: 22/07/2009. Nona Turma. Relator: Joao Bosco Pinto Lar)

EMENTA: HORAS EXTRAS - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - SUSPENSÃO DO CONTRATO POR FORÇA DE AFASTAMENTO PREVIDENCIÁRIO SEGUIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. O inciso XXIX do art. 7º da Constituição de 1988 fixa o prazo prescricional de 05 anos para os trabalhadores reclamarem em Juízo direitos decorrentes do contrato de trabalho, obedecendo-se o limite de 02 anos, contados da extinção do contrato. No caso da suspensão do contrato de trabalho por concessão de auxílio-doença, seguido de declaração de aposentadoria por invalidez, ainda que não se inicie a contagem do prazo bienal, por não se tratar de hipótese de extinção do contrato de trabalho, o prazo quinquenal continua a fluir normalmente. Neste sentido, a pretensão relativa às horas extras prestadas há mais de 05 anos contados da data do ajuizamento da ação encontra-se irremediavelmente fulminada pelo fenômeno prescricional, devendo ser mantida a sentença que decretou esta prejudicial em relação ao crédito. (RO - 6949/09. Publicação: 25/05/2009. Oitava Turma. Relator: Clube de Freitas Pereira).

O brioso Ministro Vieira de Melo Filho em julgamento da SBDI-1, sacramenta:

“A SBDI-1 desta Corte, uniformizadora da jurisprudência, tem firmado posicionamento segundo o qual não opera o efeito jurídico de suspensão ou interrupção da prescrição o afastamento do empregado, acometido de doença profissional, recebendo auxílio-doença. Colacionam-se os seguintes precedentes a corroborar essa tese”.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. Esta SBDI-I, interpretando o art. 475 da Consolidação das Leis do Trabalho cumulado com os arts. 198 e seguintes do Código Civil de 2002, vem firmando o entendimento segundo o qual a suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal. Embargos

conhecidos e desprovidos. (E-RR-113500-63.2005.5.17.0004, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 27/11/2009).

EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. SUPRESSÃO. ALCANCE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA N.º 51 DA SBDI-I. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE ARGUIÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. A jurisprudência desta colenda Subseção Especializada consagra entendimento no sentido de que a expressa alegação de ofensa ao artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho constitui pressuposto indispensável à admissão dos embargos, no caso de não ter sido conhecido o recurso de revista por seus aspectos intrínsecos de cognição. Hipótese de incidência da Orientação Jurisprudencial n.º 294 da SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho. Embargos não conhecidos. E-ED-RR-75400-52.2002.5.24.0003, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT de 13/3/2009).

Temos por certo, que nos termos do art. 476 da CLT, o empregado afastado do labor por motivo de doença e em gozo de benefício por incapacidade laboral, tem seu contrato de trabalho suspenso no período que perdurar a incapacidade, por consectário lógico, a aplicação da suspensão dos efeitos inerentes estaria suspensa, tendo em vista que no direito, as obrigações acessórias seguem a principal.

6 A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA PARA OS EMPREGADOS REABILITADOS APÓS O GOZO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE AUXÍLIO POR INCAPACIDADE

A suspensão do contrato de trabalho, que por sua vez, representa a cessação temporária de alguns direitos inerentes a este, vem sendo objeto de discussão recorrente nos Tribunais Regionais do Trabalho, haja a vista a omissão legal na matéria que ocasionou muitos entendimentos jurisprudenciais controversos ao longo do tempo.

Após muito divergirem sobre sua aplicação, tendendo, na maioria dos casos a desconstituir a possibilidade de inoccorrência da prescrição quinquenal sobre os créditos trabalhistas, durante a suspensão do contrato de trabalho, motivada por percepção de benefício previdenciário por incapacidade temporária ou permanente, resguardando apenas a prescrição da pretensão de agir.

E muito embora, a manutenção do vínculo empregatício no curso da suspensão do contrato de trabalho, preserve a prescrição trabalhista do biênio atinente a pretensão de agir que é sacramentada no art. 11 da CLT, todavia, não existe a previsão legal quanto a fluência da prescrição quinquenal dos créditos trabalhistas neste mesmo período.

Quanto a afastabilidade da prescrição trabalhista por motivo de percepção de benefício previdenciário por incapacidade, o Tribunal Superior do Trabalho tendia a posicionar-se favorável a suspensão, fundamentado no art. 199, I do Cód. Civil, que dispõe sobre a inocorrência da prescrição pendendo-se condição de suspensiva.

Neste sentido, Acórdão de relatoria do ilustre Min. João Oreste Dalazen, *[in verbis:]*

SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO – AUXÍLIO DOENÇA – PRESCRIÇÃO – NÃO FLUÊNCIA. 1- Suspenso o contrato de trabalho, em virtude de o empregado haver sido acometido de doença profissional (Leucopenia), com percepção de auxílio-doença, opera-se a correlata suspensão igualmente do fluxo do prazo prescricional para ajuizamento de ação trabalhista. Omissa a lei, razoável a invocação analógica do artigo 170, inciso I, do Código Civil Brasileiro, segundo o qual não flui a prescrição pendendo condição suspensiva. Daí se infere a regra absolutamente prudente de que se o titular do direito subjetivo lesado está impossibilitado de agir, para tornar efetivo o seu direito, não flui a prescrição. Assim, forçoso reconhecer que, enquanto perdurar a enfermidade determinante da paralisação das obrigações bilaterais principais do contrato, o empregado acha-se fisicamente impossibilitado de exercer o direito constitucional de ação. 2 – Embargos de que se conhece e a que se dá provimento para, com supedâneo no artigo 260 do RITST, afastar a prescrição total do direito de ação do Autor, determinando o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem para análise do mérito da demanda (TST-E-RR-741962/2001, rel. Ministro João Oreste Dalazen, DJ 13.12.2002).

No entanto, atualmente o Egrégio TST consolidou através da Orientação Jurisprudencial nº 375, o entendimento de que *"a percepção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, embora suspenda o contrato de trabalho, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvadas apenas as hipóteses de impossibilidade total de acessar o judiciário"*.

Sobre a matéria, a ilustre Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi leciona *[in verbis:]*

EMBARGOS - AFASTAMENTO DO EMPREGADO EM FACE DE AUXÍLIO-DOENÇA - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO - AUSÊNCIA DE INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL - A col. SBDI-1 do TST firmou posicionamento entendendo que não há que se cogitar em suspensão ou interrupção do prazo prescricional em hipóteses como a dos autos. Com efeito, manifesta-se esse Colegiado que a causa suspensiva da prescrição, ora invocada, não está contemplada na lei e o art. 199 do Código Civil não comporta interpretação extensiva ou analógica para a inclusão de outras causas de suspensão. Precedentes: E-RR 3319/1999-070-02-00, Rel. Min. Carlos Alberto, DJ 27.4.2007; E-RR 789/2002-920-20-00.8, Rel. Designada Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 4.5.2007 (SBDI-1, E-RR 424/2001-069-09-00, DJ 20.6.08).

Sem maiores ilações, se faz notório que o trabalhador se queda em uma posição ínfera frente ao empregador, haja a vista a possibilidade de retorno ao labor após a reabilitação profissional e o poder de rescisão unilateral do contrato de trabalho por parte do empregador sem ônus ao empregado.

Na maioria dos casos, o empregado que sofreu abusos e violações de direito no que tange aos créditos trabalhistas, quais sejam: ausência de pagamento das verbas, atividade insalubre, periculosa, ausência de pagamento de vale-transporte e alimentação, adicional noturno dentre outros, que precediam a suspensão do contrato de trabalho no quinquênio quedam-se prejudicados, uma vez que preservado o direito de ação o objeto da lide resta prejudicado.

A matéria exteriorizada merece atenção especial com vistas a garantir que a legislação se posicione acerca do óbice aos direitos inerentes ao trabalhador garantidos pela Constituição Federal e a Consolidação das Leis do Trabalho, de modo que a aplicabilidade do instituto da prescrição venha ser perpetrado de forma a equivaler sua posição frente ao empregador, sem dar azo a incerteza jurídica a parte mais frágil da relação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, buscou apresentar uma análise dos efeitos da prescrição no curso da suspensão do contrato de trabalho, motivado por percepção de benefício previdenciário de auxílio por incapacidade temporária ou permanente, avaliando como os Tribunais Regionais do Trabalho vem se posicionando a respeito da matéria, após muito divergirem ao longo dos anos.

Atualmente, os Tribunais do Trabalho através da Orientação Jurisprudencial nº 375 do SBDI-1 – TST, que sedimentou o entendimento de que a prescrição quinquenal não deve ter sua fruição impedida no curso da suspensão do contrato de trabalho, que tenha sido motivado por percepção de benefício por incapacidade, ressalvando-se unicamente a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário.

É cristalino o quanto a omissão legal na matéria vem gerando controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que por consectário lógico, se invertem em desfavor do trabalhador, evidenciando sua vulnerabilidade técnica perante o empregador, haja vista que após cumprir o programa de reabilitação profissional e retornar ao labor, poderá ter seu contrato de trabalho rescindido a qualquer tempo, sem ônus pelos períodos laborados anteriores a cinco anos da suspensão do contrato de trabalho.

REFERÊNCIAS

Artigo 11 da CLT - **Da Prescrição** disponível em: <http://www.cltlivre.com.br/artigos_clt/artigo-11-da-clt-da-prescricao>. Acesso em 25/08/2021.

Aspectos Jurisprudenciais da Prescrição Trabalhista no Brasil e na Itália - disponível em: <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/966>>. Acesso em 22/10/2021.

Aspectos gerais da prescrição disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38201/aspectos-gerais-da-prescricao#_ftn1>. Acesso em 04/07/2021.

A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO PARA OS EMPREGADOS AFASTADOS POR ACIDENTE DE TRABALHO, disponível em <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-suspensao-prescricao-para-os-empregados-afastados-por-acidente-trabalho.htm>>. Acesso em 09/09/2021.

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

Beviláqua, Clóvis. **Código Civil de 1916** - 11ª ed. São Paulo: *saraiva*, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25/10/2021.

BRASIL. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre **os planos de benefícios da Previdência Social** e dá outras providências. VadeMecum, 21ª. ed. São Paulo: *Saraiva*, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, que **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. VadeMecum, 21ª. ed. São Paulo: *Saraiva*, 2019.

Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição disponível em <https://vlex.com.br/vid/causas-impeditivas-suspensivas-interruptivas-733197509>

Reforma Trabalhista: Como Ficou a Prescrição no Âmbito Trabalhista? disponível em <https://direitoreal.com.br/artigos/como-ficou-a-prescricao-trabalhista>

O Valor da Aposentadoria Por Invalidez em 2021 disponível em <https://www.naadv.com.br/valor-aposentadoria-invalidez-2021/>

O Afastamento do Empregado para Recebimento de Auxílio Doença não Acarreta a Suspensão da Prescrição disponível em: <https://saberalei.com.br/suspensao-da-prescricao/>

COVELLO, Sérgio Carlos. **A Obrigação Natural – Elementos para uma Possível Teoria**, São Paulo: *LEUD*, 1996.

CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: *Forense*, 2001.

Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Código Civil Comentado**. Série Descomplicada. São Paulo: *Rideel*, 2013. p. 130.

JORGE NETO, Franciso Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho– Tomo II**. 4ªed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho. 23ª ed**. São Paulo: *Atlas*, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho. 28 ed**. São Paulo: *Atlas*, 2012. Comentários à CLT. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Sobre segurança jurídica: Bressan, Gabriel Barreira. **Neoprocessualismo: entre efetividade e segurança jurídica**. Novas Edições Acadêmicas: *Saarbrücken*, maio de 2015, p. 82.

TEORIAS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29119/causas-impeditivas-e-suspensivas-dos-prazos-prescricionais-no-direito-civil>. Acesso em 16/10/2021.

Prescrição Intercorrente No Processo Do Trabalho: Uma Análise Crítica Do Entendimento Adotado Pela Reforma Trabalhista disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/prescricao-intercorrente-no-processo-do-trabalho-uma-analise-critica-do-entendimento-adotado-pela-reforma-trabalhista>. Acesso em 20/11/2011.

OS EFEITOS DO COMPLIANCE NO DIREITO DO TRABALHO

CATARINA OLIVEIRA DA SILVA:

Graduada em Direito pelo Centro
Universitário do Norte –
UNINORTE⁹⁶.

WINSTON DE ARAÚJO TEIXEIRA^[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo demonstrar os efeitos do compliance no meio ambiente de trabalho diante da implementação de um Programa de Compliance nas organizações, bem como, explorar ferramentas a serem utilizadas para a sua concretização e expor como essa prática pode contribuir para um cenário mais seguro para empregados e empregadores. A aplicação deste instituto pode ser utilizada como um instrumento de fiscalização no que concerne ao cumprimento das normas trabalhistas a fim de prevenir demandas judiciais que poderiam ter sido evitadas com simples práticas, fazendo uso de elementos como Código de Ética, Canais de Denúncias e Treinamentos. A metodologia a ser utilizada será pesquisa qualitativa e pesquisa bibliográfica de doutrinas da área do Direito do Trabalho além de artigos específicos voltados para o tema de meio ambiente de trabalho e Compliance.

Palavras-chave: Compliance, meio ambiente do trabalho, fiscalização.

ABSTRACT: The scope of this work is to demonstrate the effects of compliance in the work environment in view of the implementation of a Compliance Program in the organizations, as well as to explore tools to be used for its implementation and expose how this practice can contribute to more insurance for employees and employers. The application of this institute can be used as an inspection instrument with regard to compliance with labor standards in order to prevent lawsuits that could have been avoided with simple practices, making use of elements such as the Code of Ethics, Whistleblower Channels and Training. The methodology that will be used is qualitative research and bibliographical research on doctrines in the area of Labor Law, as well as specific articles focused on the theme of the work environment and Compliance.

Keywords: Compliance, work environment, inspection.

INTRODUÇÃO

⁹⁶ E-mail: catarina.oliveira.silva@hotmail.com

O direito fundamental a um ambiente de trabalho digno, apesar de estar consolidado na Constituição Federal de 1988 e em Convenções e Organizações Internacionais do Trabalho, não costuma encontrar na prática o fiel cumprimento das legislações e diretrizes que o garantam. Nesse contexto, faz-se necessário o estudo de mecanismos jurídicos que possam auxiliar na melhoria de qualidade de vida dos empregados e empregadores que integram uma organização, bem como a implementar procedimentos fiscalizatórios mais condizentes com a realidade, de modo a coibir práticas abusivas ou ilegais e, por conseguinte, reduzir o número de demandas trabalhistas perante o Poder Judiciário. Diante disso, oportuno perquirir, quais os elementos pertinentes a serem inseridos em um Programa de Compliance? Quais os efeitos do compliance na seara trabalhista e de que forma isto implica na diminuição de processos judiciais?

Para responder a essas questões, procura-se, nesta pesquisa, investigar as possibilidades de execução de um Programa de Compliance dentro das organizações, como também explorar a utilização de ferramentas que sejam viáveis para a sua concretização e, ainda, como a utilização dessa prática poderá contribuir para a redução de demandas trabalhistas. Desta feita, tem-se como objetivos específicos deste estudo abordar o conceito de Compliance e dos seus benefícios, analisar a criação de instrumentos como Código de Ética, Treinamentos, Canais de Denúncia, realizados por um departamento autônomo e independente, os quais terão como principal finalidade aplicar sanções pelo descumprimento de normas internas, como também de normas jurídicas e, por fim, analisar os efeitos do programa dentro das instituições a fim de demonstrar que prática de compliance pode refletir na redução das contendas trabalhistas.

A importância do estudo reside, entre outras razões, na oportunidade de informar a sociedade sobre as vantagens do Programa de Compliance e de como sua utilização dentro das empresas poderá contribuir para efetivação dos princípios e regras do Direito do Trabalho, salvaguardando a relação entre patrão e funcionários.

A pesquisa foi desenvolvida utilizando-se a metodologia dedutiva, por meio da revisão bibliográfica de doutrinadores da área do Direito do Trabalho, bem como de artigos específicos voltados para o tema de meio ambiente de trabalho e Compliance.

Isto posto, o Compliance trabalhista, embora utilizado como ferramenta a princípio de proteção aos empregadores, visto as vultuosas normas trabalhistas brasileiras, não pode ser separado de seus efeitos práticos nas vidas dos trabalhadores, os quais igualmente se beneficiam do cumprimento adequado da legislação, o que reduz os riscos e perigos da atividade laborativa desempenhada, possibilitando uma resolução administrativa e mais célere para eventuais dilemas enfrentados dentro da empresa.

2 CONCEITO E ORIGEM DO COMPLIANCE

Compliance é um termo originado da língua inglesa que em tradução literal significa conformidade. Representa, assim, o dever de estar de acordo com as leis, regulamentos, diretrizes e preceitos éticos a fim de minimizar os danos oriundos de sua não observância.

De acordo com Oliva e Da Guia Silva (2018), o compliance compreenderia a instituição de instrumentos de controle auto impostos, ou seja, um sistema de compliance poderia ser conceituado como a regulamentação de um ambiente organizacional para que seja pessoalmente responsável por seus atos. Assim, o estabelecimento de regras de conduta que devem ser seguidas por todos dentro de uma determinada organização deveria buscar prevenir infrações, com o aumento da responsabilidade de seus membros. Decerto, a adoção compliance buscaria o correto funcionamento do ambiente corporativo.

Na definição de André Cabete Fábio (2017):

O Compliance é uma prática corporativa que pode ser tocada por um departamento interno da empresa ou de forma terceirizada. Seu objetivo é analisar o funcionamento da companhia e assegurar que suas condutas estejam de acordo com as regras administrativas e legais, sejam essas regras externas (do país, Estado e cidade onde ela atua) ou internas (da própria empresa).

Embora o uso do compliance como ferramenta reguladora e preventiva esteja tomando maiores perspectivas atualmente, sua prática é relativamente antiga. Segundo Hugo do Amaral Ferreira Trapp (2015), as primeiras noções de compliance surgiram no ano de 1913, quando os Estados Unidos criaram o Federal Reserve, o Banco Central Norte Americano, com o escopo tornar o sistema financeiro mais seguro, estável e flexível por meio da adoção de práticas de compliance.

Posteriormente, ainda segundo Trapp, tem-se como marco histórico da evolução do compliance o ano de 1930 com a Conferência de Haia, na qual fundou-se o BIS – Bank of International Settlements, com sede em Basileia, Suíça, cujo objetivo principal era buscar a cooperação entre os bancos centrais ao redor do mundo.

Mais tarde, tem-se na década de 1960, a denominada “era do Compliance”, porquanto a SEC – Securities and Exchange Commission, uma comissão de valores mobiliários americanos, começou a pressionar as empresas estadunidenses para que contratassem os denominados “compliance officers”, com a finalidade de criar procedimentos de controle, treinar funcionários e monitorar o cumprimento de regras internas.

Em 1974, surge o Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, o qual fora criado pelos países-membros do G-10 para discutir questões relacionadas à indústria bancária com o fito de melhorar a qualidade e fortalecer a segurança do sistema bancário internacional.

A partir de 1977, a legislação americana precisou ser aprimorada diante do escândalo de corrupção Watergate, sendo aprovado pelo Congresso Norte-americano o Foreign Corrupt Practices Act – FCPA, que disciplinava acerca da fiscalização e punição das práticas corruptas realizadas pelas empresas e organizações. O Reino Unido, em 2010, aprovou o Bribery Act, a lei britânica de combate e prevenção à corrupção, similar ao estabelecido na legislação americana.

No Brasil, o uso do Compliance se intensificou com a promulgação da Lei nº 12.846/13, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional e estrangeira, a denominada Lei Anticorrupção.

Nesse diapasão (JOBIM, 2018, p. 27) leciona:

Há o entendimento que a “Lei Anticorrupção” (Lei 12.846/2013) contribuiu para o fortalecimento da implementação de controles internos e de programas de compliance, já que prevê a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas envolvidas, incentivando uma atuação empresarial preventiva, ética, e combativa, a qual reforça a confiança dos investidores no âmbito nacional e internacional, trazendo benefícios a toda sociedade brasileira.

Destarte, com a promulgação da Lei Anticorrupção o Compliance passou a ser utilizado como ferramenta por diversas empresas e, em que pese tenha se iniciado na seara bancária, hoje reverbera para todos os ramos, inclusive o trabalhista, como será observado no presente trabalho.

3 COMPLIANCE COMO CONSEQUÊNCIA DO EXERCÍCIO DO PODER DIRETIVO

Um dos efeitos próprios da celebração de um contrato de trabalho é o poder empregatício, o qual consiste em um conjunto de prerrogativas conferidas pelo sistema jurídico e atribuídas ao empregador a fim de regular a relação de emprego, dividindo-se nos poderes diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar (DELGADO, 2019).

O poder diretivo encontra-se fundamentado no art. 2º Consolidação das Leis do Trabalho, ao definir como empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo

os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço. Nas palavras de Maurício Goldinho Delgado:

Poder diretivo (ou poder organizativo ou, ainda, poder de comando) seria o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços. (DELGADO, 2019, P.793).

Ademais, outros dispositivos da CLT reafirmam o poder diretivo do empregador na relação de trabalho, como a previsão no art. 468, §1º, que confere ao contratante a discricionariedade de reversão do empregado para cargo efetivo, deixando o exercício de função de confiança; e no art. 469, que permite a de transferência de local de trabalho do empregado desde que não acarrete a mudança de seu domicílio.

Assim, cabe ao empregador adotar as medidas que melhor entender cabíveis para tornar possível a execução do trabalho, depreendendo-se do poder diretivo três aspectos: organização, controle e disciplina. Deste modo, sendo os poderes patronais instrumentos de gestão, tem-se o compliance como consequência do exercício dessa prerrogativa, além de estratégia empresarial que de ver utilizadas por todos os tipos de organização (BREDA, 2020).

Para Wagner Giovanini (2014), três são os pilares em um Programa de Compliance: prevenção, detecção e correção. A prevenção é o pilar mais importante e amolda-se perfeitamente ao poder diretivo de organização e direção do empregador (JOBIM, 2018), visto que dele decorrem as ações da empresa voltadas à instituição de políticas e procedimentos com a finalidade de evitar irregularidades e orientar os trabalhadores, inserindo-se nesta etapa a criação de códigos de ética e de conduta, por exemplo.

Nesse diapasão, o compliance é, acertadamente, direcionado para a efetiva prevenção de danos e infrações, tendo como objetivo principal impedir a ocorrência de violações à legislação vigente e as normas internas da pessoa jurídica que o adota. Saad-Diniz e Silveira (2015), citados por Oliva e Da Guia Silva (2018), teriam disposto que o compliance "orienta-se, em verdade, pela finalidade preventiva, por meio da programação de uma série de condutas (condução de cumprimento) que estimulam a diminuição dos riscos da atividade".

O segundo pilar, detecção, relaciona-se ao poder diretivo fiscalizatório e corresponde a um conjunto de elementos voltados a identificar atos de corrupção,

promover canais de denúncias, auditoria e outros mecanismos que auxiliem a sanar dúvidas e apurar responsabilidades.

Por fim, o terceiro pilar, correção, corresponde ao poder diretivo disciplinar, consistindo na aplicação de punição e reprimenda às condutas inadequadas de forma imediata e observada a proporcionalidade, para assim fortalecer a atuação do empregador (JOBIM, 2018).

Desta feita, insta salientar que embora o poder diretivo seja atribuído ao empregador, a adoção de medidas de prevenção, detecção e controle impõem-se a todos no ambiente de trabalho, minimizando condutas lesivas que poderiam prejudicar os funcionários, como práticas de assédio moral e sexual, horas extras não pagas e de desvio de função.

4 MITIGAÇÃO DE RISCOS TRABALHISTAS POR MEIO DO COMPLIANCE

No Brasil a legislação trabalhista é em sua maioria voltada para a proteção do empregado em detrimento do empregador, visto ser aquele habitualmente a parte frágil e hipossuficiente da relação. Diante disso, fundamental que as empresas desenvolvam mecanismos com a finalidade de evitar os imbrólios oriundos do pacto laboral, protegendo-se de demandas perante o Poder Judiciário.

Em decorrência do poder diretivo, o empregador na atuação da sua prerrogativa disciplinar é quem estipula quais regras serão aplicadas ao contrato de trabalho por meio de códigos de conduta e regulamento interno. O compliance busca estabelecer na empresa a implementação de um programa voltado para a obediência aos critérios legais de contratações de funcionários, demissões, relações interpessoais, normas de saúde e segurança do trabalho, terceirização de serviços, dentre outros, a fim de que sejam cumpridas as legislações e as demais normas do Direito do Trabalho, buscando uma gestão empresarial ética e sustentável, de forma a não suprimir nenhum direito trabalhista.

Os mecanismos de compliance buscam mitigar os riscos relacionados a atividade de determinada pessoa jurídica, prevenindo a ocorrência de danos, ou restabelecendo o estado de legalidade anterior, quando não foi possível evitar que o referido dano se consumasse, de forma imediata. Essa concepção é diametralmente oposta à responsabilidade civil, pela qual busca-se a reparação dos danos após a sua ocorrência, servindo apenas de forma acessória na prevenção de novos danos. Nesse sentido, é importante destacar que os programas de compliance buscam estabelecer sanções disciplinares de maneira específica para cada agente econômico, levando em consideração as especificidades de seu negócio, determinando sanções disciplinares, dentro da margem

permitida por lei, bem como adotando a cooperação com o Poder Público quando necessário (OLIVA e DA GUIA SILVA, 2018).

Assim, ao utilizar o compliance como ferramenta de gestão, evita-se o abuso do poder diretivo, o que poderia gerar jornadas extenuante e um ambiente de trabalho não sadio, de forma que o empregador é melhor orientado a tomar decisões apropriadas no exercício da esfera disciplinar, respeitando a proporcionalidade, o dever de informação, assegurando o contraditório e a ampla defesa e garantindo a segurança jurídica dos seus atos.

Em um segundo momento, ainda, as ações fiscalizatórias devem tomar cena com o fito de averiguar se as regras estipuladas estão sendo seguidas e, caso não estejam, nasce para o empregador a necessidade de fazer uso do poder diretivo na esfera disciplinar, especialmente frente à responsabilidade social da empresa e considerando-se os riscos do negócio. Nessa esteira, muitas empresas por meio das políticas de compliance passam a vincular caráter pedagógico às penalidades aplicadas, não admitindo qualquer desvio de conduta e, por consequência, há aumento de segurança das empresas em aplicar demissões por justa causa (BREDA, 2020).

Posto isso, o compliance não somente diminui o risco de decisões internas desvinculadas do regime jurídico vigente, mas também gera estabilidade para o sucesso do negócio a longo prazo e contribui para a efetivação dos direitos trabalhistas em prol do empregado, reprimindo riscos trabalhistas, estes considerados ameaças que podem surgir em razão de descumprimento das legislações trabalhistas, geralmente decorrentes de falta de conhecimento, políticas internas inadequadas e desatualizadas ou por falha na gestão de recursos humanos (CAVALCANTI, 2021).

À vista disso, impossível desvincular o compliance de um contexto em que não estejam inseridos todos os funcionários e sócios de uma empresa, porquanto o risco trabalhista não se resume somente ao passivo trabalhista resultante de condenações judiciais.

5 FERRAMENTAS DO COMPLIANCE

A instituição de um programa de Compliance deve iniciar com a análise de riscos do negócio, o qual possibilitará que as organizações definam quais ações devem ser tomadas de acordo com a realidade de cada empresa. Segundo Oliva e Da Guia Silva (2018), sendo um sistema que busca prevenir riscos e respeitar a legalidade, o modelo de compliance adotado por uma organização por certo irá variar. As pessoas jurídicas alvos desse sistema são múltiplas e, em virtude disso, é necessário que esse método se adeque as peculiaridades da atividade empreendida por cada corporação. Dessa forma, a própria

organização, ao adotá-lo, disporia de um espaço de atuação amplo, no qual deveria moldar o sistema de compliance à sua situação concreta.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa orienta que:

No planejamento estratégico, bem como na tomada de decisão, deve ser considerado o processo de gerenciamento de riscos. A administração deve trabalhar para entender o perfil de riscos da organização, que deve estar alinhado com a sua identidade e determinar seu apetite a riscos – ou seja, o nível de risco que está disposta a aceitar. Ao ser integrado ao planejamento estratégico, o gerenciamento de riscos se torna um alicerce para o sistema de Compliance, contribuindo para o estabelecimento de processos alinhados e compromissos de curto e longo prazo documentados. (IBGC, 2017, p. 56)

Todavia, em que pese a discricionariedade de cada empresa, a fim de que um programa de compliance seja efetivado se faz necessária disposição de ferramentas essenciais como análise de riscos, verificação de quadro de funcionários e colaboradores, definição de um Código de Conduta, instalação de canais de denúncia e designação de um responsável pela supervisão da aplicação das medidas (RIBEIRO, 2020).

A análise consiste em averiguar o estado em que se encontra a empresa e avaliar eventuais riscos que podem ser abarcados pelo programa de integridade, conhecendo as áreas e os processos mais sensíveis de modo a criar mecanismos de controle ou adaptar os existentes (BLOK, 2020).

Após análise e mapeamento das principais áreas de risco, o departamento da empresa responsável pelo Compliance deverá elaborar o Código de Ética e Conduta, relevando os princípios, valores e objetivos da organização, em uma linguagem simples, clara, de fácil acesso e compreensão por todos os colaboradores, com o intuito de reduzir a possibilidade de ocorrência de práticas de condutas ilícitas ou inadequadas por parte dos funcionários.

De fato, os trabalhadores precisam saber quais as penalidades possíveis para seus atos. Com esse objetivo, a organização passa a criar normas positivadas que regem como a pessoa deve agir no ambiente corporativo. De acordo com De Oliveira (2015, p. 178) a "Maneira de formatar e formalizar esses regramentos passam pela implantação de Códigos de Ética, Códigos Disciplinares e demais instruções a serem científicadas aos empregados quando da contratação, mas também sempre que surgem atualizações e novas normativas."

Outra ferramenta que possibilita a efetividade do Programa de Compliance, é o treinamento periódico dos empregados e colaboradores durante o vínculo funcional, com a finalidade de reiterar a cultura organizacional da empresa e especificar as condutas permitidas ou não no ambiente de trabalho com a explicitação das possíveis consequências.

Segundo De Oliveira (2015), quando se trata da capacitação permanente, o treinamento, dentro dos ditames da Lei Anticorrupção, é um elemento essencial na busca pela eficiência e efetividade dos programas de compliance, isso porque já no treinamento se buscaria disseminar a cultura do compliance e conscientizar sobre imprescindibilidade do cumprimento das normas internas e externas à organização. Por isso, esse aspecto deve ser fomentado tanto nos níveis hierárquicos mais altos, quanto no “chão de fábrica”.

Os canais de denúncia são importantes para estabelecer uma comunicação com o empregado, permitindo que este expresse quais pontos entende passíveis de melhorias no ambiente de trabalho, bem como possibilita a delação de práticas e condutas ilícitas. Todavia, para que o mecanismo seja efetivo os canais de denúncias devem ser acessíveis e confiáveis, preservando o sigilo e a identidade dos denunciantes para que os funcionários possam formalizar suas queixas e protegerem-se contra eventuais retaliações.

Deste modo, os canais de denúncia auxiliam na redução de perdas e instrução dos empregados quanto a identificar atividades fraudulentas, contribuindo para a proteção do negócio empresarial, fornece transparência aos processos e às relações de gestão, inibe desvios de conduta, aprimorando o ambiente de trabalho e confere dados atualizados e relevantes à auditoria interna (JOBIM, 2018).

Nada obstante, a adoção dessas normas preventivas não recebe a devida importância de gestores e executivos. Ademais, não se pode, ainda, querer implantar uma área de compliance e deixa-la escrava a decisões de superiores para a indicação de atos ilícitos. Isso tornaria a própria finalidade desta área inviável. Por essa razão, ao adotar um sistema de compliance, é preciso deixar claro que tal área possui liberdade e autonomia no desenvolver de suas atividades, de forma que, em caso de identificação de uma irregularidade, esta será avaliada mediante critérios previamente estabelecidos e terá consequências já conhecidas, dentro das normas internas da empresa (DE OLIVEIRA, 2015).

Noutro giro, a adoção da técnica de compliance denominada *know your employee* pode faltar o conhecimento, pela empresa, do perfil de cada funcionário antes da contratação, evitando que um empregado que não se encaixe nos padrões da corporação (valores e códigos de conduta e ética) não seja inserido no ambiente organizacional, o que previne desde conflitos com outros empregados, até o prejuízo à imagem da instituição (FRANÇA, 2018).

Desta feita, tais medidas se, adotadas pelas empresas e repassadas aos colaboradores têm a capacidade de evitar ou, ao menos, minorar os riscos gerais da relação de trabalho, acautelando-se das demandas trabalhistas e melhorando aspectos internos e externos da organização.

6 EFEITOS DO COMPLIANCE NO DIREITO DO TRABALHO

A ausência de adoção de um Programa de Compliance não se restringe ao aumento do passivo trabalhista, mas também reflete em outros prejuízos para a organização, como queda de produtividade, recebimento de sanções de órgãos fiscalizadores e desgaste na em sua imagem perante a sociedade e investidores.

O sistema de compliance está presente no aparelhamento normativo pátrio. Veja-se isso pela conceituação que pode ser retirada do Decreto n. ° 8.420/2015, que regulamenta a lei Anticorrupção, a Lei n. ° 12.846/2013, em que é estabelecido que um programa de integridade para minoração de riscos e saneamento de irregularidades compreenderia, em suma, adoção de mecanismos preventivos:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Naturalmente, é notável que a adoção do compliance, por meio de programas de integridade, passa a ser mais do que mera imposição legislativa, mas uma necessidade comercial. A adoção desse sistema internamente em uma corporação demonstra a seriedade daquele agente econômico e viabiliza o aumento da sua confiabilidade no mercado, por conseguinte, leva a celebração de mais negócios (OLIVA e DA GUIA SILVA, 2018).

Neste ramo do direito, repleto de constantes alterações legislativas, em especial a nova reforma trabalhista, consubstanciada na lei n. 13.467/2017, é preciso destacar que é exigido das empresas um elevado nível de cautela na implementação das políticas organizacionais. A própria jurisprudência trabalhista, sempre em evolução, deve ser atendida pelos empregadores, pois, conforme afirma Gieremek (2015):

O cenário empresarial e o ambiente regulatório trabalhista estão cada vez mais complexos, afetando diretamente as relações

profissionais. O fato requer atualizações constantes nas políticas internas das empresas. Aplicado na criação e na manutenção de um código de condutas comportamentais da companhia, o compliance trabalhista entra em cena para imunizar a atmosfera corporativa contra práticas antiéticas e ilegais, atendendo à necessidade das corporações de se manterem pautadas na ética e na legislação vigente. (GIEREMEK, 2015, citada por DE SOUZA e BELLINETTI, 2019, p. 232).

É preciso destacar que o compliance no âmbito trabalhista, além de servir como mitigador dos danos sofridos pela empresa no que tange às multas impostas por órgãos de fiscalização e às condenações judiciais, gera valor à empresa, pois, com uma atuação voltada para a adequação às normas éticas e para a responsabilidade socioambiental, consumidores e investidores, bem como parceiros, são atraídos (DE SOUZA e BELLINETTI, 2019).

Assim, a adoção do compliance de forma eficaz, em consonância com um sistema de gestão de pessoas que seja efetivo, pode elevar a satisfação e a confiança do funcionário na organização, causando efeitos no clima organizacional. Desse modo, há um aumento na produtividade, pois a qualidade da produção está vinculada com a satisfação do funcionário com o trabalho (DATO LEAL, 2015, citada por DE SOUZA e BELLINETTI, 2019).

Em consequência das políticas de prevenção tem-se a diminuição dos riscos de passivo trabalhista. A auditoria é ferramenta fundamental neste resultado, pois é a área de gestão encarregada de examinar de maneira analítica, por meio de perícia e técnicas adequadas às operações trabalhistas, os direitos e obrigações do empregador e do empregado, as políticas de recursos humanos e as práticas de departamento de pessoal, emitindo posterior parecer acerca das dissonâncias verificadas com recomendação de ações corretivas (SILVA, 2018).

Com a adoção do compliance na seara trabalhista, deve-se buscar atuar em duas frentes, ambas primordialmente importantes. A primeira diz respeito a criação de políticas e procedimentos internos para que os colaboradores e funcionários, bem como gestores, observem à legislação e jurisprudência trabalhistas vigentes, sendo essas internas ou externas. Já a segunda é o balizamento de uma vigilância constante do cumprimento das medidas estabelecidas (NOVELLI, 2016, citado por FRANÇA, 2018). Com isso, é possível minorar, ou mesmo evitar, a responsabilização das empresas no âmbito judicial.

De acordo com Breno Novelli (2016), citado por França (2018, p. 158-159):

Mapeando as especificidades de cada núcleo organizacional, criar um ambiente transparente, sadio e respeitoso no trato

interpessoal entre todos os funcionários, observando os ditames do complexo ordenamento jurídico trabalhista pátrio, passando, ainda, pela jurisprudência pertinente às relações trabalhistas. Neste sentido, por exemplo, devem ser coibidas atitudes preconceituosas, abusos hierárquicos, além de obediência a critérios objetivos em contratações, desligamentos e, claro, no trato entre colegas. Amplia-se, ainda, para a gestão empresarial ético-sustentável, na qual haja a atuação incisiva para obedecer a legislação posta, de forma a não suprimir direitos trabalhistas.

Por certo, os efeitos do compliance trabalhista ratificam a importância do papel do gestor e denota que sua atuação não se limita ao setor sob sua supervisão, mas estende-se além dos muros da empresa, resvalando em todos aqueles que contribuem direta ou indiretamente para a execução da atividade empresarial, como terceirizados e prestadores de serviços habituais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O programa de integridade, embora possa variar de acordo com a complexidade de cada empresa, oferece às organizações a possibilidade de performance evitando e prevenido a exposição dos negócios aos riscos trabalhistas, visto que se utiliza de ferramentas destinadas a orientar a atuação da empresa em conformidade com as normas e princípios do Direito do Trabalho.

Como relatado, compliance significa estabelecer práticas para estar em conformidade com as normas legais. Ele serve, não só para tornar a empresa mais atrativa nas relações comerciais, como também para evitar ações judiciais na esfera trabalhista.

A adoção de métodos que buscam deixar a atuação da empresa mais cristalina pode ser efetivada mediante ação de uma regulamentação interna transparente, por meio de códigos de ética e de conduta, bem como a implementação de canais de denúncia pelos quais os trabalhadores podem relatar os fatos do dia a dia organizacional, mecanismo que se mostra bastante efetivo quando estamos diante de casos de assédio, por exemplo.

Insta salientar, que embora as empresas adotem o programa de compliance como mecanismo de proteção contra ações trabalhistas e sanções administrativas, em paralelo, o que se vislumbra é a efetivação do direito social ao trabalho, uma vez que as organizações passam a buscar se reger com a máxima observância às regras trabalhistas, adotando métodos para assegurar um ambiente de trabalho seguro e saudável para empregados e empregadores.

Isto porque, o compliance não se reveste de mero caráter preventivo, mas também se destina a detectar práticas e condutas abusivas, corrigindo-as para que se adequem à cultura organizacional e ética da empresa. Outrossim, a incorporação de um plano de Compliance colabora para a melhoria da imagem da empresa perante possíveis investidores, pois sentem-se mais seguros ao estabelecer relacionamento com uma entidade que tem por fundamento a repressão a práticas irregulares e fraudulentas.

Portanto, o compliance não se trata de simples ferramenta de gestão empresarial, visto que assume caráter social ao corroborar para a saúde da empresa e das relações interpessoais de seus colaboradores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

BREDA, Luciane; LANNER, Maria Brecht. **Fraternidade, tecnologia e direitos humanos: uma homenagem à Prof.^a Dr.^a Luciane Cardodo Barzotto pelas contribuições para o Direito do Trabalho**. Curitiba: Appris, 2020.

BLOK, Marcella. **Compliance e governança corporativa**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2020.

CAVALCANTI, Leo. **Prevenção de riscos trabalhistas: o que são mais dicas para evitá-los**. Disponível em: <https://www.linkana.com/blog/prevencao-riscos-trabalhistas/#:~:text=Riscos%20trabalhistas%20s%C3%A3o%20considerados%20como,na%20gest%C3%A3o%20de%20recursos%20humanos%20>.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

DE OLIVEIRA, André Araújo. **A incidência da lei anticorrupção e do compliance no âmbito trabalhista**. Revista do Curso de Direito, v. 12, n. 12, p. 167-181, 2015.

DE SOUZA, Raíssa Fabris; BELLINETTI, Luiz Fernando. **Compliance trabalhista**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 13, n. 40, p. 221-238, 2019.

FÁBIO, André Cabbete. **O que é compliance. E por que as empresas brasileiras têm aderido à prática**. Disponível em: www.nexojornal.com.br/expresso/2017/07/24/O-que

%C3%A9-compliance.-E-por-que-as-empresas-brasileiras%C3%AAmderido%C3%A0-pr%C3%A1tica. Publicação: 24 de julho de 2017.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**. Revista de Ciências do Estado, v. 3, n. 1, 2018.

OLIVA, Milena Donato; DA GUIA SILVA, Rodrigo. **Notas sobre o compliance no direito brasileiro**. REVISTA QUAESTIO IURIS, v. 11, n. 04, p. 2708-2729, 2018.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Compliance à luz da governança corporativa / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa**. São Paulo, SP: IBGC, 2017. (Série: IBGC Orienta). 56 p.

RIBEIRO, Lara Alves et al. **Compliance e sua Aplicação Prática no Direito do Trabalho**. Monografia - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020. Disponível em : <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/566>.

SILVA, Elizabet Leal; CORDEIRO, Elisangela. **Compliance Trabalhista: Ética, Transparência e a Redução do Passivo Trabalhista**. Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 5 – n. 2 – p. 16-39, 2018.

TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral Ferreira. **Compliance Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013**. Boletim Jurídico, Uberlândia/MG. 2015. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/trabalhosacademicos/3421/compliance-lei-anticorruptao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013>.

NOTA:

[1] Advogado, professor do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte – UNINORTE, especialista em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário, Doutorando em Ciências Jurídicas pela UFPB, e-mail: winstonteixeira@ufam.edu.br.

A LEI DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL E SUA EFICÁCIA NA SOCIEDADE

CARLA MIRLENE LIMA SANTOS:

Graduada do curso de Direito na
Universidade de Gurupi - UnirG⁹⁷

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE¹¹

(orientador)

RESUMO: Após surgirem debates sobre a impunidade e a necessidade de se castigar com o rigor devido os atos de importunação ocorridos em transportes públicos, o crime de importunação sexual foi inserido no Código Penal Brasileiro através da Lei nº 13.718, de setembro de 2018, que o tipificou no artigo 215-A punindo com pena de 01 a 05 anos quem age buscando satisfazer a si ou a terceiro a prática de atos libidinosos, isto é atos sexuais diversos da conjunção carnal, sem a concordância da vítima. Por se tratar de crime previsto há poucos anos, a pesquisa objetiva debater a eficácia da lei de importunação sexual no Brasil. A sua elaboração se deu por meio do método dedutivo de pesquisa, através de material bibliográfico, com análise qualitativa de textos e argumentos, com o objetivo de explorar os aspectos legais do crime de importunação sexual. A pesquisa demonstrou que existem percalços que dificultam o seu alcance e eficácia, mas que já é possível reconhecer sua essencialidade ao sistema penal, que antes tratava essa conduta como simples contravenção penal, punida apenas com multa.

Palavras-chave: Dignidade Sexual. Importunação. Artigo 215-A. Eficácia.

ABSTRACT: After debates arose about impunity and the need to punish oneself with rigor due to the acts of harassment that occurred on public transport, the crime of sexual harassment was included in the Brazilian Penal Code through Law No. 13.718, of September 2018, which typified it in article 215-A, punishing with a penalty of 01 to 05 years whoever acts seeking to satisfy himself or a third party the practice of libidinous acts, that is, sexual acts other than carnal conjunction, without the victim's agreement. As it is a crime predicted for a few years, the research aims to debate the effectiveness of the sexual harassment law in Brazil. Its elaboration took place through the deductive method of research, through bibliographical material, with qualitative analysis of texts and arguments, with the objective of exploring the legal aspects of the crime of sexual harassment. The research showed that there are obstacles that hinder its reach and effectiveness, but that it is already possible to recognize its essentiality to the penal system, which previously treated this conduct as a simple criminal misdemeanor, punishable only with a fine.

97 E-mail: carlamirlene25@gmail.com

Keywords: Sexual Dignity. Annoyance. Article 215-A. Efficiency.

Sumário: Introdução. 1. A Proteção Legal à Dignidade Sexual no Código Penal. 2. A Lei nº 13,718, de 24 de setembro de 2018. 3. O Crime de Importunação Sexual. 3.1 Definição. 3.2. Classificação do Tipo Penal. 4. Efetividade da Criminalização da Importunação Sexual no Brasil para a Sociedade. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, essencial a todo ser humano. A dignidade sexual de homens e mulheres está compreendida por esse direito fundamental e por isso possui ampla proteção estatal.

Por ser direito humano que deve ser assegurado pelo Estado, a dignidade sexual está resguardada pelo Código Penal, que criminaliza as situações em que a liberdade e dignidade sexual da vítima são violadas. Os tipos penais de maior gravidade estão previstos no ordenamento há décadas, contudo a norma sofreu alterações mais recentes a fim de incluir outros tipos penais.

A importunação sexual, conduta antes compreendida pela Lei de Contravenções Penais tornou-se crime em 2018, através da Lei nº 13.718 que incluiu o artigo 215-A ao Código Penal.

Essa alteração foi sancionada após o debate sobre o índice de casos de importunação em transportes públicos ser crescente bem como a impunidade do agente ser uma realidade em razão das sanções brandas previstas na Lei de Contravenções. Foi somente após casos de importunação sexual ter repercussão nacional que se tornou realidade a sua criminalização.

Hoje em dia, aquele que praticar atos libidinosos sem a anuência da vítima buscando sua satisfação ou de terceiro será punido com pena privativa de liberdade de um a cinco anos de reclusão.

Assim sendo, tendo em vista o crime de importunado foi inserido no ordenamento a pouco mais de três anos, a pesquisa aqui desenvolvida irá discutir sua efetividade na sociedade, através da abordagem da proteção legal dada às vítimas de crimes sexuais e do crime de importunação sexual previsto no Código Penal.

O estudo foi realizado por meio de material bibliográfico gratuito já publicado no Brasil após a alteração legislativa e não necessitou de prévia aprovação do Comitê de Ética ante a ausência de abordagem direta a outros seres humanos. A pesquisa é qualitativa e

exploratória, com a exposição dos resultados de forma textual, com análise de argumentos e normas em vigor.

1 A PROTEÇÃO LEGAL À DIGNIDADE SEXUAL NO CÓDIGO PENAL

A liberdade sexual é um direito básico de homens e mulheres e está protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro. A ofensa a esse direito pode ensejar a condenação do infrator, caso sua conduta esteja tipificada nas leis penais em vigor.

Atualmente, os crimes de natureza sexual estão previstos no Título VI do Código Penal denominado “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”, com redação dada pela Lei nº 12.015/2009, antes intitulado de “Crimes contra os Costumes”, reformulando toda a matéria referente aos tipos penais previstos no referido título.

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual (GRECO, 2017, p.1.120).

A norma penal objetiva proteger a dignidade sexual da vítima e não os costumes da sociedade, expressão pautada em ideais conservadores que muitas vezes afastava a proteção dada à mulher, garantindo os direitos sexuais apenas das mulheres tidas como honestas pela sociedade. O preconceito prejudicava muitas mulheres e protegia os homens, que não podiam ser punidos pela prática sexual contra a vontade de sua esposa. Com o passar do tempo e as lutas das mulheres pela igualdade, esse termo foi afastado para deixar claro o papel da lei de proteger a dignidade sexual da vítima (MASSON, 2014).

Portanto, desde 2009 é a dignidade sexual que tem a proteção do Código Penal. Derivada da dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual goza da mesma proteção legal dada a esse fundamento do ordenamento jurídico, daí porque a sua violação é punida com penas mais rigorosas.

Ao mencionar dignidade sexual, como bem jurídico protegido, ingressa-se em cenário moderno e harmônico com o texto constitucional, afinal, dignidade possui a noção de decência, compostura e respeitabilidade, atributos ligados à honra. Associando-se ao termo sexual, insere-se no campo da satisfação da lascívia ou da sensualidade. Ora, considerando-se o direito à intimidade, à vida privada e à honra (art. 5º, X, CF), nada mais natural do que garantir a satisfação dos desejos sexuais do ser humano de

forma digna e respeitada, com liberdade de escolha, porém, vedando-se qualquer tipo de exploração, violência ou grave ameaça (NUCCI, 2014, p. 1.182).

Os crimes contra a dignidade sexual estão previstos no Código Penal a partir de seu artigo 213 e está dividido em capítulos que tipificam crimes contra a liberdade sexual; exposição da intimidade sexual; crimes sexuais contra vulneráveis; rapto; lenocínio, prostituição, tráfico para fins de exploração sexual; e ultraje público ao pudor (BRASIL, 1940).

Em qualquer tipo penal que fere a dignidade sexual praticado pelo autor do fato, a natureza da ação é incondicionada, e pode o agente ser processado e julgado por seu crime independentemente de representação da vítima.

A Lei nº 12.015/2009 alterou significativamente o Código Penal para adequar a norma aos novos preceitos da sociedade e proteger a vítima de condutas que afrontam sua dignidade sexual.

Resultado comum da evolução da sociedade, é que com o passar do tempo novas situações vão surgindo, fato que desencadeia a criação de novos tipos penais para punir condutas hoje reconhecidamente violadoras da liberdade sexual. Um exemplo disso foi a tipificação do crime de Importunação Sexual que foi inserido no Código Penal por meio da Lei nº 13.718/2018, a ser estudada a partir de agora.

2 A LEI Nº 13.718, DE 24 DE SETEMBRO DE 2018

A aplicação de uma sanção necessita de prévia tipificação em norma penal, haja vista que somente a conduta considerada crime pode ser punida pelo Estado (BRASIL, 1940).

Foi somente em 2018 que a importunação sexual se tornou uma conduta passível de responsabilização penal, após atos dessa natureza passarem impunes por ausência de tipificação legal.

Em sua grande maioria, as principais vítimas de importunação ou outro tipo de assédio sexual são as mulheres, cuja prática se dá em locais públicos como ruas e transportes coletivos.

Para tornar crime essas situações, a Senadora Vanessa Grazziantin (PCdoB/AM), apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 618/2015, que em sua origem propunha a criação do tipo penal de estupro coletivo (SENADO FEDERAL, 2021), e que após tramitação

em conjunto com outros projetos de lei, foi remetido à Câmara dos Deputados sob a numeração de PL nº 5452/2016.

Enquanto tramitava no Congresso Nacional, um episódio de importunação sexual causou repulsa social ao ser divulgado o caso de Diego Novaes, que após ejacular em uma mulher em um transporte público, foi liberado pelo julgador após Audiência de Custódia por sua conduta não se enquadrar no crime de estupro previsto no Código Penal. A sua conduta delitativa foi considerada mera contravenção penal, prevista no artigo 61 do Decreto-Lei 3688/1941 – hoje revogado, que punia com multa aquele que importunava o pudor de alguém em local público (BRASIL, 1941).

Mesmo possuindo histórico de mais 16 casos semelhantes, Diego Novaes foi solto pela polícia no dia seguinte. Na mesma semana, o mesmo indivíduo foi flagrado se esfregando em outra vítima, também em transporte público, sendo indiciado desta vez por “suspeita de ato obsceno” (THINK OLGA, 2019).

Essas situações reacenderam o debate sobre a necessidade de criminalizar essa conduta que ofende a dignidade sexual da vítima e que não era considerado um crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Um ano após o ocorrido, foi sancionada a Lei de Importunação Sexual – Lei nº 13.718/2018, emendada nos seguintes termos:

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). (BRASIL, 2018).

O objetivo dessa nova lei é de sanar a lacuna que antes existia no ordenamento, conforme argumenta Fabiana Dal’Mas Rocha Paes:

A lei procurou sanar uma lacuna legislativa que dificultava a capitulação jurídica e a formulação de denúncia no caso de determinadas condutas conhecidas popularmente como “assédio sexual”, como a “ejaculação”, a “apalpadas” as “passadas de mão”. Nos tipos penais existentes antes da lei eram a contravenção de importunação ofensiva ao pudor e o crime de estupro, cuja pena prevista é de 6 a 10 anos de reclusão. Houve revogação da

contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, do artigo 61 da Lei das Contravenções Penais. Então algumas condutas como o assédio por meio de “cantadas”, grosseiras e agressivas, podem enfrentar uma dificuldade na tipificação, sendo até recomendável o enquadramento como contravenção de perturbação da tranquilidade (PAES apud THINK OLGA, 2019, p. 13).

O seu papel e sua essencialidade no ordenamento jurídico são evidentes, de modo que é oportuno agora debater o crime de importunação sexual criado por esta Lei, cuja caracterização doutrinária ainda é pouco conhecida, ante a sua recente inserção no Código Penal.

3 O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

3.1 DEFINIÇÃO

O cerne da questão que permeia a criação de um novo tipo penal é a sua conceituação, isto é, a conduta que o caracteriza a conduta ilícita.

A sua definição legal está prevista no artigo 215-A do Código Penal que criminaliza a importunação sexual, que consiste em “praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” (BRASIL, 1940).

Portanto, a conceituação de importunação está ligada a outro termo, que necessita de definição: o ato libidinoso.

Ato libidinoso, espécie diversa da conjunção carnal, é o que propicia satisfação ou prazer, mas o atingimento desses estados é prescindível, desde que tenha sido o que moveu o agente para a prática (GRECO FILHO e JALIL, 2021, p.648).

Conforme ensina Rogério Greco, considera-se ato libidinoso “todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente (GRECO, 2017, p.75)”.

Ou seja, a importunação sexual ocorre quando o agente delitivo pratica algum libidinoso para se satisfazer sexualmente, sem que a outra pessoa consinta com sua conduta.

A sua definição abrange situações que antes não se enquadravam nos demais crimes contra a liberdade sexual punidos com reprimenda desproporcional ao ato praticado.

pode ser considerado crime de importunação sexual o ato de apalpar as nádegas ou seios de alguém sem sua permissão, o de roubar-lhe um beijo e de ejacular em pessoa determinada. Parte da doutrina defende que tal reajuste, na verdade, baseia-se no Princípio da Proporcionalidade, se embasando no fundamento de que não se pode ter como condutas de mesma ofensividade o ato libidinoso e a ação de apalpar outrem, porquanto, ambas as condutas não poderiam ter a mesma reprimenda estatal (CAPEZ apud ARAUJO, 2021, p.18).

Uma vez definida a conduta de importunar sexualmente alguém, passamos a estudar as elementares do tipo penal segundo a doutrina brasileira.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DO TIPO PENAL

O crime de importunação sexual está tipificado no artigo 215-A do Código Penal, inserido por meio da Lei 13718/2018, que pune com pena de reclusão de um a cinco anos aquele que “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro” (BRASIL, 1940).

O bem jurídico tutelado por esse crime é a liberdade e a dignidade sexual da vítima, que tem o direito de não ser importunada por terceiro que busca a satisfação sexual através de atos libidinosos.

Para que se caracterize o crime tipificado no artigo 215-A, é elementar a ausência de concordância da vítima com a prática do ato libidinoso, haja vista que o seu consentimento afasta a prática delitiva (BITENCOURT, 2018).

Outro elemento indispensável é a identificação de uma vítima. A expressão “contra alguém” contida no *caput* do tipo deixa clara a necessidade de que a vítima seja determinada (GRECO FILHO e JALIL, 2021).

Trata-se de delito comum, cujo autor e vítima podem ser tanto homem quanto mulher. O elemento subjetivo do crime é o dolo de, através do ato libidinoso, buscar satisfazer sua lascívia ou de terceiro determinado, inexistindo sua caracterização na modalidade culposa.

O crime é comissivo e ocorre por meio da prática de um ato libidinoso para satisfação da libido. É ainda plurissubsistente, de modo que pode ser consumado ou tentado.

O crime consuma-se com a prática, contra pessoa determinada, de ato libidinoso cuja finalidade seja a satisfação da lascívia e que não

envolva os órgãos genitais. Tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se, ao menos em tese, a tentativa, quando o agente, pretendendo praticar o ato libidinoso, é impedido do seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade (GRECO FILHO e JALIL, 2021, p.649).

Esse delito é caracterizado pela doutrina como um tipo penal subsidiário, que ocorre quando a conduta do autor não for abrangida por um crime de maior gravidade. O fator essencial para sua distinção em relação aos demais delitos é a gravidade da conduta.

um critério seguro e apto para distinguir o estupro da importunação sexual é a intensidade do ato de natureza libidinoso praticado. Essa intensidade não pode ser medida subjetivamente, deve ser apurada de forma objetiva. Desse modo, a solução é que o estupro deve restringir-se às condutas mais graves, e, em crimes sexuais, o mais grave há de ser, obrigatoriamente, o que envolva, além do necessário toque físico, o contato de órgãos genitais, que são os capazes de produzir a satisfação sexual (GRECO FILHO e JALIL, 2021, p.648).

Tanto o contato físico com a vítima quanto a violência física ou moral não são situações essenciais para a caracterização do delito, mas a presença de tais situações não descaracterizam, por si só, a conduta descrita no artigo 215-A (GRECO FILHO e JALIL, 2021).

Punido com pena de reclusão de 01 a 05 anos, o crime é classificado como de médio potencial ofensivo, enquadrando-se dentre os tipos penais passíveis da suspensão condicional do processo disciplinada pela Lei 9.099/95.

Assim como os demais crimes praticados contra a liberdade sexual, o delito de importunação sexual possui natureza pública incondicionada e será promovida pelo Ministério Público independente de haver ou não representação penal da vítima.

A pena simples, de um a cinco anos de reclusão, será majorada do seguinte modo:

Aumento de pena

Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005)

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela; (Redação dada pela Lei nº 13.718, de 2018)

III -(Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)

IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Estupro coletivo (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

a) mediante concurso de 2 (dois) ou mais agentes;(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Estupro corretivo (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

b) para controlar o comportamento social ou sexual da vítima.(Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940).

São esses os apontamentos doutrinários e legais que classificam e caracterizam a conduta ilícita como crime de importunação sexual inserido ao Código Penal por meio da Lei nº 13.718/2018.

Uma vez que o crime está em vigor há pouco tempo, questiona a eficácia desse tipo penal para a sociedade brasileira, isto é, os efeitos após a criminalização da conduta de importunação sexual.

4 A EFETIVIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL NO BRASIL PARA A SOCIEDADE

Tendo em vista que a tipificação da importunação sexual como crime previsto no Código Penal é uma realidade desde o ano de 2018, a discussão passa a ser a análise de sua efetividade na sociedade brasileira. Isto porque não basta a existência de um crime na lei, é necessário que a sua sanção seja aplicada quando for praticado o delito.

Conforme explanado acima, a importunação sexual é um crime que ocorre com a prática de um ato libidinoso sem a anuência da vítima, e que não se confunde com os delitos de estupro e estupro de vulnerável, dada a sua menor gravidade, daí porque é considerado delito subsidiário em relação aos demais crimes contra a dignidade sexual.

O crime de importunação está previsto no ordenamento e pouco mais de três anos. Apesar do curto período, já se existem dados acerca dos índices de sua ocorrência.

Estes dados referem-se apenas ao período de tempo em que está em vigor a nova lei, isto é, do ano de 2018 até o presente momento. Não foram encontrados dados que apontassem o índice de ocorrência da importunação quando vigorava o artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, que punia com multa a conduta de importunar de modo ofensivo ao pudor alguém que está em local público, fato que impossibilita traçar uma linha comparativa entre o número de casos das duas infrações penais.

Portanto, os indicativos aqui apontados referem-se apenas ao crime tipificado no artigo 215-A do Código Penal Brasileiro.

No ano em que foi sancionada a referida lei, eram poucos os casos em que as vítimas relatavam a ocorrência de importunação sexual, segundo apontam os dados do Mapa da Violência da Mulher:

Os dados mostram que 94% das mulheres submetidas a esse crime possuem entre 18 e 59 anos de idade. Cerca de 3% são menores de 18 anos e 4% são maiores de 50. Nem todas as unidades federativas brasileiras registraram esse tipo de crime em seus veículos de comunicação. São Paulo foi o Estado com o maior número de casos, 27 no total. Seguido por Bahia (7), Minas Gerais (6), Rio de Janeiro (6), Rio Grande do Norte (4), Mato Grosso (4), Piauí (3), Santa Catarina (3), Paraná (2), Pernambuco (2), Espírito Santo (2), Distrito Federal (2), Rio Grande do Sul (1), Goiás (1), Alagoas (1) e Mato Grosso do Sul (1) (MAPA DA VIOLÊNCIA DA MULHER, 2018, p. 73).

Segundo relatado no Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, “no primeiro ano completo de vigência da lei foram registrados 8.068 casos de importunação sexual no Brasil, uma taxa de cerca de 6,6 vítimas para cada 100 mil habitantes (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p.132)”.

No estado do Tocantins, até o mês de setembro de 2021, foram registrados 98 casos de denúncias de importunação sexual, sendo a maioria deles ocorridos em Palmas – com vinte e nove casos, Araguaína – dez; e Gurupi, com nove casos registrados (G1 TOCANTINS, 2021).

Contudo, esses são apenas os dados obtidos por meio de denúncias efetivadas pelas vítimas. O índice de subnotificação ainda é elevado, haja vista que muitas vítimas ou testemunhas têm medo de realizar a denúncia e tem dúvida de quais situações se enquadram nessa tipificação penal.

Maíra Pinheiro, advogada integrante da Rede Feminista de Juristas reconhece a essencialidade da lei, mas tece críticas à normativa:

A criminalização isolada sem outras medidas alternativas não soluciona sintomas mais graves e agudos. Questões de fundo que proporcionam a continuidade da cultura de estupro no país não foram trabalhadas [...] Há uma construção social que leva os homens a se sentirem autorizados a violar o corpo das mulheres e isso precisa ser repensado (PINHEIRO apud G1, 2021, p.1).

Ou seja, a penalização da conduta como crime e não apenas contravenção penal é um avanço substancial na busca pela penalização de atos de importunação, contudo a simples previsão legal não é tida como suficiente. Mais do que punir, é necessário prevenir a sua ocorrência, o que se dá por meio da conscientização da população acerca da ilicitude de condutas desta natureza.

Ter o amparo legal é importante, no sentido de coibir essa prática, mas também precisamos falar de educação sexual e comportamental, para homens se conscientizarem da prática machista que é achar que o corpo da mulher está à sua disposição. Temos que trabalhar nos dois campos: na legislação, para que haja a lei que proíba, mas também na educação, no sentido de conscientizar (OLIVEIRA apud FERREIRA e MARTINS, 2020, p.1).

Ainda assim, mesmo que existam críticas à efetividade da lei, o aumento de registro e apuração de atos de importunação sexual é crescente e tende a aumentar a cada ano, haja vista o debate que existe sobre essa temática e a repercussão que esses casos tem gerado no Brasil.

Após três anos de vigência, é possível ver os avanços até agora alcançados e, com base nas dificuldades até aqui enfrentadas, apontar quais os meios a serem implantados para reduzir os casos de importunação sexual no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes contra a dignidade sexual estão inseridos no Título VI do Código Penal Brasileiro e são punidos com maior rigor, com penas de privação de liberdade condizentes com sua gravidade. Disciplinados a partir do artigo 213, os crimes sexuais tem sofrido modificações ao longo dos anos para adequar a pena à conduta do agente.

Em 2018, após amplos debates, foi sancionada a Lei nº 13.718/2018 que dentre seus dispositivos inseriu ao Código um novo tipo penal: a importunação sexual, inserida no ordenamento para punir as condutas praticadas principalmente em locais e transportes

públicos e sanar a lacuna antes existente, que desencadeava apenas a caracterização de contravenção penal, punida com multa.

Hoje em dia, a importunação sexual é um crime tipificado no artigo 215-A do Código Penal, que pune com reclusão de um a cinco anos quem praticar ato libidinoso com alguém, sem sua anuência, com o propósito de satisfazer sexualmente a si ou a terceiro.

Conforme estudado, é um delito que protege a liberdade e dignidade sexual da vítima, que se caracteriza com a discordância da vítima em praticar o ato libidinoso e que tem como elemento subjetivo o dolo do agente. Para a doutrina, é um delito de média gravidade ofensiva, de natureza pública incondicionada e que tem caráter subsidiário, ou seja, que se caracteriza quando não for abrangido por outro crime mais grave.

Em vigor há três anos, a efetividade da criminalização da importunação sexual ainda é objeto de questionamentos e dúvidas. Conforme se apontou no trabalho, analisando apenas os casos registrados a partir da entrada em vigor da mencionada lei, é possível verificar um crescimento no número de registros de casos de importunação sexual e na sua apuração, contudo é evidente que ainda existem muitos casos de subnotificação e de desconhecimento da população que impedem a responsabilização da maioria dos casos.

Todavia, ainda que existam críticas e melhoras a serem implantadas, não se pode negar o avanço trazido pela criminalização da importunação sexual. Espera-se que nos próximos anos os relatos de importunação sexual sejam menores e, quando constatados, devidamente punidos pelo Estado nos termos do que determina a Lei.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Reginaldo Vieira de. **Violência sexual contra mulher: uma análise sobre a cultura do estupro**. (TCC) Faculdade Evangélica de Goianésia-GO, 2021. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18055/1/2021_TCC_REGINALDO.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Anatomia do crime de importunação sexual tipificado na Lei 13.718/2018. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/cezar-bitencourt-anatomia-crime-importunacao-sexual>>. Acesso em: 17 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.452, de 2016**. Transformado na Lei Ordinária 13718/2018. Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria formas qualificadas dos crimes de incitação ao crime e de apologia de crime ou criminoso; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 681, de 2015**. Acrescenta o art. 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

FERREIRA, Lola; MARTINS, Flávia Bozza. **Lei de Importunação Sexual faz disparar registros no Carnaval do Rio, mas subnotificação ainda preocupa**. Gênero e Número, 2020. Disponível em: <<https://www.generonumero.media/importunacao-sexual-carnaval-rio/>>. Acesso em: 06 out. 2021.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário Brasileiro de Segurança pública de 2020**. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2021.

G1 TOCANTINS. **Estado registra quase 100 casos de importunação sexual em 2021**. Por g1 Tocantins e TV Anhanguera, 28/092021. Disponível em:

<<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2021/09/28/estado-registra-quase-100-casos-de-importunacao-sexual-em-2021.ghtml>>. Acesso em: 07 out. 2021.

GRECO FILHO, Vicente; JALIL, Mauricio Schaun (coordenadores). **Código Penal comentado**: doutrina e jurisprudência. – 4. ed. rev. e atual. – Santana de Parnaíba [SP]: Manole, 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

MAPA da Violência Contra a Mulher de 2018. Câmara dos Deputados, 55ª Legislatura. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado, vol.3**: parte especial, arts. 213 a 359-H. – 4. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

R7. **Após um ano, lei de importunação sexual tem falhas e não conscientiza**. Notícias R7, 2019. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/apos-um-ano-lei-de-importunacao-sexual-tem-falhas-e-nao-conscientiza-24092019>>. Acesso em: 07 out. 2021.

THINK OLGA. **Tudo sobre a Lei de Importunação Sexual (Cartilha LIS)**. Elaborada pela ONG Think Olga e Publicada pelo TRF-3 em 2019. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/lis/Cartilha_LIS.pdf>. Acesso em: 04 set. 2021.

[1] Promotor de Justiça pelo Estado do Tocantins, Professor de Direito pela Universidade de Gurupi Unirg e Mestre em Direitos Humanos pela ESMAT/UFT.

AÇÃO POPULAR: EXERCÍCIO DA CIDADANIA, SERVINDO COMO INSTRUMENTO, UTILIZADO PELO CIDADÃO

JOAO PAULO ESSADO MAYA:

Graduado do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins⁹⁸.

JANAY GARCIA

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo demonstrar a validação e efeito material do instrumento jurídico, na garantia da vida e da saúde da população, com finalidade de apresentar o instituto da Ação Popular sob a ótica da sua eficiência em fiscalização dos atos públicos. Desta forma, a discussão aqui estudada será em volta da real efetividade do remédio constitucional no combate à corrupção, na proteção ao meio ambiente e do patrimônio público. Para tanto, foi feita uma análise de conceitos que envolvem o tema, sua evolução jurídica e histórica, suas particularidades e uma análise de uma petição inicial na prática, com o intuito de que os cidadãos, estudantes de direito e advogados possa familiarizar e aprofundar sobre o assunto, trazendo uma análise de importantes tópicos e elementos do Direito constitucional, Direito Processual Civil e entendimento jurisprudencial no país sobre o assunto. A metodologia utilizada foi a revisão de pesquisa literária, principalmente em doutrinas e jurisprudências sobre o assunto. Com base nos resultados pode se concluir que, a Ação Popular é mais um instrumento que efetiva a cidadania, podendo participar de vários atos da vida pública do Estado, com o objetivo de defender o patrimônio público, que é seu por direito.

Palavras-Chaves: Ação popular. Direito Constitucional. Cidadão.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the validation and material effect of the legal instrument, in guaranteeing the life and health of the population, with the purpose of presenting the Popular Action institute from the perspective of its efficiency in overseeing public acts. Thus, the discussion studied here will be around the real effectiveness of the constitutional remedy in combating corruption, protecting the environment and public property. To this end, an analysis of concepts involving the subject, its legal and historical evolution, its particularities and an analysis of an initial petition in practice was carried out, so that citizens, law students and lawyers can familiarize and deepen about the subject, bringing an analysis of important topics and elements of Constitutional Law, Civil Procedural Law and jurisprudential understanding in the country on the subject. The

98 E-mail: jpmaya@gmail.com

methodology used was the review of literary research, mainly on doctrines and jurisprudence on the subject. Based on the results, it can be concluded that the Popular Action is another instrument that makes citizenship effective, being able to participate in several acts of the State's public life, with the objective of defending the public property, which is rightfully yours.

Keywords: Popular action. Constitutional right. Citizen.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2.AÇÃO POPULAR. 2.1 Conceitos. 2.2 Coisa Julgada e Reconvencão. 2.3 Prescrição, Ordenação e Sucumbência. 2.4 Lei Recepcionada pela Constituição, Cidadão e Apátrida. 2.5 Reexame Necessário. 3. PARTICULARIDADES E CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO POPULAR. 3.1 Espécie e Requisitos da Ação Popular. 3.2 Legitimidade Ativa e Passiva. 4.COMPETÊNCIA. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem o intuito de abordar sobre a Ação Popular de uma maneira mais simples e compactada, tratando desde os conceitos relativos ao tema, todas as suas peculiaridades, sua importância e sua evolução histórica.

A pesquisa se justifica porque a Ação Popular é um meio do cidadão de garantir sua soberania, um meio adequado para o combate à corrupção, de proteção aos bens públicos, do meio ambiente, do patrimônio cultural e da moralidade administrativa.

O tema estudado e aprofundado foi devido à situação histórica vivenciada no país, em meio à pandemia do COVID-19 e aos combates à corrupção.

Vale lembrar que recentemente o país deparou com um presidente sofrendo processo de impeachment, mostrando aos cidadãos que possuímos armas para cuidar do que é seu.

Neste pensamento, existem várias peculiaridades advinda da Ação Popular, trazendo para o público em geral um estudo de maneira aprofundada, mas de simples interpretação sobre o tema.

A problematização que gerou essa pesquisa parte de questionamentos sobre como o cidadão poderá participar, além do voto, na vida pública e como deverá combater caso veja algo ilícito e imoral.

Este trabalho está dividido em quatro tópicos distintos, não, necessariamente, obtendo dependência entre um e outro, porém devendo sempre respeitar e analisar os conteúdos neles tratados.

O primeiro capítulo são os conceitos, abordados referentes ao tema, como os da ação popular, da coisa julgada, da reconvenção, da prescrição, das ordenações, da sucumbência, da lei recepcionada pela constituição, do cidadão, pessoa apátrida e do reexame necessário.

No segundo capítulo destaca-se o da evolução histórica e legislativa da ação popular, sendo o surgimento da ideia da ação popular, toda sua evolução, desde a era romana, até os dias atuais, passando pelos períodos que a democracia estava esquecida, e chegando aos dias atuais. Além de realizar toda uma análise na evolução brasileira.

No terceiro capítulo foram demonstradas as particularidades e características da ação popular, para um melhor entendimento dos cidadãos sobre a ação, desde a espécie da ação, os requisitos para usarem a ação popular, a legitimidade ativa e passiva, a competência para julgar a ação, qual rito a ação irá ser usada, do objeto que será defendido e os seus efeitos.

No quarto capítulo será estudado a Ação Popular no caso concreto, analisando uma ação popular e identificando os principais pontos na prática, demonstrando como fazer uma petição inicial, abordando os principais artigos e julgados sobre o tema.

A metodologia usada foi de pesquisas doutrinária e jurisprudencial, com revisão literária de publicações em livros, revistas e artigos específicos, sob a luz dos objetivos do Instituto da Ação Popular.

2 AÇÃO POPULAR

2.1 Conceitos

Para melhor entendimento da Ação Popular, estudar o seu conceito é de extrema importância.

A Ação Popular é um instrumento judicial para o pleno exercício da soberania, com caráter cívico, que permite que o cidadão controle a legalidade dos atos administrativos e impeça a lesividade, fazendo valer um direito constitucional subjetivo de Governo Probo, que seria um governo sem corrupção e desonestidade, sendo que, qualquer membro da coletividade, com maior ou menor prestígio, possa usar a Justiça para preservar os interesses coletivos. (MASSON, 2015).

Assim, entende-se que a Ação Popular não é destinada à defesa de interesse subjetivo particular, mas sim de natureza coletiva, destinado a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Preservando e aplicando o princípio republicano que impõe ao

administrador público o dever de prestar contas a respeito da gestão da coisa pública. (ALEXANDRINO, 2019).

Desta forma, a Ação popular consiste em uma garantia constitucional política, revelando uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que o pertence. (SILVA, 2005).

A mencionada ação tem por objetivo principal anular ou declarar a nulidade de um ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. (FERNANDES, 2010).

Logo, de maneira mais simplificada, a Ação Popular consiste em um instrumento judicial, acionado pelo cidadão, usado para combater algum ato lesivo aos interesses popular, sendo eles atos lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural e à moralidade administrativa. Garantindo que o cidadão participe ativamente na vida pública e garantindo o princípio republicano que o administrador público deverá prestar contas da sua gestão.

2.2 Coisa Julgada e Reconvencção

A definição de coisa julgada está presente no artigo 502, do Código de Processo Civil de 2015, e, também, no artigo 5^a, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, vejamos:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso

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:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Para alguns doutrinadores, entre eles, Donizetti (2012), o conceito trazido pelo código de processo civil não está completo, já que menciona apenas a coisa julgada material, porém, faz com que os leitores entendam o conceito básico de coisa julgada.

Concluindo que a coisa julgada é um direito já adquirido, que não cabe mais recursos ou discussões sobre o tema.

A reconvenção está definida no artigo 343 do Código de Processo Civil, vejamos:

Art. 343. Na contestação, é lícito ao réu propor reconvenção para manifestar pretensão própria, conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

§ 1º Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º A desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção.

§ 3º A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro.

§ 4º A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro.

§ 5º Se o autor for substituto processual, o reconvinte deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual.

§ 6º O réu pode propor reconvenção independentemente oferece contestação.

Pode-se observar que a reconvenção é uma forma do réu em adotar uma postura mais ofensiva com relação ao processo, ao fato que está sendo atacado.

Neste pensamento, trago o entendimento do doutrinador Ovídio Araújo Baptista (2002):

“A diferença fundamental entre a posição do réu que suscita uma exceção substancial e a daquele que propõe uma demanda reconvenicional está em que o primeiro simplesmente se defende, ao passo que o reconvinte age contra o autor. O objeto do processo, que se mantém inalterado na primeira hipótese, alarga-se e duplica-se com a propositura da demanda reconvenicional”.

Pôr a reconvenção servir como um contra-ataque do réu, o mesmo deverá ter um processo em curso e as partes devem ser as mesmas para configurar a reconvenção, observando ser um ato exclusivamente judicial.

2.3 Prescrição, Ordenação e Sucumbência.

Damásio de Jesus (2001), nos ensina que prescrição é a “perda do poder-dever de punir pelo não-exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória por certo tempo”.

No mesmo pensamento, Luiz Regis Prado (2002), acrescenta que a prescrição “corresponde, portanto, à perda do direito de punir pela inércia do Estado, que não o exercitou dentro do lapso temporal previamente fixado”.

Logo, de maneira mais simplificada, a prescrição é a perda do direito de punir judicialmente sobre o tema, por não ter feito em tempo previamente determinado.

Ordenações são ordens ou decisões ou normas jurídicas avulsas ou agrupadas que comungam de mesmos preceitos de elaboração. (CASTRO, 2007).

Desta forma, podemos entender que as ordenações são decisões complementares que ajudariam na sucessão do próximo rei ou imperador sobre acordos ou decisões tomadas.

Assim conforme o Plácido de Silva (2008), em seu vocabulário jurídico, o conceito de sucumbência é:

“A sucumbência consiste em atribuir à parte vencida na causa e na responsabilidade por todos os gastos no processo. Assenta-se na ideia fundamental de que o processo não deve redundar em prejuízo a parte que tenha razão. Por isso mesmo, a responsabilidade financeira decorrente da sucumbência é objetiva e prescinde de qualquer culpa do litigante derrotado no pleito judiciário, bastando para sua incidência, o resultado negativo da solução da causa, em relação a parte”.

Desta forma, a sucumbência consiste em atribuir à parte vencida a responsabilidade dos gastos, sendo elas as custas judiciais e até os honorários de sucumbência, que são honorários atribuídos pelo juiz ao advogado vencedor.

2.4 Lei Recepcionada pela Constituição, Cidadão e Apátrida

Para entendermos, seguiremos os ensinamentos da doutrinadora Nathalia Masson(2015), quando uma nova constituição entra em vigor, é indispensável que uma parte do conjunto normativo anterior a vigência da nova Constituição entre em vigor no novo ordenamento, para a solução da questão há o fenômeno da recepção e não recepção.

Se a Constituição não convive com textos ou leis ou normas que seja contrário as suas normas e princípios, as leis antigas, ou alguns artigos de alguma lei, que não segue a mesma linha da Constituição vigente terá sua vigência interrompida, pois não seguem os ideais do novo ordenamento jurídico, sendo normas não recepcionadas.

Todavia, há normas e disposições coerentes com os novos ideais trazidos pela nova Constituição, estes serão devidamente recepcionados e terão validade perante o ordenamento, como exemplo a Lei da Ação Popular de 1965, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Para conceituar cidadão, trago os ensinamentos do doutrinador Jaime Pinsky (2003): “Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei”, é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania é ter direitos civis, políticos e sociais.

Ser cidadão é ter direito à cidadania, ter direitos civis e políticos, que poderá agir em conta própria para garantir interesses da coletividade, que poderá votar e ser votado, participando das escolhas de seus representantes, na candidatura de cargos públicos e na propositura de Ações Populares.

O doutrinador Paulo Weis (1979), explica sobre o termo apátrida, vejamos:

“Apátrida se refere exclusivamente à situação de ausência de vínculo jurídico-político da nacionalidade entre um indivíduo e um Estado”.

2.5 Reexame Necessário

O reexame necessário, também conhecido como Duplo Grau de Jurisdição, está previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil, vejamos:

Art 475, CPC: Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - Proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - Que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública;

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Desta forma, trago o ensinamento do doutrinador Cunha (2009), que diz que o reexame necessário condiciona a eficácia da sentença a sua reapreciação pelo tribunal a qual o juiz está vinculado, sendo que, enquanto não for feita a reanálise da sentença, não poderá tramitar em julgado a decisão.

O reexame necessário vem para trazer maior segurança jurídica em alguns processos, sendo necessário que ele seja apreciado e reexaminado no Tribunal de Justiça, com o objetivo de analisar várias questões trazidas pela sentença, evitando gerar maiores prejuízos à máquina governamental e, desta forma, trazendo maiores prejuízos a população do Estado.

3. PARTICULARIDADES E CARACTERÍSTICAS DA AÇÃO POPULAR

Neste tópico foram estudadas todas as peculiaridades e características da Ação Popular, começando pela espécie da ação, seus requisitos, sua legitimidade passiva e ativa, competência para julgamentos, qual procedimento utilizado, o objeto que será protegido e os efeitos das decisões.

O assunto teve o intuito de orientar estudantes de direito e pessoas que não possuem tanta familiaridade com o assunto, trazendo todas as particularidades sobre a ação.

O tópico teve como base os ensinamentos da doutrinadora Nathalia Masson (2015), em sua doutrina Manual de Direito Constitucional.

3.1 Espécie e Requisitos da Ação Popular

A Ação Popular é dividida em preventiva, quando for ajuizada antes da efetivação dos efeitos ofensivos, e repressiva, quando o objetivo da ação é anular algum ato lesivo, conseguir ressarcimentos dos danos causados e para recompor o patrimônio público lesado, desta forma, quando ajuíza a ação depois do dano.

É importante ressaltar que a Ação Popular pode ser acionada antes ou depois do dano ser causado, garantindo uma melhor eficiência para a proteção de todos os direitos aqui estudados.

Será destacado dois requisitos básicos para a propositura da ação popular, sendo eles:

- a) Requisito subjetivo: A ação Popular só poderá ser proposta pelo cidadão (eleitor e com as atividades eleitorais em dia).
- b) Requisito objetivo: deverá ter lesão ou uma ameaça de lesão ao patrimônio público, por ilegalidade ou imoralidade.

Podemos observar que o ato além de lesivo ao patrimônio público, deverá ser também ilegal. Porém, a própria Constituição Federal de 1988 faz menção que o ato deverá ter ofensa à moralidade administrativa para utilizar a ação popular, em seu artigo 37, caput, veja:

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

A nossa atual Carta Magna relaciona que a Moralidade é um dos princípios básicos da Administração Pública, desta forma, mesmo que o ato seja legal, mas se ferir o princípio da Moralidade, já justificaria a propositura da Ação Popular, independentemente da demonstração da ilegalidade do ato ou do dano aos cofres ou patrimônio público.

Para reforçar a ideia, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella di Pietro, nos ensina:

Quanto a imoralidade, sempre houve os que a defendiam como fundamento suficiente para a ação popular. Hoje, a ideia se reforça pela norma do artigo 37caput, da Constituição, que inclui a moralidade como um dos princípios a que a Administração Pública está sujeita. Tornar-se-ia letra morta o dispositivo se a prática de ato imoral não gerasse nulidade do ato Administrativo. Além disso, o próprio dispositivo concernente à ação popular permite concluir que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para propositura da ação popular, independentemente de demonstração de ilegalidade, ao permitir que ela tenha por objeto anular ato lesivo à moralidade administrativa. (DI PIETRO, 2009).

É importante concluir que os princípios constitucionais deverão sempre estar presentes nos atos administrativos, gerando quebra da moralidade administrativa em seu descumprimento.

A Ação Popular não depende da demonstração da ilegalidade do ato administrativo ou do real dano aos bens públicos e aos cofres públicos, a simples quebra da moralidade administrativa, qualquer ato que prejudique o patrimônio histórico ou cultural e qualquer meio que fere o meio ambiente já gera fundamento para o uso do referido remédio constitucional.

3.2 Legitimidade Ativa e Passiva

Para a propositura da Ação Popular, a legitimidade ativa pertence ao cidadão, que é um indivíduo dotado de capacidade eleitoral ativa e que esteja em dia com suas obrigações eleitorais.

A condição de cidadão deverá ser comprovada o título de eleitor ou com algum documento que demonstre suas obrigações eleitorais.

No Brasil, existe a hipóteses de os portugueses equiparados serem cidadãos, conforme o art. 12, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988, diante da demonstração da condição que os autoriza a exercer esse direito político através do certificado de equiparação do gozo do direito político e título de eleitor, vejamos:

Art. 12. São brasileiros: (...)

§ 1º Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição.

Não poderão figurar no polo ativo da ação popular:

- a) os estrangeiros, mesmo residentes no território nacional;
- b) os apátridas;
- c) STF, Súmula número 365: "Pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular";
- d) brasileiros que estejam com seus direitos políticos suspensos ou cancelado, nos termos do artigo 15 da CF/88, vejamos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I - Cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - Incapacidade civil absoluta;

III - Condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - Recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - Improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

- e) O Ministério Público

Acerca do Ministério Público, vale ressaltar que sua impossibilidade de agir como polo ativo da ação está no seu não enquadramento no conceito de cidadão, porém o Ministério Público atuará no processo como custos legis, atuando como defensor da lei, uma parte pública autônoma no processo, a fim de assegurar que o processo tramite regularmente.

Nesse sentido, o Ministério Público deverá acompanhar o processo, analisando a produção de prova e promovendo a responsabilidade, tanto civil quanto criminal, das provas que foram apresentadas, sendo vedada, sem qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores, explícito no artigo 6º, parágrafo 4º, da Lei 4717/65, vejamos:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários

ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

(...)

§ 4º O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

O Ministério Público só poderá assumir o polo ativo se o autor desistir ou abandonar a causa, conforme nos ensina o artigo 9º da Lei 4717/65, vejamos:

Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

Seguindo essa linha de raciocínio, temos a explicação dos doutrinadores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2019), que coloca o Ministério Público como parte autônoma e fundamental para o processo, que velará pela regularidade do processo e a correta aplicação da lei, podendo substituir o autor caso o mesmo desista da ação, vejamos:

O Ministério Público atuará na ação popular como parte pública autônoma, incumbindo-lhe, nesse papel, velar pela regularidade do processo e correta aplicação da lei, podendo opinar pela procedência ou improcedência da ação. Além disso, poderá atuar como substituto e sucessor do autor, na hipótese de este se omitir ou abandonar a ação, caso repute de interesse público o seu prosseguimento, até o julgamento. Ainda, caberá ao Ministério Público promover a responsabilização dos réus, se for o caso, na esfera civil ou criminal.

O Ministério Público, ainda, tem papel importante na execução da ação, podendo ter legitimidade ativa na execução quando passado de 60 dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiros promova a respectiva execução ou cumprimento de sentença, desta forma o representante do Ministério Público assumirá a ação e promoverá a execução nos trinta dias seguinte, sob pena de falta grave, conforme o artigo 16, da lei 4717/65.

Art. 16. Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave.

É importante ressaltar que, por ser uma ação constitucional, poderá o autor propor em qualquer localidade, tendo em vista que a condição de cidadão é nacional.

Para finalizar, os maiores de dezesseis anos e menores que dezoito anos já possuem capacidade eleitoral ativa, logo poderão ajuizar a ação popular.

Porém, há vários doutrinadores que divergem deste posicionamento, dentre eles, Rodolfo Camargo Mancuso, em sua doutrina Ação Popular: proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.

Para definir a legitimidade passiva, temos como base o artigo 1º e 6º da lei 4717/65, que nos ensina que a ação será proposta contra:

a) Pessoas jurídicas de direito público, cujo patrimônio se procura proteger, bem como suas entidades autárquicas e qualquer outra pessoa jurídica que utilizem do dinheiro público;

b) Qualquer responsável pelos atos lesivos, podendo ser a autoridade diretamente responsável pelo ato ou os administradores ou os demais funcionários;

A pessoa jurídica pública ou de direito privado cujo seja objeto da impugnação, poderá dispensar de contestar ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso seja útil ao interesse público, conforme nos ensina o artigo 6º, parágrafo 3º da lei 4717/65, vejamos:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Para finalizar, é importante relatar que os Tribunais e as jurisprudências recentes entendem a necessidade de demonstrar que o beneficiário do ato lesivo ou ofensivo, contra a moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou cultural, terá que aproveitar diretamente da lesão ou ofensa, sendo que, aquele que for beneficiário de forma remota ou indiretamente não deverá figurar no polo passivo da ação, conforme o Recurso Ordinário de Mandato de Segurança, número 14351, relator Ministro Francisco Falcão do Supremo Tribunal de Justiça nos ensina.

4. COMPETÊNCIA

A competência para julgamento da ação popular não foi prevista na Constituição Federal de 1988, sendo seguida pelo artigo 5º da Lei 4717/65, que será determinada conforme a origem do ato impugnado, vejamos:

Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

§ 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a quaisquer outras pessoas ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

§ 3º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações, que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos.

§ 4º Na defesa do patrimônio público caberá a suspensão liminar do ato lesivo impugnado.

Será o juiz de primeiro grau competente para conhecer a ação, julgá-la e processá-la, dependendo do ato impugnado e a os acusados poderá ser na Justiça Federal, comum ou estadual, respeitando as regras ordinárias de competência.

Desta forma, nenhum Tribunal Superior (Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) possuem competência originária para julgar a ação, mesmo sem determinação constitucional para tal.

Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal terá competência originária para julgar a ação popular, nos casos do artigo 102, I, alíneas "f" e "n" da Constituição Federal 1988, vejamos:

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

I - Processar e julgar, originariamente:

(...)

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

(...)

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam diretos ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

Segundo os ensinamentos dos doutrinadores Paulo Alexandre e Marcelo Alexandrino (2019), que diz:

"Ademais, o juízo da ação popular é universal, impondo-se a reunião de todas as ações conexas, com fundamentos jurídicos iguais ou assemelhados".

Assim, a propositura da ação popular prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos. É importante destacar que o foro especial por prerrogativa de função não alcança as ações populares ajuizadas contra as autoridades detentoras dessa prerrogativa. Significa dizer que os tribunais do Poder Judiciário (STF, STJ, TJ etc.) não têm

competência originária para o julgamento de ação popular, ainda quando proposta contra atos de autoridades que dispõem de foro por prerrogativa de função perante tais tribunais (Presidente da República, congressistas, governador de estado, prefeito etc.). Cabe ao STF, porém, o julgamento de ação popular na qual, pela sua natureza peculiar, a decisão puder criar um conflito entre um estado-membro e a União, por força do comando previsto no art. 102, I, "f", da Carta da República.'

Para finalizar, é importante ressaltar que a competência da Ação Popular dependerá da origem do ato que deverá ser anulado, respeitando as peculiaridades aqui estudadas.

3.1 Rito

A ação popular segue o rito ordinário, seguindo o artigo 7º da lei 4717/65.

Art. 7º da Lei 4717/65 - A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas (...)

Desta forma, devemos destacar:

a) O prazo para propositura da ação é de cinco anos, a contar da realização do ato impugnado, e não do conhecimento, do cidadão, conforme segue o artigo 21, da Lei 4717/65. Pôr o prazo ter natureza prescricional, traz consigo as hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição. Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

b) O prazo para a contestação da ação popular é de vinte dias, prorrogáveis por mais vinte, a requerimento do interessado, para melhor produção de provas, principalmente documental, e será comum a todos os interessados, seguindo o disposto do artigo 7º, parágrafo 2, IV da Lei 4717/65.

Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

(...)

§ 2º Se os documentos e informações não puderem ser oferecidos

Nos prazos assinalados, o juiz poderá autorizar prorrogação dos mesmos, por prazo razoável.

(...)

IV - O prazo de contestação é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), a requerimento do interessado, se particularmente difícil a produção de prova documental, e será comum a todos os interessados, correndo da entrega em cartório do mandado cumprido, ou, quando for o caso, do decurso do prazo assinado em edital.

c) Julgamento antecipado da lide pode ocorrer se não houver a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por dez dias, para alegações finais, sendo os autos conclusos para sentença, em 48 (quarenta e oito) horas após expirar os prazos, conforme o artigo 7º, parágrafo 2º, V da Lei 4717/65.

Art. 7º A ação obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil, observadas as seguintes normas modificativas:

(...)

§ 2º Se os documentos e informações não puderem ser oferecidos nos prazos assinalados, o juiz poderá autorizar prorrogação dos mesmos, por prazo razoável.

(...)

V - Caso não requerida, até o despacho saneador, a produção de prova testemunhal ou pericial, o juiz ordenará vista às partes por 10 (dez) dias, para alegações, sendo-lhe os autos conclusos, para sentença, 48 (quarenta e oito) horas após a expiração desse prazo; havendo requerimento de prova, o processo tomará o rito ordinário.

d) Não há a possibilidade de admitir reconvenção, eis que o legitimado ativo não age em defesa própria, mas em defesa da coletividade (Recurso Especial número 72065, da 2ª Turma, STJ, Relator Castro Moreira.).

e) A sentença terá efeito erga omnes, exceto quando a ação for julgada improcedente por falta de provas ou provas incompletas, logo, qualquer cidadão poderá tentar outra ação com fundamento idêntico, com novas provas, conforme o artigo 18, da Lei 4717/65.

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente

por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

f) A ação popular irá submeter ao reexame necessário, sempre que a sentença concluir pela carência ou improcedência da ação, conforme o artigo 19 da Lei 4717/65.

Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo.

3.2 Do Objeto

O objeto da Ação Popular é bastante amplo, abrangendo tanto o meio ambiente, quanto o patrimônio público, quanto o patrimônio moral, cultural, histórico e material.

O Supremo Tribunal Federal entende que não é necessário comprovar o prejuízo aos cofres públicos para ingressar com a Ação Popular (ARE 824.781, rel. Min. Dias Toffoli 04.09.2015).

Neste sentido, entende-se que a ação popular vai muito além da mera anulação do ato lesivo, mas que atinge valores não econômicos, como a proteção à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, desde que aja uma ilegalidade no agir do Poder Público.

Seguindo esse pensamento, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2019), explica:

“Assim, tem sido comum a utilização da ação popular para: (a) anulação de concessão de aumento abusivo de subsídios dos vereadores pela respectiva câmara municipal; (b) anulação de venda fraudulenta de bem público; (c) anulação de contratação superfaturada de obras e serviços; (d) anulação de edital de licitação pública que apresente flagrante favoritismo a determinada empresa; (e) anulação de isenção fiscal concedida ilegalmente; (f) anulação de autorização de desmatamento em área protegida pelo patrimônio ambiental; (g) anulação de nomeação fraudulenta de servidores para cargo público etc. Ademais, a ação popular constitui meio idôneo para a fiscalização da constitucionalidade das leis, desde que incidentalmente, diante de caso concreto.”

É importante ressaltar que a Ação Popular não é o meio correto para atacar uma lei em tese (substituindo as Ações de Controle de Constitucionalidade) ou substituir o Mandato de Segurança, já que, cada ação possui efeitos e características próprias.

O controle constitucional irá atacar a lei em si, que feriu ou não os princípios ou normas da Constituição Federal, já a Ação Popular irá atacar atos lesivos realizado, atacando o caso concreto e não a lei em si.

O Mandado de Segurança irá ser usado para defender um direito líquido e certo, um direito subjetivo próprio, mesmo que seja coletivo, o direito será direcionado a um grupo específico, diferente na Ação Popular, que defenderá um direito que tenha interesse a comunidade, um interesse geral, de todos.

Seguindo este pensamento, trago os ensinamentos dos doutrinadores Paulo Alexandre e Marcelo Alexandrino (2019):

“Não se admite, porém, o uso da ação popular para o ataque de lei em tese (sem vinculação a caso concreto), em substituição à ação direta de inconstitucionalidade - ADI. Da mesma forma, mandado de segurança não substitui ação popular. Com efeito, cada um desses remédios tem objeto próprio e específico: o mandado de segurança presta-se a invalidar atos de autoridade ofensivos de direito subjetivo, individual ou coletivo, líquido e certo; a ação popular destina-se à anulação de atos ilegítimos e lesivos ao patrimônio público; enfim, pela via do mandado de segurança, defende-se direito subjetivo próprio; por meio da ação popular, protege-se o interesse da comunidade”.

Seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o objeto da ação popular é restrito em atuações administrativas, abrangendo, apenas, os atos administrativos, contratos administrativos, os fatos administrativos e as resoluções meramente administrativas (Ação Originária 672/DF, rel. Min. Celso de Mello, 09.03.2000).

5. CONCLUSÃO

Em consonância com os dados apresentados e os pensamentos pertinentes aqui expostos de vários autores, a ação popular se revela como uns meios para o exercício da cidadania, servindo como instrumento, utilizado pelo cidadão, para pedir judicialmente o combate aos atos do poder público que são ilegais, imorais, afetam ao meio ambiente, o patrimônio histórico, o patrimônio cultural ou ao patrimônio público.

Desta forma, é bastante claro que a Ação Popular é um meio eficaz e expressivo na luta no combate à corrupção, podendo coibir condutas prejudiciais trazidas pela Administração Pública. Por outro lado, a Ação Popular traz efetividade ao exercício da

cidadania, trazendo de forma material o ato de um cidadão, garantindo ao cidadão uma oportunidade de participação no poder público.

A participação do cidadão nos interesses públicos é de suma importância pois, acompanha a evolução histórica desde o período romano e evolui-se com a democracia, exaltando a Constituição de 1988, que refere o exercício da cidadania em vários artigos e concede meios para exercê-los.

Logo, devido a grande população brasileira, conseqüentemente a enorme parcela de cidadãos brasileiros é pertinente que seja estudado de maneira simplificada o remédio constitucional da Ação Popular, para que o cidadão possa combater a várias condutas lesivas que, corriqueiramente, são realizadas no país.

Considerando-se que a Ação Popular é mais um instrumento que efetiva a cidadania, podendo participar de vários atos da vida pública do Estado, com o objetivo de defender o patrimônio público, que é seu por direito.

Desta forma, conclui-se que este trabalho, na expectativa de que as reflexões trazidas nesta pesquisa alcançaram os objetivos levantados, servindo para futuras consultas e pesquisas, e como ferramentas em atividades acadêmicas, acrescentando conhecimentos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos, **Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, 12ª Edição, Volume 11, Editora Saraiva, 2011.

BRASIL, decreto 2.691, de 14 de novembro de 1860, Congresso Nacional.

_____, CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, Congresso Nacional.

_____, Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil), Congresso Nacional

_____, Lei nº 13.105 de 2015 (Código de Processo Civil), Congresso Nacional

_____, Lei número 4717 de 1965 (Lei da Ação Popular), Congresso Nacional

_____, Constituição do Império, no ano de 1824, Congresso Nacional

_____, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, Congresso Nacional.

_____, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934, Congresso Nacional.

_____, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946, Congresso Nacional.

_____, Emenda Constitucional 1/69, Congresso Nacional.

_____, **Medida Cautelar na Ação Originária** de número Ação Originária 672/DF, do Relator Ministro Celso de Melo do STF, disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14826827/medida-cautelar-na-acao-originaria-ao-672-df-stf>, acesso no dia 19/08/2021.

_____, Relatora Ministra Ellen Gracia, da Ação originária com questão de ordem número 869-QO, DJ 1º/08/2003), disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3176622/agregna-acao-civil-originaria-aco-869?ref=serp>, acesso em 29/09/2021

_____, **Recurso Extraordinário**, Relator Ministro José Antonio Dias Toffoli, Ação Extraordinária originária com questão de ordem número ARE 824781, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4602244>, acesso em 29/08/2021

CASTRO, Flávia Lages de Castro. **História do Direito Geral do Brasil**. 6. Ed. Rio de Janeiro. Ed: Lumen Juris, 2007

DI PIETRO, Paulo Roberto de. **Direito Processual Constitucional**. São Paulo:Atlas, 2009, p.309.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 1^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.429.

FERNANDO, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4^o ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p.554).

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal – Parte Geral**, 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14.^a Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MANCUSO, Rodolfo Camargo, **Ação Popular, proteção ao erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Ação Popular**. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1996.

MASSON, Nathalia, **Manual de Direito Constitucional**, 3ª edição, ed. Jus Podivm, 2015, p. 459 a 466.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"**. 18ª edição. Malheiros Editores, São Paulo: 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: ed. Saraiva, 1990.

PAULO, Alexandre; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16ª edição. Editora Método: 2019

PISKY, Jaime. **Introdução, História da Cidadania**. São Paulo, 2003, p.15.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIDOU, J.M. Othon. **"Habeas Corpus", Mandado de Segurança, Mandado de Injunção**. 5ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro: 1998.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, Ed. Forense, ed.27ª, Rio de Janeiro, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1968

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 33ª ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 463.

WEIS, Paul. **Nationality and statelessness in international law**. Dordrecht: Kluwer Academy, 1979, p. 215.

A INFLUÊNCIA DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO SOB A CAPTAÇÃO ILÍCITA DE VOTOS

MARIA CLARA DOS SANTOS FERREIRA:

Bacharela em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho⁹⁹.

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo, teve como intuito analisar e compreender como o abuso de poder econômico influencia na captação ilícita de votos, abordando aspectos objetivos os quais demonstram de forma direta os impactos que a relação entre essas duas condutas, geram, dentro do processo eleitoral e afastam a efetividade da soberania popular. A captação ilícita de votos, assim como o abuso de poder econômico inibem a base principiológica que rege essa seara. A fofca distribuição e a ineficácia da fiscalização da justiça eleitoral, acaba por desfavorecer aqueles atores políticos de menor destaque e fomentando a disputas entre os já consolidados. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica e abordagem indutiva e consulta direta em: livros específicos, bibliotecas, teses, dissertações, jurisprudências, doutrinas e artigos científicos pela internet. Dessa forma, concluiu-se que o abuso de poder econômico gera dentro desse cenário uma propensão para a prática da captação ilícita de votos, o que por consequência afasta a legitimidade que envolve a vontade popular e também o processo eleitoral. A Justiça Eleitoral, assim como o Poder Judiciário em si encontram-se ainda, desconexo com a regulamentação e fiscalização dessas condutas, da mesma forma sobre o financiamento de campanhas e sua distribuição desigual.

Palavras-chave: Abuso de poder econômico. Captação ilícita de votos. Processo Eleitoral. Soberania Popular. Legitimidade eleitoral.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. DIREITO ELEITORAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: 2.1 Princípios do Direito Eleitoral; 2.2 Princípio da Soberania Popular e o Direito de Sufrágio; 2.3 Princípio da Legitimidade das Eleições; 2.4 Estado Democrático de Direito. 3 A INFLUÊNCIA DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO SOB A CAPTAÇÃO ILÍCITA DE VOTOS: 3.1 Abuso de Poder Econômico; 3.2 Captação ilícita de votos e a desvalorização do interesse legítimo do povo. 4 O EMPREGO EXCESSIVO DE VERBAS NO PERÍODO DE CAMPANHA ELEITORAL: 4.1 Fim das doações por pessoas jurídicas e a Desigualdade

⁹⁹ E-mail: maria.adv2005@gmail.com

econômica entre partidos políticos; 4.2 A (in) suficiência do Fundo Eleitoral.
5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O sistema eleitoral brasileiro, tornou-se falho, devido a crescente no cometimento de ilícitos, fato o qual muito colaborou para colocar em dúvida a legitimidade na escolha de representantes políticos do país.

A ligação que o abuso de poder econômico possui com a captação ilícita de votos, se dá através e por aspectos bem objetivos, os quais colocam em questionamento papeis e funções de sujeitos importantes no sistema eleitoral, assim como também geram grandes impactos na base principiológica dessa esfera. Dessa maneira, salienta-se que tais fatos justificam a escolha do referido tema em estudo.

Diante disso, objetiva-se ao longo desse estudo, analisar e responder a problemática basilar aqui adotada, a qual é compreender como o abuso de poder econômico influencia na captação ilícita de votos.

Para tanto, será abordado no primeiro capítulo noções introdutórias do Direito eleitoral, bem como os seus princípios norteadores, apontando seus principais aspectos diante da problemática discutida.

O segundo capítulo estudará a influência do abuso de poder econômico sob a captação ilícita de votos, conceituando ambas as condutas, e demonstrando como o interesse popular é inibido, bem como a visão jurisprudencial das referidas condutas.

Já o terceiro capítulo, abordará o emprego excessivo de verbas no período de campanha eleitoral, assim como, o fim das doações por pessoas jurídicas, e a (in)suficiência do fundo eleitoral, a fim de entender as consequências geradas no processo eleitoral.

A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica e abordagem indutiva e consulta direta em: livros específicos, bibliotecas, teses, dissertações, jurisprudências, doutrinas e artigos científicos pela internet.

É importante ressaltar, que o presente estudo contribui de forma significativa para a esfera jurídica, pois aborda pontos essenciais para compreensão e identificação de como a Justiça Eleitoral e a legislação tem lidado com as condutas e questões aqui abordadas. Quanto a sua relevância social, o referido estudo busca amenizar a carência que a sociedade possui de informações a respeito de seus direitos políticos, de como esses são atacados e protegidos, e evidenciar o real papel dos cidadãos dentro de uma democracia representativa. Já para a área acadêmica, sua relevância se dá, com o estímulo aos debates

e pesquisas sobre a problemática e o ramo do Direito Eleitoral, para que acadêmicos e futuros profissionais contribuam nas correções de falhas da Justiça Eleitoral, e também para o aperfeiçoamento da legislação.

Dessa forma, buscar-se-á compreender e expor de forma direta, como a relação de duas condutas ilícitas, inibem e desregulam processos e princípios dentro de uma democracia representativa.

2 DIREITO ELEITORAL: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Direito Eleitoral é a esfera do Direito Público a qual volta-se para o estudo e a regulamentação das normas e procedimentos ligados ao processo eleitoral e direitos políticos.

Na lição de Gonçalves (2018, p.24):

Direito Eleitoral é o conjunto de normas jurídicas que se refere às eleições e às consultas populares, como o plebiscito e o referendo. Guarda direta relação com a democracia representativa, na qual o titular da soberania – o povo – elege representantes para, em seu nome, exercer o poder.

Ressaltando assim, que essa seara do Direito Público possui relevante papel na garantia de lisura tanto em razão do processo eleitoral como para o poder de sufrágio. A principal finalidade do Direito Eleitoral é lastrear os caminhos da vontade popular sob a esfera estatal, buscando devida efetivação democrática.

Acrescenta-se a essa perspectiva do Direito Eleitoral, o que acentua Gomes (2018, p.26):

Configura-se essa disciplina como microssistema jurídico. Isso porque os diversos elementos que a integram são unidos em torno de princípios e diretrizes próprios. Sua ordenação racional e unitária assegura-lhe coerência interna e identidade própria. Deveras, no microssistema eleitoral encontra-se encerrada toda a matéria ligada ao exercício de direitos políticos e organização das eleições; nele estão enfeixados princípios e regras atinentes a vários ramos do Direito, como constitucional, administrativo, penal, processual penal, processual civil.

A partir disso é possível identificar o Direito Eleitoral como um ramo dotado de autonomia, tanto normativa quanto didática, o que se dá em razão de sua descendência

direta da Constituição Federal de 1988 e o que leva à justificativa de suas constantes mudanças legislativas.

A Carta Magna dispõe em seu Artigo 17 sobre os Partidos Políticos e em seus artigos 14 e 16 regula os Direitos Políticos, e do artigo 118 ao 121 a mesma mantém como um de seus órgãos do poder judiciário a Justiça Eleitoral.

Além disso a Constituição Federal regulou de forma ampla a eleição e processo de substituição para Presidente e Vice-Presidente da República.

Em seu Capítulo IV, onde trata dos Direitos Políticos, a Constituição Federal também prevê medidas que devem ser seguidas em casos de Abuso de poder econômico, corrupção e fraude, tais condutas vedadas e abordadas no presente estudo, ameaçam diretamente aqueles direitos previstos no *caput* do artigo 14 da Carta Maior, o impacto causado pela prática dessas e demais condutas possui demasiada extensão, abrangendo todas as esferas políticas, jurídicas e sociais, uma vez que o processo eleitoral é o passo inicial para o funcionamento regular do Estado Democrático de Direito do país.

Dessa forma, o Direito Eleitoral revela-se como um conjunto de normas jurídicas as quais regulam os registros de candidaturas, convenções partidárias, votação, apuração, diplomação dos eleitos, bem como também os princípios do alistamento eleitoral, as ações e as demais medidas e precauções relacionadas com a busca pela garantia da soberania popular.

2.1 Princípios do Direito Eleitoral

O presente estudo ao abordar os Princípios do Direito Eleitoral, busca demonstrar primeiramente sua importância dentro dessa esfera, bem como explicar seu conceito dentro de uma visão geral.

Princípios em um modo aberto, pode ser compreendido como um fundamento ou preceito de um fenômeno, e também como alicerce base de determinada decisão ou conclusão. Também são tidos como uma espécie de norma, e que mantém relação direta com regras.

Complementando essa visão de Princípios do Direito Eleitoral, Almeida (2017, p.51) ensina que: “No campo jurídico, princípio pode ser empregado no sentido de regra fundamental, regra padrão ou regra paradigma à ciência do direito”. Ou seja, no direito há os princípios que são gerais que podem abranger toda uma ciência, como também existem aqueles que se voltam apenas determinadas disciplinas jurídicas.

Portanto, a gama de princípios que regulam e norteiam o Direito Eleitoral é variada, não existindo sobre isso consenso taxando quantidade mínima e específica de princípios, dessa forma, em sequência esse estudo faz uma breve análise doutrinária acerca de alguns princípios essenciais para seara eleitoral.

2.2 Princípio da Soberania Popular e o Direito de Sufrágio

O Princípio da Soberania Popular é aquele que denomina o povo como titular absoluto do poder político do Estado Democrático, o qual é inerente ao povo e tem como base o regime democrático. Ou seja, a Soberania denota o poder mais elevado, o poder supremo. Logo, é por meio desse poder, que o estado consegue por em prática suas políticas públicas.

No entanto, a Soberania não deve implicar em arbítrio, uma vez que Estado Democrático é aquele que também está submetido as regras por si criadas.

Ressalta-se ainda, que o Princípio em questão, emana do povo, como disposto no Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”.

Para Gomes (2017, p.73), “a soberania popular se revela no poder incontestável de decidir. É ela que confere legitimidade ao exercício do poder estatal. Tal legitimidade só é alcançada pelo consenso expresso na escolha feita nas urnas”. Sendo assim, considera-se um poder máximo, supremo e que com a ausência do mesmo, não seria possível um estado Democrático de Direito.

Já para o exercício da Soberania Popular, impõe-se o Direito de Sufrágio ou Sufrágio Universal. Isto é, se faz necessário o apoio do conjunto de pessoas designado para a escolha daqueles que irão representar a nação.

O sufrágio é um direito subjetivo, o qual possibilita o exercício da soberania popular, assim os cidadãos passam a participar ativamente na escolha de seus representantes políticos. Deve-se entendê-lo como aquela concordância ou aprovação que parte da vontade de um conjunto de pessoas, Gomes (2017, p,75), ensina que:

O sufrágio é a essência dos direitos políticos, porquanto enseja a participação popular no governo, sendo este o responsável pela condução do Estado. Apresenta duas dimensões: uma ativa, outra passiva. A primeira é a capacidade eleitoral ativa – ou cidadania ativa – e significa o direito de votar, de eleger representantes. A segunda é a capacidade eleitoral passiva – jus honorum ou cidadania passiva – e significa o direito de ser votado, de ser eleito, de ser escolhido em processo eleitoral.

Por outro lado, existem alguns pontos que devem ser observados para identificar quais pessoas se enquadram nos requisitos para exercício do direito de sufrágio, como por exemplo, a própria Constituição Federal só reconhece esse direito aos brasileiros natos ou naturalizados, como o disposto em seu Artigo 14, §§ 1º e 2º:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

No entanto, a posição dos brasileiros naturalizados, em relação a posição de concorrência a cargos políticos, não se torna possível aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, cargos que são privativos aos brasileiros natos, de forma que os brasileiros naturalizados só podem concorrer aos de Deputado Federal e Senador, mas ainda vedados de ocupar cargos de Presidência na Câmara Federal e Senado Federal.

O Sufrágio pode ser compreendido, como Universal ou Restrito, Igual ou Desigual. O primeiro possibilita o voto, a uma quantidade de pessoas muito mais ampla, onde apenas em situações excepcionais esse não poderá ser exercido, circunstância que de fato vão impedir o cidadão de exercê-lo. É mais uma espécie de cidadania genérica, que se respalda principalmente nos princípios da igualdade e razoabilidade. O Restrito por outro lado, possui pequenos detalhes, pois esse é direcionado a determinados nacionais, uma parcela bem menor, é o caso do sufrágio censitário, cultural ou capacitário e masculino.

O censitário se funda na capacidade econômica do indivíduo, como por exemplo, aqueles que são proprietários de algum imóvel ou os que recolhem a cofres público certa

quantia pecuniária. O cultural/capacitário é aquele voltado a capacidade ou aptidão intelectual de cada indivíduo, a exemplo, os analfabetos que, se optarem podem votar, mas não são elegíveis. Já o masculino, é aquele que veda mais precisamente a participação política de mulheres, Gomes (2017, p 78) ressalta que:

Na base desse entendimento encontra-se odioso e injustificável preconceito contra a mulher, durante muito tempo considerada inapta, desinteressada e naturalmente insensível para a vida política. Despiciendo aduzir que atualmente a tese da inferioridade feminina é insustentável em qualquer setor. Detêm as mulheres fatia expressiva do mercado de trabalho, sendo as principais provedoras de muitos lares, além de preencherem cerca de metade das cadeiras nas universidades, em diversos setores do conhecimento.

Ou seja, um fundamento que se tornou obsoleto, visto que a mulher mesmo travando batalhas diárias contra essas e outras diversas questões, se encontra participando ativa e passivamente na política brasileira.

O Sufrágio Igual, é pautado no princípio da isonomia, e permite a equiparação e igualdades de todos os cidadãos, o peso do voto é o mesmo para todos sem qualquer distinção. Por fim, o Sufrágio Desigual, esse leva em consideração apenas a superioridade de certos votantes, desde que qualificados e que passam a possuir maior número de votos, nesse caso pode-se citar o voto múltiplo que confere ao cidadão a possibilidade de votar mais de uma vez na mesma eleição em várias circunscrições eleitorais, porém esse último tipo não possui sentido nas democracias mais recentes. Já o Sufrágio Universal e Igual ganhou amplo e significativo espaço nas democracias contemporâneas, o que contribui de forma positiva para o desenvolvimento dessas sociedades.

2.3 Princípio da Legitimidade das Eleições

Trata-se de um conjunto de normas, que impõem a atuação de forma ética, correta e proba de todos os atos realizados dentro do processo, incluindo a atuação da Justiça eleitoral, Ministério Público Eleitoral, partidos políticos e dos candidatos que devem ser pautadas e preservadas dentro da lisura das eleições.

O momento central no âmbito da democracia, é o quando se inicia o processo eleitoral, as eleições de fato, ou seja, o fator principal para que a participação do cidadão, torne-se ativa. A Constituição Federativa em seu art. 14, caput e seu §9º dispõe que:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Nota-se a importância que o texto constitucional deu na forma de tratamento desse princípio, destacando os valores éticos e morais, forma que busca assegurar a legitimidade do processo no seu curso.

Com o advento da República e do regime democrático se fez necessário a partir daí a abertura e início das eleições para assumir funções e cargos públicos através de uma representatividade política.

De modo que o objetivo primordial é assegurar eleições legítimas e sem vícios no decorrer do seu curso, visando impedir fraudes no pleito eleitoral que comprometam a vontade popular demonstrada através do voto depositado nas urnas. Levando de alguma maneira a ver o princípio da legitimidade em uma perspectiva individualista, no que tange o direito ao voto e inviolabilidade dos direitos políticos.

A Constituição Federal em seu texto busca assegurar o curso das eleições de forma segura e sem vícios como já mencionado, visando a lisura dos atos dentro do processo eleitoral e com o intuito de garantir segurança jurídica para os atos advindos das práticas ocorridas dentro do período eleitoral. Desta forma, o aludido princípio visa a observância dos requisitos por parte de todos aqueles que estão inseridos dentro do cenário eleitoral. Seja o Ministério Público, a Justiça Eleitoral, os partidos políticos ou candidatos.

Essa legitimidade, visa coibir eventuais desvios, e que seja garantido uma representação política autêntica, que consegue conter atos de abusivos e corrosivos, sejam eles de poder político ou econômico. Portanto, é crucial que haja a livre igualdade de voto, esse deve ser revelado sem vícios em sua formação e efetivação, pois é a partir dele que o Estado será organizado.

2.4 Estado Democrático de Direito

A democracia atualmente é compreendida, como a forma de governo que é pautada na participação direta e indireta de seu povo soberano, no entanto seria uma

definição mais específica, mas sabe-se, contudo, que tal ideal democrático, ainda é caracterizado e marcado por grandes manifestações históricas ao longo do tempo, Caldas (2014, p.12) ressalta que:

Ao mesmo tempo, apesar de destacar essas persistentes mudanças no sentido e significado da democracia, o que a fez deixar de ter uma definição específica para tornar-se um regime político em constante mutação, também é de se admitir que, ao longo de sua existência, foram preservadas estruturas políticas históricas que a fizeram manter-se viva em meio a evolução social e aos novos contornos proporcionados pela globalização.

Os cidadãos possuem o poder de tomar decisões políticas referente ao estado, de forma transparente e justa a qual é capaz de afastar e coibir tiranias.

A Constituição Federal em seu Artigo 1º dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito constitui uma sociedade politicamente organizada e pautada na participação dos cidadãos, os quais são sujeitos principais.

A própria Constituição consagra os Direitos Fundamentais, Sociais e Políticos como princípios privilegiados dentro do Estado Democrático de Direito. Portanto, ao que se refere a problemática eleitoral, visando alcançar esse nível de excelência o próprio estado deve se atentar para a criação de uma legislação eleitoral que seja voltada para zelar a

vontade popular, fazendo com que esta, seja protegida, livre de vícios e fraudes que limitam e distorcem a soberania popular e violam o Estado Democrático de Direito.

3 A INFLUÊNCIA DO ABUSO DE PODER ECONÔMICO SOB A CAPTAÇÃO ILÍCITA DE VOTOS

No curso do Processo Eleitoral, tornou-se comum a realização de articulações políticas, investimento em propagandas e a promoção de debates entre candidatos, da mesma forma que uma forte lacuna para o cometimento de ilícitos também foi aberta, isso realizados com a finalidade de facilitar a chegada dos candidatos ao poder.

O abuso de poder econômico e a captação ilícita de votos, podem ser consideradas as duas condutas mais habituais e conhecidas nesse cenário. A conceituação de abuso de poder econômico apesar de não fixada e definida pela Legislação Eleitoral de forma claramente delimitada, recebe da doutrina uma forte conceituação, possibilitando a sociedade em geral uma linha de raciocínio para sua compreensão.

Ao tratar da ligação entre essas duas condutas, é necessário primeiramente, que seja observado que no cenário eleitoral tais práticas constantemente são alvos de Ações de Investigação Judicial, onde é possível notar que, quando o abuso de poder econômico é uma conduta presente na Ação, há também uma prática referente a captação ilícita de votos sendo investigada na mesma demanda, além de outros ilícitos, no entanto, seguindo o tema abordado nesse estudo, apresenta-se a seguinte Jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco TRE-PE – Recurso Eleitoral: RE 67391 CARPINA- PE[1]

EMENTA: RECURSO ELEITORAL. ELEIÇÕES 2016. AIJE. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA. PONDERAÇÃO DE ELEMENTOS DE PROVA. RECURSO DESPROVIDO. 1.0 abuso de poder econômico se caracteriza com a utilização em excesso de recursos patrimoniais disponibilizados ao agente, em benefício de candidatura, de forma a interferir no equilíbrio da disputa e na isonomia entre os candidatos 2. Pelas provas dos autos, não se constata a alegada distribuição de vantagens, nem tampouco a intenção de restringir a liberdade do voto, carecendo de elementos para a configuração de abuso de poder econômico ou de captação ilícita de sufrágio relativamente a este fato. 3. A captação ilícita de sufrágio é ilícito eleitoral que possui características específicas, e para subsunção do fato à norma é necessário que: a) reste provada uma das condutas do tipo; b) o agente tenha agido imbuído em um fim específico, a obtenção do voto do eleitor; c) o fato ocorra durante o período eleitoral 4. As

declarações tomadas a termo nas atas notariais tem seu peso, mas foram colhidas de maneira unilateral, sem a presença dos advogados das partes e longe dos olhos do juiz. Nenhuma testemunha ouvida em juízo confirmou tais informações, declarando ter presenciado a suposta compra de votos. 5. Ressalto que o juiz é o diretor do processo e o destinatário da prova. Neste caso, não se trata de negar fé a documento público, mas de sopesá-lo e considerá-lo insuficiente para, isoladamente, ter como verdadeiras as alegações e ser fundamento para configuração da captação ilícita de sufrágio. 6. Recurso desprovido. Sentença mantida. **DECISÃO ACORDAM** os membros do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, por unanimidade, em conhecer e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, mantendo a sentença, nos termos do voto da Relatora.

Observa-se a partir da referida decisão que o abuso de poder econômico, bem como a captação ilícita de votos são duas condutas que exigem a verificação de determinada gravidade lesiva ao pleito, ou seja, a mera utilização de recursos financeiros e patrimoniais, assim como o oferecimento de vantagens em troca de votos, por si só ainda carecem que seja demonstrado de forma concreta que todos esses fatos podem interferir de forma direta e lesiva ao andamento do processo eleitoral.

Esses ilícitos ofendem a livre vontade do eleitor, a liberdade que o mesmo possui de votar de acordo com a sua consciência, sem que essa, sofra dissimulações, ressaltando a importância da Soberania Popular, que incumbe ao candidato uma outorga do povo, através do voto, que exterioriza assim suas vontades e anseios os quais devem ser representados e atendidos (MARIM, 2014).

Portanto, reforça-se que, a prática, dessas condutas podem ser facilmente interligadas, o abuso de poder econômico pode explicitamente ser praticado com o intuito de facilitar desde o ingresso, até a prática da captação ilícita de votos, como forma de garantir ao candidato ou partido político mais recursos, meios e vantagens para facilmente direcionar a vontade popular dentro do processo.

3.1 Abuso de Poder Econômico

Atualmente no País, tornou-se evidente uma crescente movimentação acerca de atualizações na esfera eleitoral, observa-se uma preocupação mais profunda com a cultura democrática do Brasil. O processo eleitoral brasileiro é recorrentemente violado por uma vasta quantidade de crimes cometidos no seu curso, o abuso de poder econômico por esse estudo abordado, trata-se exatamente de um desses tantos crimes, a sua prática por provocar dentro do sistema eleitoral uma grande deficiência jurídica, é pelo presente estudo, discutida.

Nesse contexto e no que tange a esfera eleitoral, o abuso de poder econômico, pode ser compreendido como aquela utilização prévia ou simultânea a campanha, de recursos financeiros, patrimoniais de forma excessiva e fora dos parâmetros legais (BARBOZA, 2019).

Esclarecendo ainda esse ponto, Gomes (2017, p.307) ensina que:

É necessário que a conduta abusiva tenha em vista processo eleitoral futuro ou em curso. Normalmente, ocorre durante o período de campanha, embora também possa ocorrer antes de seu início. Ausente esse liame, não há como caracterizar o abuso, já que o patrimônio, em regra, é disponível.

Assim, compreende-se que essa conduta pode ser definida como aquele ato praticado de forma anormal e com o intuito de alterar a consciência do cidadão com relação a sua preferência por determinado concorrente, para isso são ofertados muitas vezes, o dinheiro, bens ou favores. O voto é a forma pela qual se pode exercer direito político, e pelo o qual muitos concorrentes acabam excedendo os limites permitidos pela legislação eleitoral, a qual veda os atos praticados de forma desregulada e claramente excessiva.

É importante acentuar, que o abuso de poder econômico pode ser praticado diretamente pelo próprio candidato, como também pode ser praticado por terceiros, quando esse pratica tais atos em nome do candidato, com sua anuência ou a seu mando. Estão inseridos nesse contexto, não apenas, os candidatos isoladamente, mas também o partido político, bem como também a coligação. O abuso de poder econômico se concretiza não apenas pela ocorrência do gasto anormal, mas acima de tudo pela má-fé atrelado ao ato, ou seja, com intenção de gerar uma influência negativa na consciência do eleitor, afim de gerar uma concorrência desleal.

A Constituição Federal prevê o abuso de poder econômico em seu Artigo 14, §9, o qual dispõe que:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade

administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

(...)

De acordo com essa perspectiva, existe sua previsão também na Lei nº 64 de 1990 (Lei de Inelegibilidade), onde da mesma forma é prevista a conhecida Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), o Artigo 22 aduz que:

Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

Complementando as lições sobre abuso de poder econômico, segue a Jurisprudência do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, TRE-RJ- Ação de Investigação Judicial Eleitoral: AIJE 765331 DUQUE DE CAXIAS- RJ[2]:

EMENTA: ELEIÇÕES 2014. AIJE. DEPUTADA ESTADUAL. ABUSO DE PODER ECONÔMICO CONFIGURADO. UTILIZAÇÃO ELEITOREIRA DE CENTRO SOCIAL. CASSAÇÃO DO DIPLOMA. INELEGIBILIDADE. 1. O conjunto probatório produzido nos autos evidencia que a investigada valeu-se do assistencialismo político para obter dividendos eleitorais nas eleições de 2014, configurando, assim, **abuso de poder econômico**. 2. As características do centro social CAS-Fátima permitem afirmar que a montagem e a manutenção das instalações demandaram grande monta de recursos financeiros, por certo não disponível a todos os candidatos do pleito eleitoral. 3. A continuidade do vínculo entre a candidata e a instituição está perfeitamente comprovada nos autos. Da mesma forma, restou evidenciada a utilização eleitoreira do centro social e o seu funcionamento até o início de julho de 2014, ou seja, apenas três meses antes do pleito. 4. Gravidade da conduta. O assistencialismo político possui efeitos nefastos para a democracia e para a qualidade dos serviços públicos prestados aos que mais necessitam deles.

Alcance das atividades assistencialistas oferecidas no CAS-Fátima demonstrado pela quantidade de fichas cadastrais apreendidas, a magnitude das instalações, a variedade dos serviços prestados e a quantidade de materiais e equipamentos existentes no local, não se podendo olvidar do efeito multiplicador perante as pessoas que convivem com os usuários diretos dos serviços. 5. Cassação do diploma da investigada, **declarando-se sua inelegibilidade para as eleições que se realizarem nos oito anos subsequentes ao pleito de 2014.**

(TRE-RJ - AIJE: 765331 DUQUE DE CAXIAS - RJ, **Relator:** FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS, Data de Julgamento: 19/06/2017, Data de Publicação: DJERJ - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Tomo 174, Data 30/06/2017, Página 14/19)

A partir de tal decisão é possível observar pontos específicos de tal conduta que interferem diretamente dentro da normalidade das eleições, um deles por exemplo é exatamente a proximidade de tempo em que os fatos ocorrem, do período de pleito, ressalta-se ainda que nessa mesma temática, tanto a doutrina como os Tribunais passaram a categorizar a compra de apoio político como uma espécie de abuso de poder econômico, isso baseado, nos exorbitantes, emprego de verbas e recursos financeiros.

Todavia, deve se observar ainda, um ponto importante com relação a caracterização da conduta ou ato Abusivo praticado, deve ser observado o disposto no inciso XVI, do artigo 22 da Lei complementar 135/2010, onde o mesmo dispõe que "para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam". Ou seja, a gravidade de tal conduta é fator primordial, o que remete mais uma vez ao poder supremo que a soberania popular representa, a prática do abuso de poder econômico transforma esse poder soberano, em mera mercadoria, daí é possível notar a gravidade de tal ilícito.

3.2 Captação ilícita de votos e a desvalorização do interesse legítimo do povo

Historicamente no Brasil, a compra de votos, como é popularmente conhecida a captação ilícita de votos, continua sendo uma das, senão, a principal mazela da democracia. A prática de tal conduta é corriqueira dentro do período de campanha eleitoral no país, presente em todos os cenários das disputas políticas.

O poder econômico já discutido e o poder político quando concentrados a disposição de classes detentoras específicas, aproveitam-se da hipossuficiência econômica

de outras classes menos favorecidas. Assim, ponto de grande relevância e que é enraizado dentro da política brasileira é que o poder econômico e político sempre foram os parâmetros condicionais para ganho de eleições no país, o que contraria totalmente princípios constitucionais e eleitorais como os aqui abordados anteriormente, ou seja, percebe-se que os debates sobre questões sociais que representam os anseios populares são mencionados de forma superficial, e acabam sendo colocados em uma outra perspectiva no que se refere aos ideais políticos essenciais.

Dentro das condições legais, a captação de votos lícita é pacificamente tolerada, visto que é algo que faz parte do enredo tido como normal da política. Porém, tem-se a grande problemática que é sua prática de forma ilícita, fora dos limites estabelecidos pela legislação, que se dá por meio de atos invasivos, onde há um aproveitamento da carência de informação de partes da sociedade.

O dano de tal ilícito é perceptível já na conduta do autor. A Lei 9.840 de 1999 foi a responsável por introduzir ao Código Eleitoral Brasileiro, o Artigo 41- A.

A iniciativa foi tomada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em conjunto com outras entidades não governamentais, com a intenção de frear a corrupção no País.

Tal dispositivo chega com a conceituação de Captação de Sufrágio (captação ilícita de votos) e também ainda com as penalidades correspondentes e aplicáveis a aqueles que praticarem tal conduta a fim de obter vantagem política com ela.

A inclusão do Artigo 41-A é de extrema relevância não apenas jurídica como também para a sociedade, a participação popular e a democracia passam a ter mais firmeza frente ao cometimento dessas práticas lesivas. A redação dada pelo artigo 41-A, aduz que:

Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir.

§ 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto.

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação.

§ 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial.

Apesar da redação do próprio artigo já transparecer bem a conceituação de captação ilícita de sufrágio, Almeida, (2016, p. 512), acrescenta, definindo como “o aliciamento espúrio de eleitores mediante a compra, direta ou dissimulada de seus votos”. O autor considera ainda que a captação ilícita de votos, deve ser considerada como uma hipótese específica de abuso de poder econômico. Fica evidente que as duas condutas possuem uma ligação direta.

É de grande relevância destacar ainda, que a legislação eleitoral, mais especificamente o Código Eleitoral, já havia enquadrado tal conduta em seu Artigo 299, prevendo inclusive pena de reclusão de até 4 anos por sua prática, destaca-se sua redação a qual aduz que:

Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:

Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Portando, existe a partir dessa premissa a necessidade de se observar requisitos que presentes na conduta praticada pelo candidato, partidos ou coligações, ou até mesmo seus cabos eleitorais, ensejam a configuração de captação Ilícita. Tal conduta diferente das demais anteriormente mencionadas, possui um potencial lesivo mais agressivo em relação ao exercício da soberania popular, como é possível observar tanto na redação do Art. 299 do Código Eleitoral, com pela redação do dispositivo do Artigo 41- A, introduzido pela 9.840/99.

4 O EMPREGO EXCESSIVO DE VERBAS NO PERÍODO DE CAMPANHA ELEITORAL

No Brasil, a conjuntura política é historicamente pautada e moldada com base no financiamento de campanhas. O financiamento da atividade política dentro de uma democracia gera questões importantes. Ao tempo em que se discute o alto índice da prática de ilícitos dentro do atual cenário eleitoral, torna-se então indispensável abordar de forma detalhada pontos referentes ao emprego excessivo de verbas dentro desse mesmo período.

A lei nº 9.504/97 é responsável pela regulamentação do financiamento de campanhas eleitorais, a mesma apesar de regulamentar tais pontos, ainda não impede todos os excessos que cercam a política nacional, exemplo disso, é a prática do abuso de poder econômico corriqueira no processo eleitoral brasileiro, e que em maior parte ganha espaço a partir do emprego de verbas.

A presença de capital financeiro dentro dessa seara, ainda é vista pela extrema maioria como forma de incentivo para ideais políticos, por todo e qualquer meio financiável. Por outro lado, pode ser vista como um percalço, seja pela ausência de recursos suficientes para todas as candidaturas, seja pela ocorrência de abusos que maculam o pleito (COSTA FILHO, 2021).

A modernização e inovação do mercado de trabalho é um dos principais fatores que contribuem para o encarecimento da política brasileira. Há hoje dentro do processo político o surgimento e adesão dos mais variados e diversos nichos de trabalho, exemplo disso é o setor de marketing, que antes voltava-se apenas para a produção do material físico e hoje há todo um trabalho voltado para as mídias digitais, ou seja, existe toda uma estrutura utilizada pelos partidos políticos e seus diretórios para que se alcance os resultados esperados.

Nessa vertente surgem os doadores, Costa Filho (2021, p.27) ensina que:

Os partidos políticos exercem papel de suma importância para o exercício da democracia, mas, para que possam de fato cumprir com seu papel, necessitam de recursos financeiros que permitam o seu regular funcionamento e o cumprimento do seu objetivo principal: alcançar o eleitorado e vencer as eleições. Não há como fugir dos custos, deve-se, então, lidar com eles.

Contudo, é necessário observar que o Brasil parte de uma recente onda de escândalos de corrupção, os quais envolvem as mais variadas situações, como empreiteiras e fraudes em licitações, assim como escândalo de superfaturamento sendo repassado a partidos políticos por meio de financiamento de campanhas, ou seja, existe uma necessidade real do emprego e utilização de verbas no período eleitoral, tanto que a

legislação e os Tribunais tratam de forma direta sobre o tema, mas por outro lado, sua origem, motivação e finalidade ainda passam por percalços.

4.1 Fim das doações por pessoas jurídicas e a Desigualdade econômica entre partidos políticos

A principal e mais recente reforma na esfera do desenho institucional do país é exatamente relacionada a reforma de financiamento de campanhas eleitorais mais precisamente, referente a proibição de doações por pessoas jurídicas, e toda a repercussão que isso gerou dentro da política nacional.

Nesse diapasão, a ligação da política com os recursos financeiros sempre enfraqueceu o ideal democrático moderno, representativo e que corresponde com as expectativas das minorias. O dinheiro é, ao mesmo tempo, necessário para a realização do ideal democrático e na sua maioria, para seu desvirtuamento (LOURA JÚNIOR, 2020).

O fim dessas doações, se deu a partir de 2015, inicialmente a partir do resultado da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, a qual foi interposta pelo Conselho Nacional da OAB, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). Houve ainda por parte do Congresso Nacional a tentativa de reinserir dispositivo que permitisse o então financiamento empresarial legal de campanhas, o qual seria a Lei nº 13.125/15, a conhecida “minirreforma Política” do ano de 2015. No entanto, com o veto presidencial, e com o Congresso sem conseguir derrubá-lo, tal proibição foi mantida. Já o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), surge em 2017, instituído pela lei nº 13.488.

Ressalta-se que o referido modelo de financiamento perdurou de 1994 até o ano de 2014, o que possibilitou uma evidente centralidade no financiamento eleitoral.

Atualmente, é perceptível que os efeitos gerados pelo modelo de financiamento atual são diversos e que de forma significativa interfere entre a igualdade econômica dos próprios partidos políticos. É de fundamental importância haver abertura e transparência quanto à origem e ao destino dos recursos empregados no financiamento de campanhas políticas (GOMES, 2017).

A Lei nº 13.165/15 apresenta os parâmetros que o Tribunal Superior Eleitoral deve observar para a definição dos limites de gastos, visto que são eles parâmetros objetivos.

No Brasil, com a chegada da Lei nº 13.165/15, a modalidade de regime de doação foi alterada, visto as consequências após a decisão do STF quando do julgamento da ADI nº 4.650-DF.[3]

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ELEITORAL. MODELO NORMATIVO VIGENTE DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS. LEI DAS ELEIÇÕES, ARTS. 23, §1º, INCISOS I e II, 24 e 81, CAPUT e § 1º. LEI ORGÂNICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS, ARTS. 31, 38, INCISO III, e 39, CAPUT e §5º. CRITÉRIOS DE DOAÇÕES PARA PESSOAS JURÍDICAS E NATURAIS E PARA O USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. PEDIDOS DE DECLARAÇÃO PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE SEM REDUÇÃO DE TEXTO (ITENS E.1.e E.2). SENTENÇA DE PERFIL ADITIVO (ITEM E.5). TÉCNICA DE DECISÃO AMPLAMENTE UTILIZADA POR CORTES CONSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NORMATIVA SUBSIDIÁRIA E EXCEPCIONAL DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, SOMENTE SE LEGITIMANDO EM CASO DE INERTIA DELIBERANDI DO CONGRESSO NACIONAL PARA REGULAR A MATÉRIA APÓS O TRANSCURSO DE PRAZO RAZOÁVEL (IN CASU, DE DEZOITO MESES). INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IMPROCEDÊNCIA. PRETENSÕES QUE VEICULAM ULTRAJE À LEI FUNDAMENTAL POR AÇÃO, E NÃO POR OMISSÃO. MÉRITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS DE ADI E DE ADI POR OMISSÃO EM UMA ÚNICA DEMANDA DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. VIABILIDADE PROCESSUAL. PREMISSAS TEÓRICAS. POSTURA PARTICULARISTA E EXPANSIVA DA SUPREMA CORTE NA SALVAGUARDA DOS PRESSUPOSTOS DEMOCRÁTICOS. SENSIBILIDADE DA MATÉRIA, AFETA QUE É AO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL. AUTOINTERESSE DOS AGENTES POLÍTICOS. AUSÊNCIA DE MODELO CONSTITUCIONAL CERRADO DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS. CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ENCERRA O DEBATE CONSTITUCIONAL EM SENTIDO AMPLO. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS. ÚLTIMA PALAVRA PROVISÓRIA. MÉRITO. DOAÇÃO POR PESSOAS JURÍDICAS. INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO (2% DO FATURAMENTO BRUTO DO ANO ANTERIOR À ELEIÇÃO). VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICO E DA IGUALDADE POLÍTICA. CAPTURA DO PROCESSO POLÍTICO PELO PODER ECONÔMICO. "PLUTOCRATIZAÇÃO" DO PRÉLIO ELEITORAL. LIMITES DE DOAÇÃO POR NATURAIS E USO DE RECURSOS PRÓPRIOS PELOS CANDIDATOS. COMPATIBILIDADE MATERIAL COM

OS CÂNONES DEMOCRÁTICO, REPUBLICANO E DA IGUALDADE POLÍTICA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da judicial review, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas, de sorte (i) a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a proteger os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias. 2. O funcionamento do processo político-eleitoral, conquanto matéria deveras sensível, impõe uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas, sobre as escolhas políticas exercidas pelas maiorias no seio do Parlamento, instância, por excelência, vocacionada à tomada de decisão de primeira ordem sobre a matéria. 3. A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. 4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. 5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

(...)

(ADI 4650, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 23-02-2016 PUBLIC 24-02-2016)

Para a Suprema Corte, as doações realizadas por pessoas jurídicas, sejam destinadas diretamente a campanha de candidatos, ou, seja destinada a partidos políticos, são inconstitucionais, dessa forma, proibida suas realizações, outro ponto relevante e que deve ser observado é a inconstitucionalidade abrange não somente a doação a partido, em específico ao financiamento de campanha, mas também para sua manutenção, dessa forma independe da sua finalidade.

4.2 A (in) suficiência do Fundo Eleitoral

As campanhas eleitorais do País possuem um alto custo quando comparadas com de outros países, o Congresso Nacional com intuito de facilitar questões referente ao financiamento anteriormente estudado, criou um fundo público.

Há uma grande preocupação com o controle dos financiamentos de campanha, e isso se deve pelo receio do interesse privado interferir diretamente dentro da coisa pública.

Os escândalos que levaram ao impeachment de Fernando Collor, que envolveram principalmente troca de favores por meio de financiamento de campanha, chamaram a atenção para a necessidade de uma reforma política.

Em 2017, com o advento da Lei 13.487/17 que apresentou alteração na Lei das Eleições e a Lei dos Partidos Políticos, criou-se o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), mais conhecido como Fundo Eleitoral. O mesmo consiste em fundo de recursos públicos o qual é disponibilizado aos partidos políticos com a finalidade de financiar e custear campanhas eleitorais. Ou seja, busca solucionar as necessidades financeiras dos partidos políticos.

No Brasil, é adotado um sistema específico de distribuição desses recursos entre os partidos, de forma a resguardar o equilíbrio financeiro e econômico entre os atores políticos. O Glossário do Tribunal Superior Eleitoral dispõe que:

De acordo com a legislação, os recursos do FEFC devem ser distribuídos pelo TSE aos diretórios nacionais dos partidos de acordo com os seguintes critérios: 2% igualmente entre todos os partidos; 35% divididos entre aqueles que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos obtidos na última eleição geral para a Câmara;

48% divididos entre as siglas, na proporção do número de representantes na Câmara, consideradas as legendas dos titulares; e 15% divididos entre os partidos, na proporção do número de representantes no Senado Federal, consideradas as siglas dos titulares.

Cabe ainda salientar, que o próprio Tribunal Superior Eleitoral recentemente realizou a revisão dos parâmetros para divisão do FEFC nas eleições municipais do ano de 2020. A Corte passou a considerar o número de representantes eleitos para Câmara e para Senado na última eleição geral, assim como a quantidade de senadores filiados ao partido que na data do pleito, estavam em primeiro no quadriênio dos seus mandatos.

Por outro lado, é de conhecimento de todos que a realização de campanhas atualmente conta com um espaço de tempo bem menor, sendo de aproximados 45 dias, com exceção de casos de segundo turno, o que leva consequentemente os partidos e candidatos a buscarem nesse espaço de tempo seus recursos financeiros, observando os requisitos legais trazidos pela legislação, Gomes (2017, p.389) aduz:

Os candidatos e partidos políticos necessitam de recursos para se divulgarem e se aproximarem do eleitorado, exporem suas ideias e projetos, de maneira a captarem os votos necessários para vencerem o pleito e ascenderem aos postos político-estatais. Para tanto, é essencial que tenham acesso a dinheiro e canais de financiamento. É impensável a realização de campanha eleitoral sem dispêndio de recursos, ainda que pouco vultosos.

Ou seja, existe uma necessidade da utilização de recursos financeiros dentro do período eleitoral, tanto o fundo eleitoral como as doações contribuem para organização econômica daqueles que dependem da disponibilidade desses recursos, porém sua distribuição e alocação ainda é deficiente.

Diante do panorama abordado, é possível fazer uma análise dos impactos gerados pelo emprego de verbas e recursos financeiros dentro da esfera eleitoral. Salienta-se, que tantos os impactos negativos, como os positivos são visíveis, não apenas em decorrência da falta de doadores, como pessoas jurídicas, ou pelo fosco financiamento, mas sim também pelos altos investimentos direcionados a partidos, coligações e agremiações específicos, o que em sua maioria gera desequilíbrio econômico na disputa e por consequência facilitando o cometimento de abusos e demais ilícitos eleitorais.

Portanto, a forma como a legislação trata a regulamentação do financiamento político possui grande relevância jurídica, uma vez que, os pontos abordados nessa

temática, transcende para além da esfera específica da área do direito eleitoral, tornando seu estudo e discussão algo indispensável dentro de qualquer democracia.

5 CONCLUSÃO

Como apontado e discutido por todo o estudo, o direito eleitoral é esfera do direito público que se ocupa com a regulamentação das normas e procedimentos referentes ao processo eleitoral, o qual ainda sofre com uma elevada insegurança jurídica em decorrência de condutas e atos ilícitos praticados nesse cenário.

A partir do que se foi abordado pode se concluir que é indispensável que o processo eleitoral se torne seguro, isso no que se refere ao voto livre de dissimulações e efetivado com base na vontade legítima do povo. Para isso, no entanto é necessário que éguide principiológica que rege a esfera jurídica do Direito eleitoral, seja imposta e obedecida por aqueles que figuram os polos presentes no processo eleitoral.

Ainda com base na problemática discutida, concluiu-se que o abuso de poder econômico em muito, quando presente sua prática no cenário político, acaba por abrir espaço a uma outra conduta, que a é prática da captação ilícita de votos, ou seja aquele quando praticado proporciona os meios essenciais para prática e configuração dessa, uma espécie de condutas facilitadora, disponibilizando meios e recursos para se empregar na materialidade da captação ilícita de votos.

Outra conclusão constatada, é que a distribuição e direcionamento dos recursos advindos do fundo eleitoral e do financiamento de campanhas são ineficazes, uma vez que, os candidatos concorrentes por partidos políticos já consolidados e de maior destaque no país, acabam por se beneficiar mais do que aqueles que são seus opostos, o que por consequência torna desigual a disputa. O favorecimento de partidos específicos também é outro fator que insere o abuso de poder econômico e a captação ilícita de votos mais uma vez em evidência nessa seara, isso porque a concentração de recursos entre esses partidos específicos deixa a disputa ainda mais acirrada e os recursos passam a ser utilizados como fomento na prática de tais para alcançar mais rapidamente o resultado desejado.

Portanto, conclui-se que o abuso de poder econômico torna o referido cenário político propício para a prática da captação ilícita de votos, em decorrência de pequenas falhas da Justiça Eleitoral, como também da própria legislação, que ainda carece de contextualização e atualização para regular essa seara de forma efetiva, o que acaba abalando todo a estrutura do sistema eleitoral do país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R.M. **Curso de Direito Eleitoral**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

BARBOZA, J. C. A. **(in) segurança jurídica das decisões judiciais no Tribunal Superior Eleitoral: análise da cassação de mandatos por abuso de poder econômico.** 2019. 138 f. : Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em : [Repositório Institucional UFC: A \(in\) segurança jurídica das decisões judiciais no Tribunal Superior Eleitoral: análise da cassação de mandatos por abuso de poder econômico.](#) Acesso em: 08 de Set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.** Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [Constituicao-Compilado \(planalto.gov.br\).](#) Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade no 4.650- DF. Relator: Min. Luís Fux. DJ: 17 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 19 nov. 2021.

CALDAS, F. F. L. L. **Abuso de poder económico e princípio da igualdade no processo eleitoral.** 2015. Tese de Doutorado. Disponível em: [Repositório da Universidade de Lisboa: Abuso de poder económico e princípio da igualdade no processo eleitoral \(ul.pt\),](#) acesso em: 27 de Set. 2021.

FILHO, A. A. C. **Financiamento de campanhas eleitorais: análise e avaliação da decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade 4650/DF.** 2021. 190 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: [Repositório Institucional da UnB: Financiamento de campanhas eleitorais : análise e avaliação da decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade 4650/DF,](#) acesso em 20 de Set. 2021.

GOMES, J.J. **Direito Eleitoral** 13. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, J.J. **Direito eleitoral essencial**– Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GONÇALVES, L.C.S. **Direito eleitoral** / – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

Professor(a) Mestre(a) do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. *E-mail:* rochelefirmeza@hotmail.com

NOTAS:

[1] TRE-PE - RE: 67391 CARPINA - PE, Relator: KARINA ALBUQUERQUE ARAGÃO DE AMORIM, Data de Julgamento: 27/11/2017, Data de Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, Tomo 263, Data 01/12/2017

5 Disponível em: <<https://tre-rj.jusbrasil.com.br/>> Acesso em: 10 de Abril de 2021.

[3] Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204650%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true/>> Acesso em: 10 de Abril de 2021.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PREVENÇÃO E COMBATE

JARLLINE MORAES MONTEIRO:
Graduanda em Direito pela Universidade
Federal do Amazonas- UFAM¹⁰⁰

RESUMO: A presente atividade econômica visa demonstrar como fatores sociais, econômicos e de gênero culminam para o tráfico de mulheres para exploração sexual, através de uma análise dos aspectos históricos, além de apresentar os instrumentos internacionais de prevenção e combate ao Tráfico Internacional de Mulheres. As abordagens metodológicas a serem utilizadas nesse trabalho são a quantitativa que trabalha com números, estatísticas, médias, coleta de dados levantados por órgãos federais e a qualitativa buscando um aprofundamento do resultado e uma análise do conteúdo, devido à alta complexidade desse crime que destrói vidas e fere a dignidade humana.

Palavras- chave: Tráfico internacional de mulheres. Exploração sexual. Vítima e aliciador. Legislação internacional.

ABSTRACT: This academic activity aims to demonstrate how social, economic and gender factors culminate in the trafficking of women for sexual exploitation, through an analysis of historical aspects, in addition to presenting the international instruments for preventing and combating the International Trafficking in Women. The methodological approaches to be used in this work are quantitative, which works with numbers, statistics, averages, data collection collected by federal agencies, and qualitative, seeking to deepen the result and analyze the content, due to the high complexity of this crime that destroys lives. and offends human dignity.

Keywords: International trafficking in women. Sexual exploitation. Victim and perpetrator. International legislation.

1 INTRODUÇÃO

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual surgiu na antiguidade e é um crime atroz, uma espécie de escravidão contemporânea, na qual a mulher é explorada de todas as formas possíveis. Os aliciadores aproveitam a vulnerabilidade das vítimas para violar seus direitos e ferir sua dignidade humana. As mártires desse crime são submetidas a agressões psicológicas, físicas, perdem sua liberdade e algumas vezes são obrigadas a

¹⁰⁰ Aca E-mail: jarllinmonteiro@gmail.com

fazer uso de entorpecentes. Apesar de ser um crime com grandes ocorrências, não recebe sua devida atenção.

Os principais alvos desses criminosos são as mulheres, transformadas em objetos para serem abusadas por diversos homens, enriquecendo seu traficante e empobrecendo sua saúde física e mental. Essa rede criminosa é alimentada pela prostituição e pelo turismo sexual.

Para um melhor entendimento do assunto, serão abordados os aspectos históricos, sociais, o perfil das vítimas e dos aliciadores, como esses criminosos agem, como o direito internacional trata esse crime e os instrumentos que ele fornece para lidar com a problemática que afeta cerca de 2,4 milhões de pessoas por ano. Ademais, se pretende contribuir com estudos nesse tema tão importante que sujeita principalmente mulheres a esse crime. Pois, o conhecimento é uma ótima ferramenta para auxiliar na prevenção desse litígio, portanto é necessário fazer as porções da sociedade, especialmente as mais afetadas, conhecerem esse delito, visto que trata-se de um tema delicado e de tamanha profundidade.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

A exploração de pessoas começou bem antes do tráfico negreiro, de fato, remete ao surgimento das primeiras civilizações. Neste período, era comum a ocorrência de conflitos entre clãs rivais, na qual, o grupo derrotado era escravizado pelos vencedores do embate, isto também valia para alguns tipos de criminosos (RODRIGUES, 2012).

Nos séculos XVI e XVII, a crescente expansão das colônias europeias pelas Américas fez com que o tráfico de pessoas ganhasse força e um aspecto de atividade comercial. Assim, surgiu o tráfico negreiro, no qual os povos africanos foram arrancados de suas terras e levados a essas colônias, para que fossem explorados, principalmente quanto a mão-de-obra, que era escassa naqueles domínios.

A partir do século XIX, o enfoque foi em por um fim na escravidão, resultante do crescente tráfico negreiro, todavia, posteriormente os olhares se voltaram para uma nova espécie de tráfico de pessoas, o tráfico de escravas brancas para prostituição (ARY, 2009). Com o advento da Revolução Industrial as mulheres tanto operárias como servas foram colocadas numa posição de submissão e inferioridade perante aos homens. O trabalho delas não era valorizado, e por consequência recebiam salários insuficientes, não lhes dando alternativa senão a prostituição (TORRES, 2012).

Inicialmente, naquela época, nota-se que somente as mulheres e meninas negras eram exploradas sexualmente em bordéis e prostíbulos, fruto do racismo latente, proveniente do contrabando de pessoas negras. Porém, com o tempo os homens brancos

e ricos perceberam o quão lucrativo era aquela atividade, então passaram a explorar também as mulheres brancas, que nesse período eram consideradas um símbolo de pureza. Isso deu início ao comércio da exploração sexual que se perpetua até hoje.

Sobre o tráfico de escravas brancas Ary (2009, p. 24) afirma,

Em fins do século XIX, iniciam-se os debates e campanhas relacionadas com esta nova espécie de tráfico de seres humanos: o tráfico de escravas brancas. Deve-se incorporar toda essa retórica na conjuntura dos discursos europeus e norte-americanos do século XIX, no tocante à prostituição, já que, nesse contexto descrito, as duas práticas afiguravam-se intrinsecamente conectadas.

Esse período teve como marco a primeira tentativa de acabar com essa prática deplorável, nesse contexto Jesus (2003, p. 27) expõe

O primeiro documento internacional contra o tráfico (1904) mostrou-se ineficaz não somente porque não era propriamente universal, como também porque revelava uma visão do fato centrada na Europa. O segundo documento de 1910 complementou o primeiro na medida em que incluía provisões para punir os aliciadores, mas obteve apenas 13 ratificações. Os instrumentos seguintes, de 1921 e 1933, que foram elaborados no contexto da Liga das Nações, eram mais abrangentes, mas definiam o tráfico independentemente do consentimento da mulher. Esses quatro instrumentos foram consolidados pela Convenção de 1949, que permaneceu como o único instrumento especificamente voltado para o problema do tráfico de pessoas até a adoção da Convenção de Palermo e seus Protocolos.

3 TRÁFICO DE MULHERES ATUALMENTE

O Protocolo de Palermo (2000) define o termo “tráfico de pessoas” como sendo

(...) o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (2006) o tráfico de pessoas é a segunda atividade mais lucrativa do mundo, ficando atrás somente do tráfico de drogas e armas. Essa prática ilegal movimentada cerca de 31,6 bilhões de dólares, haja vista, que aproximadamente 2,4 milhões de pessoas são traficadas por ano, sendo que 83% são mulheres e cerca de 59% são destinadas à exploração sexual, conforme uma pesquisa realizada pelo (UNODC) Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (2016).

O tráfico de pessoas permanece até hoje em grandes proporções, pois, além de ser uma atividade ilícita lucrativa, ainda detém a vantagem de que uma pessoa pode ser explorada várias vezes, aumentando o lucro.

[...] A droga se vende uma vez, se obtém o benefício e se conclui o negócio, mas uma pessoa se pode vender em mais de uma ocasião que seu rendimento será maior, e também se deve levar em conta que, sendo explorada diariamente, a ganância do traficante aumente a cada dia. O ser humano se torna a mercadoria mais rentável do nosso tempo (OLIVEIRA, 2016 apud DELLA PENNA, 2004).

Esse comércio que coloca o ser humano numa posição de coisa, infelizmente sempre fez parte da história da humanidade e em determinados momentos foi base para que alguns impérios e mercados subsistissem. Contudo, apesar de o mundo estar em constante desenvolvimento, o cenário de evolução tecnológica e globalização favoreceu o aumento do tráfico de mulheres. E isso se deve ao fato de que nem todos os países alcançam o crescimento econômico, e, por conseguinte sua população é obrigada a conviver com a desigualdade social e a pobreza.

3.1 CAUSAS

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (2006) dentre as principais causas do tráfico de mulheres estão os fatores relacionados à pobreza e a falta de trabalho principalmente para aquelas que não possuem graduação, o que sucede para que estas pessoas desesperadas para conseguir emprego para melhorar de vida, tornem-se alvos dos aliciadores que vêem aí uma oportunidade de entrar em ação. Os aliciadores se aproximam das vítimas, oferecem empregos, oportunidades de carreira como modelo, e as vítimas acabam aceitando, pois vêem como a única oportunidade para sair daquela situação.

O fator gênero é determinante para que as mulheres sejam as maiores vítimas desse ilícito, que em sua generalidade são levadas para integrar a indústria do sexo. Vale ressaltar que as razões que deixam a mulher e a criança do sexo feminino em situação de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas estão intimamente relacionadas com a cultura machista e patriarcal. Outros fatores a serem considerados são a incidência de conflitos,

desigualdade social, falta de políticas públicas que proporcionem a essa porção excluída novas perspectivas, amparo e sistemas de inclusão (OIT, 2013).

3.2 EXPLORAÇÃO SEXUAL: PROSTITUIÇÃO E TURISMO SEXUAL

A exploração sexual engloba também nuances como prostituição, turismo sexual, pornografia, dentre outros afins.

A prostituição é uma das mais antigas profissões, acontecia até mesmo nas sociedades mais primitivas quando um membro integrava-se numa tribo nova, ele podia ter relações sexuais com todas as mulheres oferecidas pelo líder da tribo. E essas mulheres eram forçadas a ter relações com esses homens. É importante salientar que existe a prostituição por conta própria e a prostituição vinculada à exploração sexual resultante do tráfico de pessoas.

Para a feminista AUSSERER (2007)

[...] a prostituição é considerada uma forma de trabalho, e a luta se referem ao direito de escolha, tanto econômica como de autodeterminação sexual. Além disso, uma diferenciação entre o tráfico e a prostituição é reivindicada, enfatizando a importância da questão do consentimento. [...] aqui é advogada uma perspectiva mais diferenciada que propõe distinguir entre a prostituição forçada e aquela voluntária, classificando a primeira como uma prática de tráfico.

O problema não é o exercício da prostituição, mas sim a relação que esse trabalho tem com exploração e desrespeito aos direitos fundamentais e à dignidade dessas mulheres. Ademais se pretende cessar todas as ações desse exercício ilegal, assim como qualquer pessoa que se beneficie da exploração da prostituição de outrem (BRASIL, 2011).

Muitos países fazem publicidades turísticas vendendo a imagem de fragilidade da sua população feminina. E isso culmina para que essas mulheres se tornem alvos fáceis dos aliciadores e desses turistas que vão aos países em busca de sexo, dando origem ao fenômeno do turismo sexual. (MARINHO, 2008). DO BEM (2005) assevera sobre o turismo sexual:

O turismo sexual é um fenômeno produzido por uma série de engrenagens subterrâneas disseminadas nas sociedades emissoras e receptoras (...). Embora para ser considerado um segmento turístico

- Como o turismo ecológico, o turismo religioso, o turismo da 'melhor idade', etc. Que são atividades planejadas (...) está submetido às mesmas pulsações de mercado e carece igualmente de uma infraestrutura em ambos os contextos, de vias de acesso, de meios de transporte, de mediação de agentes e recursos humanos. Não sendo produto de um planejamento, mas pelo contrário, surgindo mesmo em virtude da ausência deste (...).

É possível constatar que a falta de empregos e até mesma a falta de informação e conhecimento contribui para que muitas mulheres sejam incluídas nesse negócio ilegal, na tentativa de garantir melhores condições para viver e em alguns casos, sobreviver, o que torna difícil a tarefa de combater essa dinâmica intolerável.

3.3 PERFIL DAS VÍTIMAS E ALICIADORES

A maioria das vítimas são mulheres entre 18 e 21 anos, com baixa escolaridade. É nesse contexto, que as vítimas são enganadas pelos aliciadores, com falsas promessas de empregos. E uma vez que aceitam e deixam o país, não conseguem mais voltar (REPÓRTER BRASIL, 2012). Algumas das vítimas já se prostituíam em seu país, e vão por contra própria, mas chegando ao país, essas mulheres são torturadas, agredidas e perdem a liberdade, e quando tentam voltar para casa são impedidas. Neste afim, Damásio E. de Jesus diz:

Em resumo, há dois perfis de mulheres traficadas: o da mulher que viaja a procura de um emprego com bom salário, mas que na verdade é enganada, pois o objetivo real da viagem é a exploração; e o da mulher que já estava inserida na prostituição antes mesmo de fazer a viagem ao exterior (2003, p. 129).

Os aliciadores costumam ser pessoas próximas às vítimas, alguém de confiança e que tenha um laço de afeição com a vítima, para facilitar a persuasão do aliciador, este também sabe tudo que fato acontece na vida da vítima. Esses aliciadores têm como características o alto poder de persuasão, geralmente bom nível de escolaridade e costumam aproveitar da situação de dificuldade econômica das vítimas com propostas de empregos atrativas (MENDES, 2015).

Conforme o Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)

Uma análise do sexo das pessoas relatadas como tendo sido investigadas ou presas, processadas e/ou condenadas por tráfico de pessoas mostra que a maioria dos traficantes continua sendo do sexo masculino. Estudos qualitativos mostram que as mulheres traficantes

são particularmente ativas na fase de recrutamento do tráfico de pessoas.

A Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes (PESTRAF), menciona sobre o perfil dos criminosos:

O perfil do aliciador está relacionado às exigências do mercado de tráfico para fins de exploração sexual, isto é, quem define o perfil do aliciador e da pessoa explorada pelo mercado do sexo, é a demanda, que se configuram através de critérios que estão relacionados a classes sociais, faixas etária, idade, sexo e cor (2002, p. 64).

Esses critérios de perfil das vítimas são importantes para os clientes que desejam saber como é a “mercadoria” antes de comprar, os aliciadores levam em consideração essas características antes de aliciar as vítimas. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) através de uma pesquisa descobriu como os aliciadores agiam na hora de coagir as vítimas,

Para que a operação criminosa seja bem sucedida, o traficante precisa manter controle sobre a vítima. O medo é uma das armas usadas para forçar sua submissão, o que é conseguido por meio de violência, tortura, estupro e intimidação. Além disso, as ameaças, que em muitos casos são apenas veladas, podem ser feitas a familiares e amigos das vítimas, que se vêm obrigadas a obedecer aos traficantes para proteger as pessoas que amam. Para tornar as possibilidades de fuga ainda menores, os traficantes confiscam os documentos da vítima e procuram desestimular tais planos contando histórias de violência policial, prisão e deportação (2006).

3.4 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

No século XIX, a preocupação com o crescente tráfico de escravas brancas, estimulou a criação do Acordo Internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas, em 1904, foi o primeiro instrumento internacional para tentar combater o tráfico de pessoas, porém ele só era válido na Europa, o que não era muito eficiente. Somente em 1910 ocorreu a Convenção Internacional para Supressão do Tráfico de Escravas Brancas, trazendo finalmente uma espécie de pena para os aliciadores. Adiante, temos a Convenção e Protocolo Final para a Supressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, de 1949, seu principal objetivo era a proibição da prostituição, já que ela estava intrinsecamente ligada à exploração sexual. Esse documento internacional foi o primeiro criado pela ONU. (JESUS, 2003)

Um marco importante foi a Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) que contribuiu para o entendimento de que o tráfico de pessoas é uma grave violação aos direitos humanos. E assim abrir os olhos do mundo para combater esse crime que coloca o ser humano no estado de coisa.

As Nações Unidas tiveram uma série de iniciativas voltadas para o combate ao tráfico de pessoas, dentre elas, é importante destacar o Protocolo de Palermo adicionado à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Esse protocolo foi incumbido de definir o conceito de tráfico de pessoas abrangendo suas complexidades, e é atualmente um dos conceitos mais aceitos.

Frisa-se que além dos objetivos de traços preventivo e punitivo (art.5º), este tem caráter social, pois busca a recuperação das vítimas (art.6º) (BRASIL, 2011).

O Protocolo de Palermo (2004) também determina alguns compromissos que os Estados- Partes devem cumprir para prevenir o tráfico de pessoas, como o melhoramento dos controles fronteiriços (art.11º), campanhas para difusão de informações, assim como fornecer instrumentos como programas, iniciativas sociais e econômicas para reduzir a pobreza e baixa escolaridade (art.9º), qualquer medida que vise à prevenção e combate da perpetração desse delito desumano.

Um órgão muito importante na cooperação para colocar um fim nesse delito, é o Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (UNODC), que foi outorga com intuito de julgar e punir o tráfico de pessoas, um de seus propósitos é implantar programas de controle de drogas, prevenção de diversos crimes cometidos na esfera internacional, abarcando também o tráfico de pessoas. Para mais, tal órgão ainda é encarregado de acompanhar os feitos dos Estados- Partes para impugnar todos esses crimes transnacionais. (BRASIL, 2011).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de pessoas não é um litígio contemporâneo que aflige o mundo, e ainda rende por ano milhões de dólares. É notável que esse crime está relacionado a fatores de gênero, já que as mulheres são as maiores vítimas, além, é claro, de fatores sociais ligados à baixa escolaridade e pobreza, constituindo para que sejam alvos fáceis para os aliciadores. Essas mulheres são submetidas a falsas promessas de empregos em países estrangeiros, e uma vez que aceitam não voltam mais para seus países. Segundo os dados apresentados a maior porcentagem das vítimas é destinada à exploração sexual.

Quanto ao perfil das vítimas, elas habitualmente são de classes baixas e não detêm de escolaridade, enquanto os aliciadores têm como características, o alto nível de

escolaridade, são carismáticos, persuasivos e algumas vezes pertencem ao ciclo social da vítima, facilitando sua ação. Esses criminosos agem através da coação e ameaça tanto à elas como a seus familiares, para que os mártires se submetam a tais atividades degradantes e não denunciem seus raptos, até mesmo nas poucas vezes que conseguem escapar, pois se sentem coagidas e amedrontadas.

Apesar dos vários instrumentos de combate ao contrabando de pessoas, ainda é uma tarefa difícil alcançar tamanho objetivo, haja vista, que para um combate realmente eficaz é necessário que questões sociais como desigualdade, falta de emprego e estudo sejam levadas em consideração, e as medidas necessárias para resolver o impasse de fato sejam atendidas pelos Estados.

REFERÊNCIAS

ARY, Thalita Carneiro. **O Tráfico de pessoas em três dimensões: evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. Brasília, 2009.

AUSSERER, Caroline. **Controle em nome da proteção: análise crítica dos discursos sobre o tráfico internacional de pessoas**. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Centro de Ciências Sociais da PUC-Rio, 2007. Disponível em: <https://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0510706_07_Indice.html> Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL. PLANALTO. **Protocolo de Palermo**. Brasília, 12 de março. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>; Acesso em 02 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Secretaria de Políticas para as Mulheres**. Tráfico de mulheres: Política Nacional de Enfrentamento. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/trafico-de-mulheres-politica-nacional-de-enfrentamento>>; Acesso em: 14 jan. 2024.

BRASIL. **Secretaria Nacional de Justiça. Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação; organização de Fernanda Alves dos Anjos**. 1.ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf> Acesso em: 20 jan. 2024.

DO BEM, A.S. **A Dialética do Turismo Sexual**. Campinas-SP, Editora Papyrus, 2005.

Disponível em:

<https://www.ucs.br/ucs/tplVSemintur%20/eventos/seminarios_semintur/semin_tur_5/trabalhos/arquivos/gt05-07.pdf> Acesso em: 14 fev. 2024.

JESUS, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças**. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCKESI, Cipriano et al. **Conduta na produção do conhecimento**. IN:- Fazer Universidade: uma proposta metodológica, 6º ed. São Paulo: Cortez, 1991, Cap.3, p.79-91.

MARINHO, Marcela Ferreira. **Turismo sexual: análise dos contextos acerca da teoria da Representação Social**. In: Seminário De Pesquisa em Turismo do Mercosul. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2008.

MENDES, Afonso. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual: o crime do século XXI**. Abr. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37821/trafico-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual-o-crime-do-seculo-xxi>> Acesso em: 10 fev. 2024.

OLIVEIRA, M.C.L. **O tráfico internacional de mulheres para fins de exploração sexual na tríplice fronteira: Brasil, Argentina e Paraguai**. Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/168554/Monografia%20a%20Maria%20Caroline.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 05 fev. 2024.

OIT. **Relatório sobre tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília: OIT, 2006. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordagem_direitos_humanos.pdf> Acesso em: 05 fev. 2024.

PESTRAF. **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil**, 2002.

QUAGLIA, Giovanni. **Desafios do Desenvolvimento. Revista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. 2007. Ano 4. Edição 36 - 10/10/2007. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=902:catid=28&Itemid=23> Acesso em 17 fev. 2024.

REPÓRTER BRASIL. **Tráfico de pessoas: mercado de gente**, 2012.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de Pessoas para Exploração Sexual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TORRES, H. A. **Tráfico de mulheres – Exploração sexual: liberdade à venda**. Brasília: Rossini Corrêa, 2012.

UNODC. **Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas 2018**. Publicação das Nações Unidas, Nº de venda E.19.IV.2, 2018. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/TiP_PT.pdf> Acesso em: 03 fev. 2024.

UNODC. **Global Report on Trafficking in Persons 2020**. United Nations publication, Sales No. E.20.IV.3. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf> Acesso em: 17 fev. 2024.

JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL: O STJ E A UTILIZAÇÃO DO ERESP N. 1.155.527/MG COMO PRECEDENTE NO DIREITO CIVIL

ANDRÉ LUIZ MANZO: Advogado. Mestrando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Especialista em Advocacia Corporativa pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP) e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ribeira (UNIVR)101

RESUMO: O presente artigo analisa a aplicação do REsp n. 1.155.527-MG como precedente na formação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pontuando o seu uso equivocado parametrizando processos no âmbito das relações civis, o que iria em desconformidade com o previsto na Constituição Federal de 1988. No caso concreto, o julgado cuida de relação contratual entre cliente e advogado para discutir questões de matéria trabalhista, enquanto serve como subterfúgio para a não aplicação correta do art. 389, 395 e 404 do Código Civil, no que se refere ao que foi gasto com os honorários contratuais do advogado para arbitramento como perdas e danos ou ressarcimento de prejuízo pela mora que a parte contrária deu causa. A reiteração da aplicação de precedente poderá ensejar incorreta jurisprudência sobre o assunto, que irá parametrizar a aplicação da lei nos casos futuros.

Palavras-chave: precedente; jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça; Recurso Especial.

ABSTRACT: This article analyzes the application of REsp n. 1,155,527-MG as a precedent in the formation of the jurisprudence of the Superior Court of Justice, punctuating its mistaken use by setting parameters in the scope of civil relations, which would go against the provisions of the 1988 Federal Constitution. of contractual relationship between client and lawyer to discuss labor issues, while serving as a subterfuge for the non-correct application of art. 389, 395 and 404 of the Civil Code, with regard to what was spent on the contractual attorney's fees for arbitration such as damages or compensation for damages for the delay caused by the opposing party. The reiteration of the application of precedent may give rise to incorrect jurisprudence on the subject, which will parameterize the application of the law in future cases.

Keywords: precedent; jurisprudence; Superior Court of Justice; Special Resource.

INTRODUÇÃO

A norma processual civil determina que os tribunais uniformizem suas jurisprudências, mantendo-as coerentes, integras e estáveis, conforme dispõe o art. 926. Os juízes e tribunais devem observar as decisões das instâncias superiores, bem como a orientação de órgão superior que estiverem vinculadas, conforme determina o art. 927. Um benefício muito evidente dessa uniformização seria maior segurança jurídica, aumentando a previsibilidade de entendimento sobre os fatos jurídicos e a interpretação das leis.

Apesar dos precedentes e da jurisprudência já estarem em constante uso pelos tribunais brasileiros, ainda parece que a atividade judiciária carece de maiores esforços. Não é compreensível e nem aceitável que os próprios tribunais que determinam a jurisprudência, bem como definam o precedente, possam se equivocar com o seu uso, visto a repercussão que possa causar em casos posteriores. Os §1º e 2º, do art. 926, do Código de Processo Civil, delimitam que os tribunais deverão editar sumulas correspondentes a jurisprudência dominante daquele tribunal, observando as circunstâncias fáticas dos precedentes.

O EREsp n. 1.155.527-MG tem sido utilizado como precedente em alguns julgados, entretanto de maneira equivocada, gerando a ideia de que o assunto está pacificado. Isso não seria um problema se o julgado realmente servisse para fundamentar decisões em casos concretos semelhantes, essa seria a lógica.

Todavia, o julgado tem sido utilizado para fundamentar casos concretos diversos, o que pode acabar influenciando as decisões das instâncias inferiores, assim como já influenciou as próprias decisões do Superior Tribunal de Justiça, o que não poderia ocorrer nos casos de contratos de honorários advocatícios advindo de inadimplemento contratual.

Existem três artigos do Código Civil que determina o ressarcimento pelo dispendido a título de contratação de advogado, sendo o art. 389, o art. 395 e o art. 404. Em nada os artigos citam serem cabíveis apenas nas cobranças extrajudiciais, tampouco servem para utilização contratual na esfera trabalhista, visto que possui regramento próprio.

Na primeira parte será abordado a jurisprudência no Brasil, partindo das concepções tradicionais sobre a sua utilização, trazendo seu conceito usual, bem como alguns pontos críticos que podem ocorrer com o seu uso.

Na segunda parte será demonstrado o que é o precedente e a sua utilização no Brasil, trazendo breves conceitos sobre os principais institutos que rodeiam o precedente e alguns argumentos dos benefícios de sua utilização.

Na terceira parte será analisado o julgado EREsp n. 1.155.527-MG e a sua aplicação como precedente judicial, bem como a sua utilização pelo Superior Tribunal de Justiça como parte integrante de sua jurisprudência para o emanar efeitos na esfera contratual do Direito Civil, visto que o julgado versa sobre questões de contrato de honorários advocatícios para demanda na esfera trabalhista.

Para identificar os julgados, foi realizada pesquisa de jurisprudência no site do Superior Tribunal de Justiça com o termo EREsp n. 1.155.527/MG, separando apenas os julgamentos colegiados, retornando oito resultados em que o referido termo é citado na ementa do acórdão.

1 A JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

A máxima de alçar um direito ideal e absoluto não é nova. O direito, sendo o cômputo da experiência com a práxis no tempo, é uma atividade absolutamente humana e não natural¹⁰². Essa evolução fez com que a lei, que é elaborada pelo Estado, submetesse o próprio Estado ao escrutínio judicial das normas por ele impostas, em contraponto aos tempos em que o monarca podia se desobrigar de aplicar a lei contra si¹⁰³.

A formação do Estado moderno e a sistematização das matrizes normativas caminharam paralelamente. A construção do direito positivo passa a ganhar maior importância por conta da complexidade das normas estatais, tendo a sistematicidade como traço da operabilidade da segurança jurídica, permitindo assim que a lei seja conhecida, interpretada e aplicada, baseando-se em critérios exigentes e específicos e não pela simples vontade do operador¹⁰⁴.

Nos sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, as concepções tradicionais implicavam o uso da lei escrita e extenso uso de jurisprudência no primeiro sistema e o uso de precedentes no segundo sistema, premissa que não mais existe, visto que os precedentes também foram adotados nos sistemas de *civil law*, assim como muitos

102 DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 26.

103 Ibid, p. 89.

104 LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Nuevo derecho, nuevos derechos**. Anuário de filosofia del derecho, 2016 (XXXII), pp. 15-36, ISSN:0518-0872. p. 19.

sistemas de *common law* utilizam inúmeros ordenamentos escritos¹⁰⁵. Ainda reside a concepção de que nos sistemas de *common law*, pelo uso dos precedentes, haveria maior respeito a jurisprudência e que nos países que utilizam a *civil law* não teria essa segurança jurídica, pelo fato do juiz ter total liberdade interpretativa da lei¹⁰⁶.

A jurisprudência comporta três funções: a função automática, referindo-se à aplicação da lei; a função criadora, pois ao preencherem a lacuna da lei acabam por criar novo regramento; e a função adaptativa, pois são mutáveis e ajustadas de acordo com as bases jurídicas, doutrinárias e sociais da época¹⁰⁷.

A utilização da jurisprudência no Brasil como auxílio supletório, isto é, para suprir a deficiência da lei, é bem antiga, fazendo parte da tradição jurídica. Na época da colônia, quando adstritos ao judiciário português, existia a figura dos assentos, que eram decisões referentes a interpretação do direito, inclusive com força de lei. Mesmo após a independência do país os assentos foram mantidos ainda com força de lei, conforme o Decreto n. 2.684/1875, competindo ao Superior Tribunal de Justiça a criação de outros assentos¹⁰⁸.

A CF/1891 tornou o Supremo Tribunal Federal instância suprema em relação as demais jurisdições, assim como o responsável pela uniformidade da jurisprudência pátria¹⁰⁹, com a incumbência de articular a uniformidade dessas jurisprudências com os demais órgãos de justiça de todo o país¹¹⁰. Competente para julgar os litígios entre os cidadãos de Estados diferentes, no art. 59, III, §2º, determina que a jurisprudência federal

105 TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Tradução Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e Andre Luis Monteiro. Revista de Processo, vol.199, p. 139-155, set. 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908212/mod_folder/content/0/TARUFFO-Precedentes-Repro-199.pdf. Acesso em 25 maio 2023. p. 1.

106 OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil**: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lênio ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coords.). *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação. p. 31-32.

107 NAST, Marcel APUD NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943. p. 645-646.

108 NUNES, op. cit., p. 647-648.

109 Ibid, 184.

110 Ibid., p. 208-209.

deveria ser observada nos casos de interpretação das leis federais pelas justiças dos Estados¹¹¹.

Também pode-se mencionar o art. 61 da recompilação do Direito Civil brasileiro de 1899, assim descrito: “Na interpretação e aplicação das leis devese-ha consultar a jurisprudencia, constituindo a praxe de estylo le julgar, as decisões dos arestos e a pratica geral o melhor interprete”¹¹². Ao menos até a virada do séc. 19 para o séc. 20, o Supremo Tribunal não conseguiu uniformizar a jurisprudência dos tribunais dos Estados¹¹³. Apesar disso, o pensamento jurisprudencial do Supremo à época do início da República recebeu grandes contribuições de Rui Barbosa em relação a inconstitucionalidade de uma lei no Congresso¹¹⁴.

O positivismo jurídico concebia a jurisprudência como atividade interpretativa do direito, com viés de reproduzir o próprio direito, explicando por meio do pensamento lógico-racional as normas jurídicas que já foram fornecidas¹¹⁵. A jurisprudência tem certo dinamismo por conta da sua possibilidade de adaptação as leis, aos novos contextos e a evolução doutrinária¹¹⁶. Ela pode corrigir um defeito da lei ou simplesmente conduzir para algo totalmente distante da destinação da norma, deturpando o seu sentido, com o julgador tratando a lei somente com um texto inerte, desprovido de profundidade, ou ainda como economia jurídica¹¹⁷.

A grosso modo, a jurisprudência é uma forma de interpretação do direito, realizada pelo juiz, decorrente da própria aplicação do direito¹¹⁸. É um conjunto de decisões prolatadas pelos tribunais sobre determinados temas, sendo necessário vários julgados sobre as questões relativas ao objeto em litígio. Pode resultar em inovações jurídicas através da construção do conceito, utilizando vários dispositivos que antes se interpretava de maneira isolada ou ainda isolando um dispositivo de um grupo que antes era

111 CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899. p. XLVII, p. 53. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/227295>. Acesso em: 19 mai. 2023.

112 Ibid., p. 145.

113 Ibid., p. VII, p. 13.

114 NUNES, op. cit., p. 168.

115 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 213.

116 NUNES, op. cit., p. 390.

117 CARVALHO, op. cit., p. II, p. 8.

118 BONINI, Roberto. **Doutrina**. In: BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. Trad. Carmen C., Varriale et al; coord. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1. ed, 1998. p. 382.

considerado somente pela leitura de todos¹¹⁹, integrando todo o sistema jurídico e tornando evidente os pontos das normas jurídicas postas pelo legislador¹²⁰.

Ainda continuamos com um sistema jurídico em que a fonte primária do direito é a lei, baseado na tradição romano-canônica. Por mais que o Código de Processo Civil tenha dispositivos que é enquadrado duvidosamente como direito jurisprudencial advindo do sistema do *common law*, o sistema de vinculação já existia em nosso ordenamento e somente foram reforçadas pelo CPC. Os arts. 926-928 devem ser percebidos como a vontade do legislador em requerer do Poder Judiciário maior previsibilidade de suas decisões e não como direito meramente jurisprudencial¹²¹, visto que a integridade e a coerência são princípios que emanam no direito produzido e servem como respeito ao direito fundamental do indivíduo, é o reconhecimento de que vigora certos padrões de entendimento em casos semelhantes¹²².

O legislador impôs ao judiciário que mantenham a estabilidade de sua jurisprudência, conforme o art. 926, devendo os juízes utilizarem exatamente esses critérios para fundamentar as suas decisões, dizendo o direito ou afastando-o¹²³.

Por ser um grupo de decisões, haveria a problemática sobre a jurisprudência ocorrendo obstáculos na identificação do que foi decidido e qual o seu real sentido¹²⁴, desencadeando contradições ou ambiguidades, ou ainda em diversas interpretações para a mesma questão jurídica, induzindo o pensamento que bastaria procurar pela jurisprudência até que uma se encaixe no problema exigido¹²⁵.

Apesar disso, essas divergências entre as decisões que versam sobre as mesmas matérias de fato e de direito demonstram que o juiz não fica submisso as normas legais,

119 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 168.

120 BOBBIO, op. cit., p. 215.

121 OLIVEIRA, op. cit., p. 31.

122 STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: STRECK, Lênio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coords.). *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação. p. 101-103.

123 Ibid., p. 101-102.

124 FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 83.

125 TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**. 1. Ed. Nuevo León: Consejo de la Judicatura de Estado de Nuevo León, 2018. p. 9.

ao interpretar esses textos, o juiz detém autonomia para versar no caso concreto uma escolha normativa, visando preencher a lacuna na lei¹²⁶.

Essa problemática das contradições na jurisprudência não ocorre nos sistemas que se fundam com base no uso do precedente, surgindo somente em casos singulares. Entretanto, em se tratando de julgamentos nas cortes superiores, não é comparável o número de sentenças prolatadas pela Corte Suprema dos Estados Unidos ou pela Suprema Corte do Reino Unido, sendo 200 sentenças pela corte americana e a metade pela corte inglesa¹²⁷, totalmente diverso do que ocorre no Brasil, com o STF tendo exarado 12.632 decisões colegiadas¹²⁸.

2 OS PRECEDENTES E O SEU USO NO BRASIL

O uso dos precedentes e as discussões sobre o seu papel são bem antigos, remontando ao período bizantino com Justiniano se opondo aos juízes de usarem decisões anteriores, visto prejudica-lo na elaboração das leis¹²⁹.

A utilização do precedente assegura a estabilidade e a práxis de seu uso posterior favorece a segurança jurídica paralelamente a confiabilidade na decisão judicial¹³⁰. A busca pela eficiência pode se dar de diversas formas, seja por conta da eficácia vinculante de uma jurisprudência ou pela padronização da interpretação do Direito com a sua consequente aplicação, com uso de precedentes uniformizados pelas cortes superiores. A efetividade é um ponto considerável sobre o uso dos precedentes, visto que influencia diretamente na decisão de casos posteriores¹³¹.

O precedente é uma doutrina com base no *common law* da Inglaterra em que se utiliza as decisões judiciais de caso anterior para se decidir em casos semelhantes posteriores, utilizando-se fundamentos e parâmetros da decisão anterior¹³². Igualmente usado nos Estados Unidos, a doutrina é denominada de *stare decisis*, entretanto, por conta

126 REALE, op. cit., p. 168.

127 TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**, op. cit, p. 3.

128 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministra Rosa Weber encerra o ano com esperança de mais tolerância e respeito**. STF, 19 DEZ. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499326&ori=1>. Acesso em: 30 abr. 2023.

129 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 194-195.

130 ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 260.

131 TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**. op. cit, p. 5-7.

132 TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 106.

de seu federalismo e as grandes diferenças entre os Estados-membros, não é tão rigoroso como no sistema inglês¹³³.

Embora a Inglaterra e os Estados Unidos fizessem largo uso do precedente e da *stare decisis*, não são comandos constitucionais e sim modelos que os próprios tribunais utilizam de modo a evitar instabilidades em seus sistemas judiciais¹³⁴.

Apesar do senso comum de que o uso dos precedentes no direito brasileiro é uma inovação do período republicano, ou ainda como uma importação pelo direito comparado da tradição do *common law*, é certo que os juristas oitocentistas brasileiros já refletiam sobre a temática de quais funções os precedentes judiciais exerciam no sistema jurídico, sendo considerado, assim como a jurisprudência, uma importante fonte do direito¹³⁵, tendo em vista que vinham da tradição do Direito Português e do regime que antes vigia no Brasil colônia, que eram característicos desse sistema jurídico¹³⁶.

Na época do Brasil colônia, era utilizado dois institutos, os assentos, já citado anteriormente, e as façanhas, com a característica de que possuíam caráter vinculante. Quando o Brasil deixou de ser colônia e instituiu um regime monárquico constitucional em 1824, sofreu fortes influências de aspiração francesa da escola da exegese, com o Poder Judiciário aplicando ao caso concreto apenas o Direito legislado. Com a instauração do Brasil-República e a Constituição de 1891, o entendimento era de que os juízes inferiores não poderiam ser vinculados aos precedentes das cortes superiores e nem de suas próprias decisões, visto que isso retiraria a liberdade individual de interpretar a lei no caso concreto. Apesar dos esforços para que o sistema processual passasse a adotar o modelo da *stare decisis*, ou seja, da eficácia vinculante, tentou-se corrigir esse déficit com a CF/1934, quando se atribuiu ao Senado a competência exclusiva para suspender a execução das decisões do Supremo Tribunal Federal que declarassem a inconstitucionalidade de lei, ato, regulamento ou deliberação emanadas pelo legislativo, assim como nas decisões em controle difuso, conferia a eficácia erga omnes¹³⁷.

133 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 40.

134 BARBOZA, op. cit., p. 28.

135 DIDDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez. 2015. p. 107.

136 THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 120.

137 Ibid., p. 120-136.

Na época do Estado Novo, ainda era rechaçada a ideia do uso de precedentes pelo sistema jurídico brasileiro, sendo considerado precário, visto o pensamento da época ser no sentido de que o juiz ainda era o incumbido de interpretar e executar a lei, por não serem fórmulas matemáticas determinantes, possuindo vagueza e indeterminação nos conceitos escritos nos textos legais¹³⁸.

Após o advento da CF/1946 e a EC n. 16/1965, com decisão do Supremo Tribunal Federal em uma consulta realizada pelo Senado Federal, o STF passa a entender que nas decisões prolatadas em sede de controle abstrato das normas são dotadas, automaticamente, de eficácia erga omnes. Com a Constituição Federal de 1988 e a EC n. 03/1993, atribui expressamente a eficácia vinculante nas decisões prolatadas nas ações declaratórias de constitucionalidade. A EC n. 45/2004 introduz o instituto das sumulas vinculantes (art. 103-A), da eficácia contra todos e efeito vinculante na ação declaratória de constitucionalidade e na ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, §2º), assim como a imposição da demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário (art. 102, §3º), o que fortalece a expansão da eficácia das decisões judiciais e seu efeito vinculante nos demais tribunais¹³⁹.

Na ordem infraconstitucional, outro movimento que também promoveu a tendência de conferir eficácia vinculante aos precedentes judiciais, ao menos de maneira alusiva, foi a criação da súmula pelo STF por emenda regimental em 30.08.1963, com a aprovação das 370 primeiras sumulas passando a vigorar em 1964. A sumula era uma síntese de jurisprudência resultante da interpretação da norma da lei feita pelo Supremo Tribunal como método de trabalho. Evidente que encontrou certa resistência em seus primórdios, muito pelo falso pensamento de engessamento ao se usar a sumula, como se fosse conteúdo dogmático e ganhando até o apelido de túmulo. Já em 1974, o STF cria a Súmula da Jurisprudência Predominante, como forma de estabilizar a jurisprudência preponderante¹⁴⁰.

Posteriormente, a Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar n. 35/1979, conferiu ao relator do recurso no extinto Tribunal Federal de Recursos, poderes para denegar seguimento as ações contrárias às suas sumulas ou do STF. Igualmente ocorreu com o advento da Lei n. 8.038/1990 no âmbito do STF e do STJ¹⁴¹.

138 V. nota de rodapé. NUNES, op. cit., p. 644-645.

139 THAMAY, op. cit., p. 120-136.

140 LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. *Revista De Direito Administrativo*, 145, 1–20, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387>. Acesso em 17 mai. 2023. passim.

141 THAMAY, op. cit., p. 120-136.

No precedente, o juiz é elevado ao patamar de protagonista do fio condutor da fabricação do Direito. Tem como base as decisões judiciais anteriores de casos concretos parametrizando as decisões judiciais seguintes, pois as decisões anteriores são vistas como representativas do Direito. Busca-se com a aplicação do conhecido das decisões anteriores e por intermédio dos precedentes judiciais o trinômio cognoscibilidade, previsibilidade e confiabilidade necessários para a estabilidade e a segurança jurídica, elevando a racionalidade do sistema judicial inglês¹⁴². Também deve-se atentar que nem o sistema de precedentes e nem o nível de estabilidade das decisões baseadas em precedentes detêm a mesmo nível nos países de tradição da *common law*¹⁴³.

Quando se usa o precedente na argumentação jurídica, observa-se que as normas gerais e conceitos que serão empregados como justificativa no caso A também deverão ser empregados no caso B, nas questões semelhantes normativamente relevantes que serviram de fundamentação para a elucidação e tomada da decisão no caso A¹⁴⁴.

Em relação ao modo e a eficácia em que se opera os precedentes normativos, existem alguns modos de capturar a norma que orientará os próximos casos. A *ratio decidendi* corresponde a uma interpretação do que o tribunal decidiu. É a identificação dos fundamentos centrais e imprescindíveis da decisão judicial, dependente de exames dos fundamentos relevantes, das questões de direito levantadas e como o tribunal enfrenta essas questões. Nesse último quesito, será necessário ler todos os votos, não somente o do relator, para a necessária extração da *ratio decidendi*¹⁴⁵.

A noção de *obiter dictum* pode ser entendida como tudo aquilo que não teve o seu enquadramento como *ratio decidendi*, valendo apenas como reforço de convencimento, portanto, não possuem parte vinculante em um precedente judicial¹⁴⁶, ou seja, são considerações ou argumentos que não são relevantes para que ocorra a resolução da decisão¹⁴⁷.

O *distinguish* é a avaliação em caso concreto semelhante, mas sutilmente diferente, que enseja outro posicionamento e não o da aplicação do precedente suscitado.

142 Ibid., p. 25-28.

143 Ibid., p. 120-135.

144 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 275.

145 MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais**: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. Universitas JUS, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015, passim.

146 BUSTAMANTE, op. cit., p. 276.

147 TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**, op. cit., p. 10.

Essa distinção é importante, visto que a aplicação de precedente em caso semelhante, porém diferente, pode suscitar em quebra de normas e valores fundamentais que não se aplicavam na situação anterior que criou o precedente¹⁴⁸, ou seja, não se faz a verificação da qualidade da decisão e sim a constatação de que aquela decisão não é a mais correta para ser aplicada no caso atual¹⁴⁹

Não existe somente a técnica do *distinguishing* para que o juiz deixe de aplicar o precedente, os juízes ingleses possuem outras técnicas que dão suporte para a sua não utilização¹⁵⁰, como o *overruling*, quando o precedente é superado e revogado, sendo substituído por nova decisão, em que o Tribunal deve negar o precedente a ser superado para confirmação do direito¹⁵¹.

No sistema do *common law* norte americano, a superação do precedente é considerada um fenômeno normal, muito em razão da estrutura rígida para a mudança da Constituição daquele país¹⁵². No modelo brasileiro, o único tribunal que não está adstrito aos efeitos constitucionais vinculantes é o STF, conforme a EC n. 45/2004, podendo o revisar o seu posicionamento superando a decisão anteriormente adotada¹⁵³, ou apenas ignorando-a, sem a necessidade de se fazer a distinção¹⁵⁴.

O precedente comporta duas dimensões: a vertical, que é aquela em que o precedente firmado deverá ser uniformizado com os precedentes dos tribunais superiores, vez que as decisões dos tribunais superiores influenciam diretamente nas decisões das instâncias inferiores. A outra dimensão seria a horizontal, também conhecido como autoprecedente, cujo juiz posterior se refere ao próprio precedente, o que na prática não é considerado como efeito precedente¹⁵⁵.

Essa diferenciação é aplicada em sistemas judiciais no qual o controle constitucional é generalizado em que todos os juízes podem fazer o controle de constitucionalidade, tendo a última palavra a Suprema Corte, como ocorre no Brasil. Diferentemente ocorre em sistemas em que o controle constitucional é feito de maneira autônoma e centralizada, com a Suprema Corte não fazendo parte do sistema ordinário

148 MELLO, op. cit., passim.

149 BARBOZA, op. cit., p. 228.

150 TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**, op. cit., p. 12.

151 BARBOZA, op. cit, p. 229-230.

152 TAVARES, op. cit., p. 108.

153 Ibid., p. 126.

154 BARBOZA, op. cit., p. 215.

155 TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**. 1op. cit., p. 15-18.

judicial, como no caso dos sistemas italiano ou espanhol, existindo a diferenciação entre o tribunal de recursos e o tribunal constitucional¹⁵⁶.

Uma lógica para o uso dos precedentes é dar maior segurança jurídica com a uniformidade e a previsibilidade das decisões judiciais, juntamente com as diretrizes interpretativas que as compõem¹⁵⁷, não sendo lógico a aplicação diversa de entendimento em casos iguais¹⁵⁸. A aplicação do precedente é um excelente instrumento para a garantia da concreção de significativos valores fundamentais ao sistema jurídico¹⁵⁹. Engana-se, porém, achar que um país com tradição no sistema do *common law* é mais seguro juridicamente e que os seus precedentes seriam aplicados automaticamente ou com ausência de interpretação, quase como uma atividade mecânica¹⁶⁰.

Um critério confiável para fundamentar a técnica do precedente judicial seria o da universalizabilidade, pois tem critério seguro para corrigir a norma, sendo necessário a justificabilidade pelo argumento, sendo também o princípio do qual se exige o tratamento semelhante de casos iguais¹⁶¹.

O precedente não possui efeito vinculante e sim uma espécie de efeito persuasivo de diversos níveis, o qual dependerá de vários fatores, como a organização do sistema jurídico, a atuação dos tribunais superiores, a valoração da argumentação que se dá ao precedente, entre outras. Isso significa que o juiz não se submete ao precedente, mas terá que argumentar de maneira adequada motivando a sua não utilização¹⁶².

No sistema italiano de precedentes judiciais, a *ratio decidendi* tem apenas força persuasiva sem eficácia vinculante, ou seja, é a mesma eficácia que uma *obiter dictum* teria nos sistemas do *common law*, não possuindo uma diferenciação e sim os dois institutos da mesma eficácia persuasiva. Logicamente, com todo o avanço das teorias dos

¹⁵⁶ Ibid., p. 19-20.

¹⁵⁷ Ibid., p. 5-7.

¹⁵⁸ VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 17.

¹⁵⁹ TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**. op. cit, p. 7.

¹⁶⁰ OLIVEIRA, op. cit., p. 31.

¹⁶¹ ALEXY, op. cit., p. 259.

¹⁶² TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**. op. cit, p. 29-31.

precedentes em países de sistema *civil law*, há, cada vez mais, o reconhecimento do efeito vinculante dos precedentes sobre a jurisprudência de suas cortes constitucionais¹⁶³.

A tradição jurídica brasileira possui um sistema vinculante, imposto pelo legislativo, que surtem efeitos parecidos com efeitos das leis, muito mais do que o sistema de precedentes utilizados em países de tradição do *common law*¹⁶⁴, visto que o sistema jurídico brasileiro não é baseado no modelo puro de precedentes, mas sim em “um sistema brasileiro de precedentes que, de fato, estrutura-se para a uniformização de posições jurisprudenciais¹⁶⁵”.

Entre os positivistas, há o consenso que o juiz anterior vinculará os posteriores, fazendo lei para os subsequentes¹⁶⁶. Muitas das concepções sobre o elemento vinculante dos precedentes judiciais tentam determinar que existe somente um fundamento, que é baseado na autoridade do juiz para criar o Direito e não em tentar descobri-lo¹⁶⁷.

Entretanto, é falso afirmar que o precedente judicial deverá ser observado somente por conta da autoridade da qual dispõe o juiz que exarou a decisão vinculante, se obedece ao precedente por conta de toda uma estrutura comportamental exigida por uma norma, ou seja, a submissão ao precedente é a mesma submissão que se tem à lei¹⁶⁸.

O CPC/2015, ao reconhecer a importância dos precedentes e impor o dever aos tribunais de uniformização da jurisprudência não seria uma ruptura com o passado criando um novo paradigma. Apesar de até o advento do CPC a lei ter conferido apenas um caráter persuasivo dos precedentes, impõe-se nova iniciativa para o estabelecimento de um sistema de precedentes com efeitos vinculantes¹⁶⁹, como os casos de repercussão geral, recursos repetitivos, resolução de demandas repetitivas¹⁷⁰.

3 DA UTILIZAÇÃO DA ERESP N. 1.155.527-MG COMO PRECEDENTE NO DIREITO PRIVADO

Existe uma divergência jurisprudencial entre as seções do Superior Tribunal de Justiça em relação a aplicabilidade referentes aos honorários contratuais gasto com a

163 BUSTAMANTE, op. cit., p. 276-277.

164 STRECK, op. cit., p. 55-56.

165 THAMAY, op. cit., p. 68.

166 BUSTAMANTE, op. cit., p. 261.

167 Ibid., p. 263.

168 Ibid., p. 267.

169 THAMAY, op. cit., p. 120-135.

170 THAMAY, op. cit., p. 67.

contratação de advogado para o ajuizamento da ação judicial., descritos no art. 389, 395 e 404, do CC.

Muitos julgados tem se utilizado de um acórdão prolatado pela Segunda Seção do STJ, o EREsp n. 1.155.527-MG171, como fundamentação nesse tipo de pretensão. Entretanto, tal julgado não poderia ser utilizado na esfera cível, por incompetência de matéria, pois se refere a tese de utilização subsidiária do Código Civil aos contratos oriundos de questões trabalhistas, no que tange ao contrato de honorários de advogado para o ajuizamento de ação e se a parte vencida fica obrigada a restituir integralmente o valor gasto na contratação do causídico à título de perdas e danos, conforme o art. 389 e art. 404 do diploma civil:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO DO RECLAMANTE, COBRADOS AO RECLAMADO PARA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA JULGADA PROCEDENTE. 1) COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, A DESPEITO DE ORIENTAÇÃO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004, MAS EMBARGOS CONHECIDOS DADA A PECULIARIDADE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA; 2) INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR, NO ÂMBITO GERAL DO DIREITO COMUM, RESSALVADA INTERPRETAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO; 3) IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO JULGADO PARADIGMA; 4) EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA IMPROVIDOS.

1.- Embora, após a Emenda Constitucional 45/2004, competente a Justiça do Trabalho para dirimir questões atinentes a cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratuais despendidos pelo Reclamante para a reclamação trabalhista, conhece-se dos presentes Embargos de Divergência, porque somente ao próprio Superior Tribunal de Justiça compete dirimir divergência entre suas próprias Turmas.

2.- No âmbito da Justiça comum, impossível superar a orientação já antes firmada por este Tribunal, no sentido do descabimento da

171 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Embargos de divergência em REsp nº 1.155.527 – MG. Embargante: Marcos Moreira de Abreu. Embargado: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Sidnei Beneti, julgado em 13 de junho de 2012. Publicado em: 28 de junho de 2012. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=201101361434>. Acesso em: 26 abr. 2023

cobrança ao Reclamado de honorários advocatícios contratados pelo Reclamante: para a Reclamação Trabalhista, porque o contrário significaria o reconhecimento da sucumbência por via oblíqua e poderia levar a julgamentos contraditórios a respeito do mesmo fato do patrocínio advocatício na Justiça do Trabalho.

3.- Manutenção do Acórdão Embargado, que julgou improcedente ação de cobrança de honorários contratuais ao Reclamado, a despeito da subsistência do julgamento paradigma em sentido diverso, pois não sujeito à devolução recursal nestes Embargos de Divergência.

4.- Embargos de Divergência improvidos.

O relator do acórdão pondera que a Justiça do Trabalho é competente para julgar todos os litígios resultantes das questões trabalhistas, inclusive, também é de competência da Justiça do Trabalho o julgamento de outras controvérsias oriundas dessa relação, na forma da lei, conforme o art. 114, inciso IX da Constituição Federal de 1988, logo, não poderá a Justiça Comum enfrentar essas questões, visto que isso poderia desestabilizar a segurança jurídica, ocorrendo a duplicação de inúmeras demandas. Sob a ótica trabalhista, existe extrema conexão entre a sucumbência trabalhista com os próprios honorários contratuais, tornando indissociáveis. No âmbito da Justiça do Trabalho é facultativa a contratação de advogado, por isso não se vislumbra fundamentos suficientes para que, no âmbito da Justiça Comum ocorra alguma forma de ilicitude capaz de ensejar a indenização por danos materiais 172.

Essa questão da competência perante a matéria fica bem evidente no voto do relator. O trecho final do art. 114, inciso IX da Constituição impõe que se utilize a lei para parametrizar quais tipos de relações serão de competência da Justiça do Trabalho, e a lei que delimita sobre as relações trabalhistas é o Decreto-Lei n. 5.452/1943, a Consolidação das Leis do Trabalho.

A própria Constituição Federal de 1988 separa as matérias de direito, conforme leitura do art. 22 do texto, tendo, inclusive, Tribunais especializados nessas matérias, como

172 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Embargos de divergência em REsp nº 1.155.527 – MG**. Embargante: Marcos Moreira de Abreu. Embargado: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Sidnei Beneti, julgado em 13 de junho de 2012. Publicado em: 28 de junho de 2012. p. 8. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1890112_2&num_registro=201101361434&data=20120628&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 26 abr. 2023.

no caso do Tribunal Superior do Trabalho, não havendo hierarquia recursal entre os tribunais¹⁷³.

Apesar de acompanhar o relator, o voto-vista diferiu em parte na fundamentação, caso fosse possível a discussão do ressarcimento dos honorários contratuais trabalhistas, também deveria ser reconhecido, por simetria, o dever de indenizar a parte contrária no caso de improcedência da demanda trabalhista¹⁷⁴, o que aumentaria o ônus do reclamante perdedor com as verbas de sucumbência.

Inclusive, a Terceira Turma Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, já declarou que é incabível a condenação do reclamado para o ressarcimento do que foi gasto a título de danos materiais pela contratação de advogado para o ajuizamento de ação trabalhista, pois não se permite a aplicação subsidiária do art. 389 e 404 do Código Civil, sendo que o regramento sobre honorários do advogado na seara trabalhista está descrito expressamente no art. 791-A da CLT¹⁷⁵.

A divergência ocorre quando se tenta fundamentar as relações negociais civis com o julgado EREsp n. 1.155.527-MG, o que não seria possível, visto que a matéria do julgado é sobre questões advindas do Direito do Trabalho. O STJ possui 33 ministros, que são divididos em três seções, cada qual com competência para o conhecimento de determinadas matérias. Essas seções são responsáveis pelos julgamentos dos recursos repetitivos, sendo a Segunda Seção a competente para o julgamento de questões sobre Direito Privado¹⁷⁶.

173 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 581.

174 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Embargos de divergência em REsp nº 1.155.527 – MG**. Embargante: Marcos Moreira de Abreu. Embargado: Banco do Brasil S/A. Voto-Vista: Min. Nancy Andrighi, 28 de junho de 2012. p. 8. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22821027&num_registro=201101361434&data=20120628&tipo=3&formato=PDF. Acesso em: 26 abr. 2023.

175 BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho (3. Turma). Agravo de instrumento em Recurso de Revista ARR-188-86.2018.5.08.0107. Agravante: VALE S/A. Agravado: Grimario Jose de Miranda. Relator: Min. Alberto Bastos Balazeiro, 24 de março de 2023. Disponível em: <https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numProcInt=301092&dtaPublicacaoStr=24/03/2023%2007:00:00&nia=8080796>. Acesso em: 30 abr. 2023.

176 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Composição**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao>. Acesso em: 01 maio 2023.

O EREsp n. 1.155.527-MG foi utilizado como precedente no caso do AgInt no AREsp 1.332.170-SP177:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DA PARTE VITORIOSA À CONDENÇÃO DA SUCUMBENTE AOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS DESPENDIDOS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL E DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ. DANO MORAL. NÃO INCIDÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A Corte Especial e a Segunda Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. Precedentes: EREsp. 1.507.864/RS, Relatora Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/4/2016, DJe 11/5/2016 e EREsp 1.155.527/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/6/2012, DJe 28/6/2012).

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula 7/STJ).

3. Agravo interno a que se nega provimento.

O caso em tela versa sobre o ressarcimento dos honorários contratuais gastos com a contratação de advogado, visando a recuperação de repetição em dobro do indébito, o qual foi julgado improcedente. No voto, foi utilizado como fundamentação a ementa do EREsp n. 1.155.527-MG, entretanto, conforme já exposto, esse julgado trata de matéria no âmbito do Direito do Trabalho, não servindo para fundamentação no caso em tela.

No AgInt no AgInt nos EDcl no AREsp 2.016.940-SP178:

177 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial AgInt no AREsp n. 1.332.170-SP. Agravantes: Rinaldo Jose Marcelino Gonçalves e Rinaldo Jose Marcelino Gonçalves – Microempresa. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 14 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89740697&num_registro=201801835998&data=20190214&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 29 abr. 2023.

178 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 2.016.940-SP. Agravante: Fundação dos Economistas Federais FUNCEF. Agravada: Andre Lucia Batochio. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze, 11 de maio de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202103469465. Acesso em: 19 jun. 2023.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. ART. 1.022 DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SUFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. HONORÁRIOS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA EM CASO DE AUTUAÇÃO EM JUÍZO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. A alegação de negativa de prestação jurisdicional não ficou configurada, tendo em vista que o Tribunal de origem se manifestou, no julgamento da apelação, sobre os pontos principais da demanda - inclusive quanto à impossibilidade da pretendida inclusão dos honorários, ainda que tenha decidido em sentido contrário à pretensão da recorrente. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

2. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. Precedente: EREsp 1.155.527/MG, Relator o Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 13/6/2012, DJe 28/6/2012.

3. Agravo interno improvido.

No AgInt no AREsp n. 2.029.736-DF179 cita que o final do caput do art. 395, do CC, se refere a valores para o pagamento de advogado quando for realizado cobrança pelos meios extrajudiciais, baseando-se no voto vista do EREsp n. 1.155.527-MG, mesmo argumento utilizado no AgInt no AREsp 2.028.468-DF180.

179 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.029.736-DF. Agravante: Fundação dos Economiários Federais FUNCEF. Agravado Silvio Cesar Alves Nascimento. Relator Min. Moura Ribeiro, 29 de junho de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202103717093. Acesso em: 19 jun. 2023.

180 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2.028.468-DF. Agravante: Fundação dos Economiários Federais FUNCEF. Agravado Marcos Wilson Costa Bezerra. Relator Min. Moura Ribeiro, 29 de junho de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202103683285. Acesso em: 19 jun. 2023.

No AgInt no REsp 1.675.580-MA181, AgInt no REsp 1.576.903-SP182 e no AgRg no REsp 1.533.892-SP183 padecem da mesma questão, de citar o EREsp n. 1.155.527-MG para fundamentar questões de contratos cíveis, sem nenhuma pretensão trabalhista.

Por isso a importância da hermenêutica de interpretação, a objetividade somente é alcançada nas questões judiciais a partir da fundamentação¹⁸⁴. É importante que o advogado examine as jurisprudências que utiliza, bem como dos julgados de seus processos, visto que equívocos acontecem, mesmo nos tribunais superiores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advogado deve se atentar em relação ao uso indiscriminado de jurisprudência, principalmente quando a ementa possua certa correspondência com o caso concreto tratado, sem a leitura de todos os votos do julgado. Também deverá se atentar a falsa ideia de pacificação de jurisprudência, quando não for realizada de maneira expressa e inequívoca. Se o judiciário reclama que há demasiado excesso de litigância no país, o mesmo contribui para que tal cenário aconteça, visto que sai mais barato para o devedor esperar a notificação judicial do que o pagamento voluntário de uma cobrança extrajudicial, para que não precise pagar honorários do advogado previsto em contrato.

Nos muitos dos julgados que utilizam o EREsp n. 1.155.527-MG como precedente para julgar questões relativas ao Direito Civil, deverá o articulador a redobrar a sua atenção, visto que a maioria dos julgados sobre o assunto não serviriam para fundamentar as questões relativas à contratação de advogado para a cobrança de inadimplemento contratual, por exemplo.

181 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1.675.580-MA. Agravantes: Antonia Ribeiro Miranda. Agravado: Banco ItauLeasing S/A. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 04 de dezembro de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201701290773. Acesso em: 19 jun. 2023.

182 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1.576.903-SP. Recorrente: Cristiane Aparecida Gregorini Gonçalves. Recorrido: Liberty Seguros S/A. Relator: Min. Marcos Buzzi, 29 de novembro de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201600009085. Acesso em: 19 jun. 2023.

183 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 1.533.892-SP. Agravante: Cleuzelina Matta Fagundes da Cruz e Celso Galardinovic. Agravado: Leandro Medeiros dos Santos. Relator Min. Moura Ribeiro, 10 de junho de 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201501148666. Acesso em: 19 jun. 2023.

184 OLIVEIRA, op. cit., p. 57.

Deve-se ter cautela, visto que existem vários tipos de responsabilidades com suas questões já intrínsecas. Por exemplo, um contrato que não foi cumprido, quando presentes todos os requisitos exigidos em lei, têm força executiva. Quando presente a paridade contratual entre as partes, não é lógico que o inadimplemento contratual não seja ressarcido por tudo que o credor dispendeu para perseguir o seu crédito.

Se a obrigação não é cumprida, o devedor responde por perdas e danos e aos honorários do advogado da outra parte, isso está no art. 389 e no art. 404, assim como o devedor responde pela mora a que der causa, conforme o art. 395, do CC. Se estiver estipulado em contrato deve ser a regra. Em nada esses artigos se referem que as custas dos honorários do advogado são somente para cobranças extrajudiciais, se a lei quisesse, assim estaria em seu texto. Podemos citar o caso da mora, no art. 397, parágrafo único, podendo constituí-la mediante interpelação tanto judicial como pela extrajudicial.

Se o judiciário entender que tais artigos somete se aplicam em cobranças extrajudiciais, sairá mais vantajoso para o devedor esperar a cobrança pela via judicial. Caso o título esteja apto a seguir pela via executiva, que é a mais célere, por consequência do §1º, do art. 523, do CPC, basta pagar dentro do prazo de 15 dias após a intimação judicial para que os finais dos caputs dos arts. 389, 395 e 404, do CC, quando estipulados nos contratos, se tornem ineficazes.

O EREsp n. 1.155.527-MG não pode servir de fundamentação para questões cíveis, somente para afirmar a competência da Justiça do Trabalho no julgamento de matéria reservada a sua competência, como foi exposto pelo voto do Min. Relator. A responsabilidade civil negocial sobre a indenização por perdas e danos ou o ressarcimento de prejuízo pela mora que a parte contrária deu causa ainda está em discussão no âmbito da Segunda Seção do STJ, sem que se tenha uma pacificação sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política. Trad. Carmen C., Varriale et al; coord. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1. ed, 1998.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Publiesi, Edson Bini, Carlos. E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Embargos de divergência em REsp nº 1.155.527 – MG**. Embargante: Marcos Moreira de Abreu. Embargado: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Sidnei Beneti, julgado em 13 de junho de 2012. Publicado em: 28 de junho de 2012. p. 8. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201101361434. Acesso em: 26 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Composição**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao>. Acesso em: 01 maio 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ministra Rosa Weber encerra o ano com esperança de mais tolerância e respeito**. STF, 19 DEZ. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499326&ori=1>. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. **Agravo de instrumento em Recurso de Revista ARR-188-86.2018.5.08.0107**. Agravante: VALE S/A. Agravado: Grimario Jose de Miranda. Relator: Min. Alberto Bastos Balazeiro, 24 de março de 2023. Disponível em: <https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numeroProcInt=301092&dtaPublicacaoStr=24/03/2023%2007:00:00&nia=8080796>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CARVALHO, Carlos Augusto de. **Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899**. Rio de Janeiro: Livraria de Francisco Alves, 1899. p. XLVII, p. 53. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/227295>. Acesso em: 19 mai. 2023.

DIDDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro**. Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, jul-dez. 2015.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional**: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Passado e futuro da súmula do STF**. Revista De Direito Administrativo, 145, 1–20, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v145.1981.43387>. Acesso em 17 mai. 2023.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Nuevo derecho, nuevos derechos**. Anuário de filosofia del derecho, 2016 (XXXII), pp. 15-36, ISSN:0518-0872.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **O Supremo e os precedentes constitucionais**: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas JUS*, v. 26, n. 2, p. 41-53, 2015.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (coords.). **Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil**: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARUFFO, Michele. **Aspectos del precedente judicial**. 1. Ed. Nuevo León: Consejo de la Judicatura de Estado de Nuevo León, 2018.

_____. **Precedente e jurisprudência**. Tradução Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e Andre Luis Monteiro. *Revista de Processo*, vol.199, p. 139-155, set. 2011. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908212/mod_folder/content/0/TARUFFO-Precedentes-Repro-199.pdf. Acesso em 25 maio 2023.

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

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

THAMAY, Rennan; JUNIOR, Vanderlei G.; JR., Clóvis Smith F. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598469/>. Acesso em: 24 jun. 2023.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO ACERCA DOS DANOS PSÍQUICOS EM DECISÕES

MARIA MADALENA DOS SANTOS SILVA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA¹⁸⁵.

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA ^[1]

(orientador)

RESUMO: A sociedade atual se depara com o maior índice de agravo de saúde mental em escala global. Estudos demonstram a capacidade do atual cenário veloz em provocar os casos de doenças psicológicas. Sob essa perspectiva, surge a necessidade de reparação de eventuais violações causadas aos direitos de cada pessoa, matéria desenvolvida pelo diploma civil. É de fundamental relevância social e jurídica, uma vez que a pífia exploração acerca da temática traz prejuízos às partes que necessitam da tutela jurisdicional para satisfação do seu direito proporcional ao dano sofrido. A relevância é fundamental, uma vez que a escassa discussão acerca da temática traz prejuízos as partes que necessitam da tutela jurisdicional. Face a este cenário, surge a problemática acerca do tema, a aplicabilidade da Responsabilidade Civil nos casos de configuração de danos psíquicos na lide processual, na qual assumirá a abordagem qualitativa científica, busca uma maior compreensão do tema, assim como, no que se referem aos objetivos, trata-se de pesquisa descritiva uma vez que almeja apresentar o objeto de estudo e, por fim, vale mencionar que se trata de pesquisa bibliográfica, em virtude de realizar levantamentos em livros, artigos, dissertações e documentos, em razão da análise de jurisprudências acerca do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Dignidade da Pessoa Humana e Danos Psíquicos.

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de Responsabilidade Civil. Princípio da Dignidade da Pessoa humana. 4. Dos Direitos Fundamentais. 5. Da Responsabilidade Civil. 5.1. Danos Materiais. 5.2. Danos Morais. 5.3. Danos Psíquicos. 5.3.1. Os danos psíquicos e o contexto judicial. 6. Entendimento dos Tribunais Brasileiros. 7. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade atual se depara com o maior índice de agravo de saúde mental em escala global. Como é cediça, a justificativa do atual quadro decorre de muitos fatores, dentre eles a velocidade exponencial de circulação de informações e a maior

¹⁸⁵ E-mail: mada.santos@icloud.com

acessibilidade de cada indivíduo a estas. Dessa forma, verifica-se a mudança comportamental da sociedade, a qual se torna mais exigente e detalhista, exaurindo horas em redes sociais e transformando-as em vitrine social, palco de constante julgamento. Nessa conjuntura, estudos demonstram a capacidade do atual cenário veloz em provocar a ascensão dos casos de doenças psicológicas.

Em contrapartida, positivamente, o aumento do acesso à informação, trouxe maior conhecimento acerca dos direitos individuais e sociais da população em geral o que, mais uma vez, aumenta a exigência da sociedade no seu devido cumprimento pelas instituições, sejam públicas ou privadas. É nesse cenário de controvérsias que ocorrem vários danos aos mais vulneráveis, podendo ser de natureza material, moral e, até mesmo, psíquica.

A Constituição cidadã de 1988 traz no bojo inicial do seu texto o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Este posicionamento demonstra, conforme os estudiosos, a posição de destaque dada ao referido princípio, o qual irradia em toda a Carta Magna e nos desdobramentos do ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive, é imprescindível compreender a sua irradiação nas demais áreas do Direito (BASTOS, 2020).

Outrossim, sob a égide do meta princípio supracitado, verifica-se a incorporação dos Direitos Humanos no texto constitucional, tornando-se, por conseguinte, nos Direitos Fundamentais, os quais são de observância obrigatória e representam limitações à excessos quanto a pessoa na sua individualidade. Sob essa perspectiva, surge a necessidade de reparação de eventuais violações causadas aos direitos de cada pessoa, matéria desenvolvida pelo diploma civil.

Na seara da Responsabilidade Civil, no que se refere aos danos, ocorre uma clara confusão entre o dano psíquico e o dano moral. Contudo, à princípio, sabe-se que, enquanto o Dano Moral é de natureza subjetiva e geral, o Dano Psíquico apresenta-se como identificação de menor complexidade, devido a sua maior especificidade em relação ao dano moral, este gênero, aquele, espécie. Nesse sentido, o presente estudo objetiva esclarecer a necessidade da distinção entre os danos mencionados e os reflexos judiciais decorrentes desta.

Dessa forma, o presente estudo é de fundamental relevância social e jurídica, uma vez que a pífia exploração acerca da temática traz prejuízos as partes que necessitam da tutela jurisdicional para satisfação do seu direito proporcional ao dano sofrido. Ao contrário dos danos materiais, devido a sua subjetividade, o judiciário encontra dificuldade em aplicar razoavelmente suas decisões no que tange os danos morais, com a finalidade de atender e prevenir novos casos decorrentes da mesma situação, visto que

é desejável pela sociedade a efetivação do efeito preventivo-repressivo das condenações indenizatórias (JUNIOR, 2012).

Desse modo, este estudo abordará a problemática proposta de forma qualitativa, analisando a jurisprudência pátria à luz da regulamentação jurídica brasileira, fazendo uso, também, de procedimentos técnicos metodológicos, quais sejam: pesquisa bibliográfica, inclusive, por meio eletrônico, através da revisão de livros e pesquisa documental, assim como mediante exame da jurisprudência pertinente ao tema.

2. Conceito de Responsabilidade Civil

Por responsabilidade civil entende-se a obrigação de uma pessoa reparar o dano causado à outra pessoa, seja por sua ação ou omissão, sob sua responsabilidade, seja de um dependente. Logo a responsabilidade civil é uma obrigação legal contínua decorrente da violação da obrigação legal original. No Brasil, o ordenamento jurídico estabelece as regras necessárias para o bom convívio social. Essas regras tratam da responsabilidade civil e garantem que os danos sejam reparados a todos aqueles que as cumprirem por meios amigáveis ou judiciais. Ademais o dever de indenizar decorre tanto de uma conduta comissiva ou omissiva, em relação a primeira o sujeito pratica uma ação, que desta acaba por violar uma norma jurídica imposta em lei, ocasionando danos que necessitam de reparação, no tange a conduta omissiva para que o agente venha ser responsabilizado, é imprescindível, que antes desta omissiva por sua parte, exista uma norma anterior imposta a ele a ser cumprida, assim com a conduta do não agir, causa dano, logo deixou que fazer o que estava imposto pela lei, assim infringir direitos, nesse sentido, aquele que sofreu o dano por a conduta omissiva deve de tal maneira ser indenizado.

Na vida social, qualquer atividade que prejudique outros membros causará certo desequilíbrio esta atividade nociva pode causar danos materiais e morais, portanto, para restaurar um equilíbrio social harmonioso, o autor do dano deve reparar o dano causado.

A obrigação moral ou legal de reparar o dano causado e restabelecer o equilíbrio social transmite de imediato o conceito de responsabilidade, ou seja, a obrigação de pagar, de ser responsável por determinado comportamento ou ação. Na vida social, no estado de direito, começamos a formular códigos de conduta e com eles vêm obrigações e direitos. Ao passo que aquele que infringir os direitos de outrem por meio de atos ilícitos, causando dano material ou moral, a causa do dano é a obrigação estabelecida e regida pela legislação de determinada sociedade, que é o surgimento da responsabilidade civil.

3. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Estado Democrático de Direito representa a participação ativa da sociedade e compõe como finalidade a garantia do respeito, pelo Estado, aos direitos humanos, às liberdades civis, assim como às garantias fundamentais, refletindo, assim, uma segurança jurídica necessária para pelo desenvolvimento do indivíduo. Ademais, traz como eixo central de observância e interpretação o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por sua vez, pela sua abstração, o princípio supracitado é configurado como de difícil conceituação pela doutrina jurídica brasileira. Assim, mesmo sem um consenso universal, muitos autores estabelecem que este represente a proteção do indivíduo contra os abusos do Estado. Segundo Tavares (2020), além da garantia negativa, da proteção contra a violação de direitos, a dignidade humana representa a afirmação positiva do direito à autodeterminação, a qual é anterior até mesmo da predeterminação da natureza.

Sabe-se que houve um movimento nas mais diversas nações, a começar pelos europeus, na quebra de paradigmas no sentido da formação da sociedade e as funções de cada classe social, seus contextos e seus direitos. Nessa senda, principalmente com o advento da Revolução Francesa e o surgimento do fenômeno da constitucionalização, verificou-se a instituição dos direitos fundamentais como alicerce para a construção de cada nação.

Nesse mesmo seguimento, o Brasil paulatinamente foi incorporando nas suas constituições os Direitos Fundamentais, numa linha não linear, mas importante para o atual contexto pátrio.

Compreendido logo no artigo 1º, inciso III, da Carta da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), o princípio da dignidade da pessoa humana fornece aos operadores do direito e demais intérpretes, um alicerce qualitativo essencial para a correta compreensão de toda a aplicabilidade do ordenamento jurídico, assim como a compreensão da finalidade de cada norma, uma vez que toda a ordem jurídica é pautada e guiada para o devido atendimento ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana (Rivabem, 2020).

Desse modo, também é caracterizado como o princípio norteador da República, como uma base indispensável do Estado Democrático de Direito, o supra princípio flui seus diversos reflexos envolvendo todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, conforme perfeitamente explana Rivabem (2020), concebe-se este princípio como uma espécie de parâmetro objetivo da hermenêutica jurídica constitucional, visto que a interpretação, integração e, por conseguinte, a aplicação de todo o sistema jurídico brasileiro resta pautado sob o manto da Dignidade da Pessoa Humana.

Nessa conjuntura, é de fácil compreensão que, na verdade, a abstração do magno princípio da dignidade da pessoa humana é imprescindível para sua integralização e adequação as mais variadas legislações recepcionadas pela CF/88, e futuramente produzidas pelo Poder Legislativo no exercício de sua atividade típica, mesmo que em diferentes épocas e contextos sociais, ou seja, graças a sua abstração, o princípio consegue facilmente se adaptar as particularidades de cada área jurídica e tempo. Assim, tal abrangência possibilita sua incorporação às normas com a devida compatibilização apesar de, em resumo, partir da mesma ideia (BASTOS, 2019).

Outrossim, urge mencionar que existe uma íntima relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais. Em que pese aquele não estar incorporado à este no texto constitucional, observa-se que a razão é proposital pelo constituinte originário na respectiva Assembleia Nacional Constituinte em 1988.

Embora o legislador originário tenha decidido pela localização diversa ao princípio, destacando-o logo no Título I, artigo 1º, da Constituição como fundamento da República brasileira, é incontestável que este se encontra interligado aos Direitos Fundamentais dispostos logo no Título II, assim como supracitado (BRASIL, 1988). A posição estratégica do princípio da dignidade humana o coloca como princípio fundamental, exercendo toda a importância já retromencionada como princípio-vetor.

Assim, atribui-se ainda mais força aos Direitos Fundamentais, uma vez que estes devem estar em estrita observância ao super princípio, que protege todo o direito inerente ao ser humano. Sob a mesma linha de pensamento, Barcellos (2019) dispõe que a dignidade do indivíduo é prestigiada e devidamente alcançada à medida que os seus direitos fundamentais de cada pessoa são observados, ainda que a dignidade não se limite a estes.

Por último, cabe salientar que os Direitos Fundamentais e a Dignidade Da Pessoa Humana compõem o Estado Democrático de Direito, o qual se fundamenta no exercício e aplicabilidade de suas defesas.

4 Dos Direitos Fundamentais

Salienta-se a relevância explanar os Direitos Fundamentais e a sua importância como garantia da não violação dos direitos de cada indivíduo na sua particularidade.

Em rol exemplificativo na Constituição Federal de 1988, os Direitos Fundamentais representam o conjunto de direitos imprescindível para o pleno desenvolvimento da pessoa no meio sociais e individualmente, assim, concretizam os direitos inerentes a cada ser humano com vida. Nesse seguimento, verifica-se a determinação das limitações aos

antigos abusos poder estatal, o qual, além de limitado, assume o novo papel de garantidor desses direitos, face à esfera privada de cada indivíduo.

Ademais, é importante diferenciar o notável Direitos Humanos dos Direitos fundamentais, cada vez mais conhecido pela sociedade. Embora sejam estritamente semelhantes, em outras palavras, apesar de dispuserem do mesmo conteúdo, os Direitos Humanos são aqueles dispostos e aceitos no plano internacional. Por sua vez, os Direitos fundamentais possuem seu âmbito de incidência nacional, ou seja, eles se diferenciam quanto ao âmbito do seu positivismo, enquanto os Direitos Humanos pertencem à seara internacional, os Direitos Fundamentais concernem a norma nacional.

Assim, em concordância com Alvarenga (2019), os Direitos Fundamentais constituem sua essência nos Direitos Humanos, porém adquirem esse status à medida que são positivados na Constituição de cada país, enquanto os Direitos Humanos permanecem previstos nos tratados internacionais, sendo, pois, indispensáveis para o respeito à Dignidade Humana.

Nesse sentido, assim se denota a questão, uma vez que o constituinte originário possui a prerrogativa da incondicionalidade e ilimitabilidade, detendo a discricionariedade de estabelecer e incorporar os Direitos Humanos, constitucionalizando-os e, partir desse momento, adquirir a forma de Direitos Fundamentais. Dessa forma, compreende-se que o reconhecimento dos Direitos Humanos precede os Direitos Fundamentais.

Dessa forma, a evolução dos Direitos Fundamentais perpassa um longo e gradativo processo histórico-cultural, representando a repercussão de variados conflitos, revoluções e modificações sociais, em diferentes épocas e para cada território, ascendendo conforme o contexto social de cada sociedade.

À vista disso, em consequência ao desenvolvimento histórico retro mencionado, os estudiosos explicam o surgimento dos Direitos fundamentais destacando marcos fundamental que os caracterizam em dimensões ou gerações, em virtude do seu caráter cumulativo e da não simultaneidade desses direitos, ocorrendo conforme cada contexto social o seu surgimento. Ademais, o conceito de dimensões ou gerações se estabelece em razão da não supressão das realizações anteriores, consoante Santos; Simeão (2020), face ao advento de novos direitos.

Nesse seguimento, tem-se tradicionalmente, em resumo, a classificação em três dimensões e, posterior a constante evolução social e a democratização da internet, a apresentação de mais duas dimensões. Nesse sentido direitos da personalidade são dotados de características especiais porque se destinam a proteger com eficácia todos

os atributos de uma pessoa, a fim de proteger e garantir sua dignidade como valor básico. Dessa forma tal proteção aos direitos da personalidade podem ser realizados por muitas áreas do sistema jurídico. Portanto, existem vários regulamentos disciplinares que enfocam esta questão. A proteção do direito da personalidade é basicamente a obrigação de reparar o dano mental ou delito causado pelo direito da personalidade. Frisa-se o artigo 52 do CC / 02 estipula claramente a proteção do direito da personalidade e artigo 12 do mesmo código trata do princípio da prevenção e da indenização em caso de dano aos direitos da personalidade, além de outras disposições, existem disposições sobre a matéria. Ademais observar-se a consonância entre os direitos fundamentais e o direito da personalidade. Nessa diapasão pode-se dizer que o ordenamento Jurídico Brasileiro protege, expressamente, os direitos da personalidade, seja através de ação preventiva ou como repressão quando no caso o ato, digo, a violação já foi feito ao um direito civilmente protegido.

Fazem parte dos direitos fundamentais os direitos da personalidade materializam direitos subjetivos que individualizam as características e os atributos próprios da personalidade humana. Código Civil Brasileiro aborda em um capítulo próprio, os direitos da personalidade (arts. 11 a 21). Os direitos da personalidade, especialmente no que concerne o direito à vida, à integridade e à liberdade física e moral, oferecem conflito entre os direitos da personalidade, em um ponto, e, de outro, direitos ou bens de natureza diferente, quando se trata de limitar ou negociar um direito da personalidade.

5. Da Responsabilidade Civil

O artigo 186 do Código Civil dispõe da seguinte forma: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002). Surge a partir deste dispositivo legal a ampla matéria da Responsabilidade Civil no direito brasileiro.

Desse modo, a Responsabilidade Civil corresponde à obrigação de reparar o dano que uma pessoa causar a terceiro. Como é cediço, no Direito, a teoria da responsabilidade civil busca determinar as condições as quais um indivíduo pode ser considerado responsável pelo dano sofrido a outra pessoa, assim como precisar em que medida se estar obrigado a repará-lo. Ademais, cumpre informar que a reparação do dano se consuma por intermédio da indenização, quase sempre pecuniária.

Assim, o *códex* civilista reserva o capítulo I, do Título IX que se refere à Responsabilidade Civil, para tratar acerca da obrigação de indenizar, e seu capítulo II acerca da indenização (BRASIL, 2002).

O artigo 927, que inaugura o tema do código civil, estabelece (BRASIL, 2002):

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O artigo ora mencionado, ratifica o cerne da questão quanto à reparação do dano, o que pode ser à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa.

Igualmente, ressalva uma das espécies da responsabilidade no seu parágrafo único, ao trazer a independência da culpa para a configuração da obrigação de reparar o dano, contudo, nos casos prescritos em lei, ou, ainda, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, em risco para os direitos de terceiros.

O tema da responsabilidade sofre bifurcação no sentido determinar a responsabilidade em subjetiva e objetiva. Constitui a principal característica da responsabilidade subjetiva a intenção do à gente, ou seja, a comprovação da existência de dolo ou culpa por parte do causador do dano. Logo, por compreender que esta intenção representa a subjetividade, conceitua-se que a responsabilidade subjetiva é aquela que depende da existência de dolo ou culpa por parte do agente delituoso.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva advém da violação ao direito de outra pessoa ou da prática de um ilícito, contudo, independe da aferição de culpa ou dolo para ser provada e questionada. Nesse sentido, a responsabilidade objetiva é exatamente o contrário da Responsabilidade Subjetiva.

Em suma, submergindo rapidamente no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil de 2002, em se portando a Responsabilidade Civil na seara do direito privado, verifica-se espaço para a discussão quanto à culpa pelo evento danoso para o nascimento do dever de indenizar. Por outro lado, no campo do direito público e do difuso ou coletivo o dever de indenizar surge, basicamente, com a demonstração da conduta ou ato humano, nexos de causalidade, dano ou prejuízo (MORAES, 2018).

Ademais, depois de superada a classificação da responsabilidade civil, verifica-se a existência dos tipos de dano, qual sejam os danos materiais e os danos morais. Consoante Moraes (2018), o dano material abrange o dano emergente e lucro cessante, o que exige a comprovação documental deste, uma vez que se trata de dano patrimonial.

Por seu turno, o dano moral consiste numa lesão a interesse não patrimonial, uma violação a um estado psíquico do indivíduo.

Dessa forma, trata-se a responsabilidade civil o dever em restituir ou restaurar o patrimônio do ofendido, ou fazendo voltar o mais próximo possível ao estado *quo* antes da ação ou omissão causadora do dano (MORAES, 2018).

Ademais, depois de superada a classificação da responsabilidade civil, verifica-se a existência dos tipos de dano, qual sejam os danos materiais e os danos morais. Consoante Moraes (2018), o dano material abrange o dano emergente e lucro cessante, o que exige a comprovação documental deste, uma vez que se trata de dano patrimonial. Por seu turno, o dano moral consiste numa lesão a interesse não patrimonial, uma violação a um estado psíquico do indivíduo.

Dessa forma, trata-se a responsabilidade civil o dever em restituir ou restaurar o patrimônio do ofendido, ou fazendo voltar o mais próximo possível ao estado *quo* antes da ação ou omissão causadora do dano (MORAES, 2018).

5.1 Dos Danos Materiais

Inicialmente, cumpre ressaltar o que fora anteriormente mencionado, o dano material, diferentemente do dano moral, necessita, em regra, de prova efetiva para ser comprovado, uma vez que se atinge o patrimônio material do terceiro.

O artigo 402 do Código Civil, ao determinar que as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar, salvo as exceções expressamente previstas em lei, realiza a subclassificação dos danos materiais em danos emergentes ou lucros cessantes (BRASIL, 2002).

Assim, por se tratar de prejuízos facilmente calculados, o dano material trata dos prejuízos materiais em decorrência de algum dano causado a *outrem*. Assim, os danos materiais correspondem às despesas advindas de uma conduta ilícita, seja de pessoa física ou de pessoa jurídica. Desse modo para corroborar com o exposto expõem-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO. DEMANDA CONDENATÓRIA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. CONSUMIDOR. ACIDENTE. EXERCÍCIO FÍSICO. ACADEMIA DE PILATES. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO NO BRAÇO. PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO CAUSAL. CONDUTA E DANO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. RISCO DA ATIVIDADE. DANO MORAL. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CABIMENTO. DANO MATERIAL.

COMPROVAÇÃO. RESSARCIMENTO. DANO ESTÉTICO. OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO DEVIDA. CUMULAÇÃO. PRECEDENTE. DEVER DE INFORMAÇÃO. 1. A responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços é objetiva, fundada no risco da atividade por eles desenvolvida, ou seja, não é necessário perquirir a existência da culpa. [...] 4. No que tange à fixação do dano moral, considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a compensação deve servir de punição e alerta ao ofensor, a fim de proceder com maior cautela em situações semelhantes (efeito pedagógico e sancionador), mostrando-se, na hipótese, o valor fixado razoável e proporcional, considerando as especificidades do caso concreto. 5. O valor da compensação atenderá a repercussão do dano na esfera íntima do ofendido, as suas próprias circunstâncias, a sua extensão e, ainda, ao potencial econômico-social do obrigado ao ressarcimento. 6. Comprovados os danos materiais, por meio de notas fiscais, estes serão devidos. 7. A indenização pelo dano estético visa compensar os reflexos causados na autoestima do indivíduo, em razão das deformidades fisicamente perceptíveis. 8. É permitido cumular valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração separada, com causas inconfundíveis. (Súmula 387 do STJ). [...] 10. São direitos básicos do consumidor, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (art. 6º, inciso III, do CDC). 11. Recurso conhecido e provido.

(STJ- Resp:1763156 RS 2018/0221390-8, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLZZE, Data de publicação: DJ 19/12/2018)

Dessa forma, em regra, cabe à vítima comprovar o dano material sofrido, devendo anunciar o fato que constitui o seu direito e qual a extensão do seu prejuízo. Nessa conjuntura, entende-se que o dano material não permite presunção, ao contrário do dano moral, e, então, torna-se imprescindível a comprovação do fato violado e qual o prejuízo a ser reparado.

5.2 Dos Danos Morais

Por outro lado, identifica-se o dano moral quando o ânimo psíquico, moral e intelectual de uma pessoa são afetados, seja por ofensa à sua honra, intimidade,

privacidade, nome, imagem ou em seu próprio corpo físico, o que poderá estender-se ao dano patrimonial caso a ofensa resultar, de alguma forma, o impedimento ou a dificuldade do exercício de atividade profissional da vítima.

Assim, o dano moral se relaciona às lesões sofridas pela pessoa, compondo violações de natureza não econômica, ou seja, é quando um bem de circunscrição moral, como a honra, é atingida negativamente. Nesses casos, compete ao juízo examinar as provas constantes no processo, por intermédio de perícia, testemunhas e documentos, a fim de prolatar uma sentença que defina o acolhimento ou não da indenização pleiteada pelo agente, assim como, sob a proporcionalidade e a razoabilidade, caso positiva a pretensão, definir o quantum da reparação. Entretanto, sabe-se que não existe uma fórmula estabelecida que compreenda a produção da quantificação dos valores de indenização. Nesse sentido, resta ao juiz o dever de analisar caso a caso, conforme as particularidades de cada, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da equidade.

Além disso, verifica-se a necessidade de considerar a intensidade e a duração da experimentação do sofrimento pelo requerente, assim como a capacidade financeira e socioeconômica das partes e demais contextos que cada caso possui, especificamente, para mensurar e transformar o dano em pecúnia, capaz de atuar na supressão do dano e na sua prevenção, uma vez que pretende coibir que ações semelhantes futuramente aconteçam.

É de suma importância, também, para a construção da conformação da lesão, analisar o grau de culpa do causador do evento danoso e, assim como supracitado, a extensão desse dano causado, visto que não é finalidade da ação o enriquecimento ilícito do requerente, com valores desproporcionais, porém, também se busca evitar que o magistrado arbitre valores insuficientes para ressarcir à vítima, desconstituindo o cunho pedagógico para a situação confrontada.

Contudo, cumpre mencionar a diferença realizada pela doutrina e concretizada pela jurisprudência de que há uma significativa diferença entre dano moral e mero aborrecimento também chama de dissabor. Apesar de definido a muitos anos, Cianci (2007) define exatamente a diferença entre eles. Segundo a autora, é a concepção de que certos dissabores presentes no cotidiano não justificam reparação por danos morais, visto que fazem parte naturalmente dos desafios diários da vida em comunidade, e não representam humilhação e dor de forma extraordinária, constituindo, apenas, um mero aborrecimento.

Desse modo, o dano moral caracteriza-se como a ofensa ou violação direta e concreta dos bens de cunho moral no que se referem à liberdade, à honra, à saúde física e mental, à imagem, de qualquer pessoa.

5.3 Dos Danos Psíquicos

Em que pese à percepção geral enquadrar os Danos Psíquicos como uma subespécie dos Danos Morais, cada vez mais se evolui no sentido de que estes não se confundem. Consoante Santos; Araújo (2019), os danos psíquicos representam a modalidade de responsabilidade civil concebida como lesão parcial ou global das faculdades mentais do indivíduo. Nesse sentido, inauguram os questionamentos acerca das imprecisões doutrinárias e jurisprudenciais à respeito da utilização de danos morais como sinônimo de danos psíquicos.

Em uma análise precisa do dano moral e psíquico, verifica-se que a presença deste último implica na disfunção, distúrbio ou transtorno mental da vítima, ou até mesmo no desenvolvimento psicogênico ou psico-orgânico que, atingindo as esferas afetiva, intelectual ou volitiva, são capazes de limitar a capacidade do indivíduo em gozar de maneira saudável as convivências individuais, familiares, atividade laborativa, ou sociais (SANTOS; ARAUJO, 2019).

Nesse seguimento, o Dano Psíquico deve ser comprovado através de perícia médica e análise de todo o contexto, caso a caso, uma vez que se trata da seara subjetiva, assim como os Danos Morais. Contudo, evidencia-se a necessidade da rearticulação para criação de novos dispositivos legais, com o escopo de combater mais precisamente o dano e, assim, proteger satisfatoriamente o bem da integridade mental e privacidade mental, tutelado como bem à saúde, que embora pouco discutido, é causado em proporção avassaladora.

Dessa forma, compreendendo o âmbito da proteção à saúde, o Dano Psíquico não se confunde com os Danos Morais, devendo ser adequadamente individualizados a fim de que haja decisões mais justas e que efetivamente atendam o fim pedagógico almejado pelas sentenças indenizatórias. Comprovando esse entendimento o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul através do Acórdão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMENTÁRIO EM REDE SOCIAL. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA DA PARTE AUTORA. INJÚRIA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. Incontroverso nos autos que o requerido publicou na rede social Facebook comentário com expressão de caráter ultrajante e pejorativo a respeito do autor, estando nítida a intenção de ofender-lhe a honra, resta configurada a injúria, impondo-se o reconhecimento dos danos morais, que são presumidos, na hipótese. Direito à livre manifestação do pensamento que deve ser compatibilizada com outros direitos fundamentais,

dentre os quais a imagem, honra e dignidade alheias. Dever de indenizar reconhecido. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. Em atenção aos parâmetros estabelecidos pela doutrina e jurisprudência pátrias para a fixação do montante indenizatório, atento às particularidades do caso concreto, o quantum de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, se mostra razoável e proporcional. Ônus de sucumbência invertido. APELAÇÃO PROVIDA.

(TJ-RS - AC: 70061357265 RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Data de Julgamento: 25/09/2014, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: 07/10/2014)

Nesse quadro, a valoração e extensão do dano moral é prerrogativa atribuída ao julgador, uma vez que o dano moral fere o íntimo do ofendido, sem chance de análise técnica, no caso as alegações somente tem o objetivo de atingir o livre convencimento do magistrado.

5.3.1 Os danos psíquicos e o contexto judicial

Conforme desenvolvido anteriormente, o Dano Psíquico representa uma espécie de dano autônoma ao Dano Moral, uma vez que pode interferir tanto na seara patrimonial quanto na não patrimonial, não sendo, pois, correto condicioná-lo à existência de sofrimento relacionada à lesão sofrida, como realizado no caso dos Danos Morais, visto que compreende a proteção à saúde.

Assim, face a não distinção clara e pacífica entre os Danos Morais e os Danos Psíquicos, constata-se que no contexto judicial a efetivação da plena satisfação do dano ainda caminha paulatinamente.

6. Entendimento dos tribunais brasileiros

Como é sabido, a Constituição Federal de 1988 inaugura no art. 196 os dispositivos que tratam da saúde (BRASIL, 1988):

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

Desse modo, de acordo com Santos; Araújo (2019), o direito fundamental à saúde reúne o conjunto de normas que se voltam para o bem-estar físico, mental e social do indivíduo inserido no contexto da comunidade. Assim, não é simplório realizar a divisão

entre as regras de direito à saúde e as que se destinam a melhorar as condições sociais das pessoas.

Inicialmente, o Estado assumiu a prestação da saúde como a prestação de um serviço público, posteriormente, surge a concepção de que não se pode resumir a saúde apenas a um aspecto individual, mas de toda a coletividade. Desse modo, o controle dessa seara pelo Estado disponibiliza o tratamento adequado ao comportamento dos indivíduos a fim de garantir a saúde de todos (SANTOS; ARAUJO, 2019).

Após detalhada análise da jurisprudência pátria por meio do portal do Jusbrasil, constatou-se que os tribunais nacionais ainda adotam o posicionamento no sentido da abrangência dos danos morais quando configurados os danos psicológicos ou psiquiátricos.

Assim se pronunciam ao estabelecer que os danos psíquicos ou psiquiátricos constituem apenas o pressuposto fático do qual decorre o dever de reparação patrimonial ou extrapatrimonial e, por isso, entendem que o dano moral compreende também os danos psíquicos decorrentes do mesmo fato.

Contudo, o dano ora em discussão, consoantes Santos; Araújo (2019) se enquadra no conceito de enfermidade, sendo qualificável e quantificado pela medicina legal quanto a par do dano somático. Dessa forma, entende-se, na verdade, que o dano à saúde compreende o dano psíquico enquanto consequência do fato lesivo à saúde psíquica do indivíduo, não se confundindo com os preceitos do Dano Moral. Ante o exposto, constata-se a profunda necessidade do aprofundamento da discussão por toda a comunidade jurídica, legisladores, operadores do direito e sociedade em geral, uma vez que o escasso à temática reproduz sentenças sem a devida satisfação do direito da parte, o que se distancia da real função da tutela jurisdicional.

7.CONCLUSÃO

O Presente estudo buscou aprofundar as reflexões sobre o tratamento a acerca dos danos psíquicos em decisões judiciais, a quais dessas poderam ser mencionadas ao decorrer do estudo, como forma demonstrar os tratamentos dos danos não só psíquico, mas como também acerca do material e moral, em face das decisões judiciais, a luz da responsabilidade civil. Saliencia a relevância social e jurídica, e ressalta ainda que os órgãos judiciais têm dificuldade em aplicar razoavelmente suas decisões sobre dano mental para fazer frente e prevenir novos casos que surjam nas mesmas circunstâncias, posto que, a sociedade quer preveni-los e suprimi-los.

A obrigação moral ou legal de reparar o dano causado e restabelecer o equilíbrio social transmite de imediato o conceito de responsabilidade, ou seja, a obrigação de pagar, de ser responsável por determinado comportamento ou ação. Assim é notória a importância da discursão do referido tema, uma vez que, o Estado não pode deixar sem punir, aqueles que violam os direitos de outrem por meio de atos ilícitos e, por conseguinte causem danos materiais ou espirituais.

Salienta que a causa do dano é a obrigação estabelecida e regida por legislação, e em decorrência disso tem-se o surgimento da responsabilidade civil. O Direito regulou a proteção física do sujeito e também a proteção emocional, visto que o ser humano não pode ser reduzido somente a uma visão jurídica. Dessa forma, a psicologia jurídica busca integrar o corpo, a mente e o espírito humanos. Pode-se concluir que embora haja uma diferença entre dano moral e dano psicológico, as pessoas são os principais membros que podem combinar direito e psicologia porque os dois se complementam.

Considerando o exposto, destaca-se a importância da Responsabilidade Civil, pois esta garante as partes o direito de requerer a reparação em caso de lesão ao seu Direito. Salienta-se que a lei poderá contribuir para a diminuição dos índices acerca dos danos psíquicos nas decisões judiciais assim como garante uma gestão saudável entre as partes no litígio judicial. Ademais, a Responsabilidade Civil visa manter o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano, possibilitando assim o reparo a vítima do dano.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R. Z.de. **Direitos humanos e direitos fundamentais**: conceito, objetivo e diferença. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n. 78, p. 22-31, maio 2019. Disponível: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/159631>. Acesso em: 28 abr. 2021.

BARCELLOS, A.P.d. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2019.

BATOS, A. **Princípio da dignidade da pessoa humana** no Direito brasileiro. **SAJ ADV. Direito e Justiça. 27 mai. 2019**. Disponível: <https://blog.sajadv.com.br/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso: 01 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 de abr. 2021.

_____. **TJ.APELACAO-CIVEL:AC 700611357265 RS**. Relator Paulo Reberto Lessa Fraz. Diário da Justiça do dia 25/09/2014. JusBrasil, 2016. Disponível: <https://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478272314/apelacao-civel-ac-70073638991-rs<. Acesso em 29 de de 2021.

_____. **STJ.RECURSO ESPECIAL**:REsp 1763156 RS. Relator Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLZZE, Diário da Justiça do dia 19/12/2018. JusBrasil, 2018 . Disponível: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858562060/recurso-especial-resp-1763156-rs-2018-0221390-8/inteiro-teor-858562064?ref=serp>. Acesso em 01 Nov de de 2021.

CERVO, A.L.B, P.A; DA.S, Roberto. **Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CIANCI, M. **O valor da reparação Moral**. [S.l.]: 2007. Editora Saraiva.

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2021.

GIL, A.C. **Como elaborar um projeto de pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014. JUNIOR, Sergio Jose Barbosa. O caráter punitivo nas indenizações por dano moral. A atribuição de um efeito preventivo-repressivo às condenações indenizatórias pátrias. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23213>. Acesso em: 29 abr. 2021.

LAKATOS, E. M.; MARCONI. M. A. **Fundamentos da Metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, **R.J.** A responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Contextualização histórico-evolutiva, características e aspectos distintivos, modalidades, aplicabilidade no **direito privado, público e difuso**. Migalhas, 05 ago. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/284802/a-responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva--contextualizacao-historico-evolutiva--caracteristicas-e-aspectos-distintivos--modalidades--aplicabilidade-no-direito-privado--publico-e-difuso>. Acesso em: 30 abr. 2021.

RIVABEM, F.S. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. ISSN: 0104-3315 (impresso – até 2013) e 2236-7284 (eletrônico) v. 43, n. 0 (2005). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7004/4982>. Acesso em: 10 abr. 2021.

SANTOS, D.C.P; SIMEÃO, Á. O.d.V. Direitos Fundamentais: suas dimensões. Revista Processus Multidisciplinar, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 01- 07, jun. 2020. ISSN 2675-6595. Disponível em: <<http://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/203>>. Acesso em: 05 maio 2021.

SANTOS, M. C.C.L; ARAUJO, M. Aspectos Críticos e Jurídicos do Dano Psíquico e a Neurociência. Fronteiras Interdisciplinares do Direito. V. 1, n. 2, 02 dez. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.23925/2596-3333.2019v2i2a2>. Acesso: 30 abr. 2021.

SOARES, Priscila B.O. Responsabilidade Civil: Introdução Conceitual. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/61088/responsabilidade-civil-introducao-conceitual>. Acesso: 01 de Out de 2021.

TAVARES, A.R. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo. Saraiva, 2020.

VIAPINA, V. N; GOMES, R. Miranda; Albuquerque, G. S. CAVALCANTI. **Adoecimento psíquico na sociedade contemporânea: notas conceituais da teoria da determinação social do processo saúde-doença**. ISSN 2358-2898, Paraná, dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v42nspe4/0103-1104-sdeb-42-spe04-0175.pdf>. Acesso: 29 abr. 2021.

NOTAS:

1 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito *E-mail*: gilberto0814@gmail.com

FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: ADOÇÃO DE ADULTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

GEICY DE SOUZA LADISLAU:

Graduada de Direito da
Fametro¹⁸⁶.

RESUMO: O presente artigo científico visa demonstrar a questão jurídica e social que envolve a novel forma de filiação - a socioafetiva – quando se tratar de Adoção de Adulto e este foi criado pelo adotante desde tenra idade e de como esta questão é tratada atualmente pelo doutrina pátria e pelo Poder Judiciário brasileiro, objetivando provocar reflexões no seio acadêmico a respeito da matéria, assim, contribuir para a formação de novas mentalidades jurídicas voltadas para a aplicação do Direito visando o bem estar psíquico, social e econômico do adulto negligenciado ou vítima do abandono afetivo e material, sem as amarras da aplicação literal do texto legal alheio aos anseios da família socioafetiva, para tanto, utilizou-se o método dedutivo e como técnica de pesquisa documentação indireta – com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrina em geral, artigos científicos), além de documentação oficial (leis, decisões,), concluindo-se que é necessário uma nova consciência jurídica voltada para os anseios da sociedade.

PALAVRAS CHAVES: Filiação socioafetiva; Adoção; Adulto.

ABSTRACT: This scientific article aims to demonstrate the legal and social issue that involves the novel form of membership- the socio-affective - when it comes to Adult Adoption and this was created by the adopter from an early age and how this issue is currently addressed by the homeland and by the Brazilian Judiciary, aiming to provoke reflections in academic circles on the matter, thus contributing to the formation of new legal mindsets aimed at the application of the Law aiming at the psychological, social and economic well-being of the neglected adult or victim of emotional abandonment and material, without the shackles of the literal application of the legal text alien to the wishes of the socio-affective family, for that, the deductive method was used and as a research technique indirect documentation - with systematic observation, covering the bibliographical research of primary and secondary sources (doctrine in general, scientific articles, etc.), as well as official documentation (laws, decisions, etc.), concluding that a new legal awareness focused on the concerns of society is necessary.

KEYWORDS: Socio-affective affiliation; Adoption; Adult.

186 E-mail: sgeicysouza@gmail.com

INTRODUÇÃO

O Direito de Família no Brasil teve uma grande evolução a da Constituição Federal de 1988, através de princípios inerentes à família (art.1º, o II e III; art. 5º, caput, 2ª parte; e, art. 226, caput, e seus §§ 4º e 7º e art. 277, § 6º).

Nota-se que o art. 5º, da Carta Magna, elenca os direitos e garantias individuais, no entanto, o rol não é taxativo, o que se pode depreender do teor da norma constitucional contida em seu parágrafo 2º: “Os direitos e garantias expresso nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”. Neste desiderato, há de se integrar os princípios constitucionais adotados: igualdade, liberdade e dignidade humana.

No Código Civil de 1916 imperava a estrutura patriarcal, matrimonialista, heteroparental e biológica. Com o advento da Lei nº 10406/2002 que instituiu o atual Código Civil, operou-se um notável avanço para os institutos civis, dentre os quais, o Direito de Família, ramo do Direito considerado por muitos estudiosos como o ramo mais dinâmico do Direito Civil. Aponta-se dentre os avanços, de

família passar a caracterizar-se pela diversidade, baseando-se na procura do afeto e da felicidade de seus membros.

Nesta perspectiva, Novaes (2.000, p. 53) define a família da atualidade como “modelo eudemonista, ou seja, aquela pela qual cada um busca na própria família, ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem estar”

Dentro deste contexto, é reconhecida a filiação socioafetiva, tendo por escopo soluções práticas no âmbito do Direito das famílias e com valorização da convivência entre seus membros e a idealização de um lugar onde interage sentimentos, esperança e valores, proporcionando, assim, a cada membro, o sentimento que este é o local que lhe proporcionará sua realização pessoal.

Assim, a filiação socioafetiva de adultos, baseada no afeto e na convivência, para ser reconhecida pelo Poder Judiciário através da Adoção, uma presentes seus requisitos, deve priorizar a autodeterminação do adotando, em caso de colisão com direitos da personalidade do pai biológico, visto o que deve prevalecer é o bem estar psíquico de quem deseja ser adotado por aquele que lhe deu além das condições matérias, lhe deu, principalmente, amor, notadamente quando o adotante já manifestou a vontade de adotar.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Desde os primórdios da humanidade, o homem sentiu a necessidade de convivência. As relações interpessoais passaram por diversas etapas evolutiva. Dentre estas evoluções, surge a relação socioafetiva, como forma psíquica de autorrealização da pessoa. Por conseguinte, a República Federativa do Brasil, visando construir uma sociedade livre, justa e solidária, traz em sua Carta Magna, princípios que servem de arcabouço à legislação infraconstitucional na persecução do seu reconhecimento no âmbito jurídico, sem contudo, olvidar-se que, por tratar a matéria baseada em princípios constitucionais e em direitos fundamentais, haverá sempre algum grau de abstração, e, desta forma, possibilitando ao aplicador da norma, no caso concreto, diversas interpretações.

O reconhecimento judicial da filiação socioafetiva deve pautar-se no interesse preponderante dos pais e filho da relação socioafetiva, notadamente quando tratar-se de adoção de adulto, por não mais haver o poder familiar, estes buscam a adoção como forma de completar as suas felicidades proporcionadas pela convivência com amor, afeto, solidariedade e respeito.

2 DOS DIREITOS HUMANOS

Para o entendimento da abordagem do presente trabalho, imperiosa a necessidade de adentrar-se na análise dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prima pela dignidade por ser inerente a todos os homens, valorando o convívio social, fundamental para sobrevivência, devendo as atividades públicas, notadamente as leis, voltarem-se ao seu bem estar, direito de ordem ética e de validade universal. Passam, então, as Constituições dos Estados a conter normas pautadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, positivando verdadeiras conquistas da humanidade como direitos e garantias fundamentais.

O homem é titular de direitos naturais e de direitos positivados. No caso de colisão entre normas, o bem estar da pessoa deve sobrepor-se às normas positivas.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos Fundamentais são aqueles que expressam fortemente a proteção pretendida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem. Garantem o mínimo necessário para que a pessoa viva de forma digna em uma sociedade, através de princípios constitucionais que os explicam. Assim, não têm caráter absoluto, destarte, podem ser relativados conforme a situação e o conflito de interesses; mudando e evoluindo.

Constituem-se em direitos protetivos baseados no princípio da dignidade da pessoa humana, de caráter declaratório, os quais se concretizam quando positivados em

Constituições de um Estado, e, através das Garantias Fundamentais adquirem caráter assecuratório. São valores constitucionais invariáveis, imutáveis, como, por exemplo, o direito à vida; o direito à alimentação

A Constituição Federal brasileira, elenca os Direitos Fundamentais em seus artigos 5º ao artigo 17, porém este rol não é taxativo, pois, há direitos fundamentais explícitos e direitos fundamentais implícitos que deles decorrem.

Os direitos e garantias fundamentais devem acompanhar o processo histórico e as mudanças sociais, adaptando-se às novas realidades, afinal, o homem está no ápice da estrutura do sistema jurídico.

4 DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípios jurídicos podem ser definidos como sendo um conjunto de padrões de conduta presentes de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

Portanto, para se alcançar o entendimento do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos dele decorrentes, necessário ter em mente o sofrimento experimentado pela humanidade ao longo da História, notadamente os sofrimentos enfrentados na Segunda Guerra Mundial proporcionados pelo nefasto nazismo, os quais geraram uma consciência universal a respeito da necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana, como conquista de valor ético-jurídico intangível.

Neste diapasão, cita-se ainda, a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, Paulo Otero (2017, p.254) se manifesta:

“dotado de uma natureza sagrada e de direitos inalienáveis afirma-se como valor irrenunciável e cimeiro de todo o modelo constitucional, servindo de fundamento dom próprio sistema jurídico: ‘o homem e a sua dignidade são a razão da sociedade, do Estado e do Direito’. Nas palavras de Flávia Provesan, o valor da dignidade humana impõe-se a todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão de qualquer sistema normativo principalmente o sistema constitucional de cada Estado”

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, adotou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, destarte, de modo, elevando o homem no topo do sistema jurídico, daí, impondo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas.

Não obstante a dignidade da pessoa humana não ter sido inserido no rol dos direitos fundamentais, não se pode negar que a dignidade da pessoa humana se relaciona com estes direitos. Como leciona Ana Paula Barcellos “terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.

Alexandre de Moraes (2003, p.41), Ministro do Supremo Tribunal Federal, Tribunal Guardião da Constituição, em sua obra “Direito Constitucional, conceitua a dignidade da pessoa humana:

“a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A 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”.

Por não trazer conceituação na Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha grau de subjetividade, o que acaba proporcionando diferentes interpretações e aplicações. Contudo, os Tribunais Superiores têm decidido no sentido de minimizar a diversidade de interpretações e de decisões que desvirtuam o sentido e alcance deste princípio, apontando para decisões baseadas no mínimo essencial à vida dos indivíduos, enfatizando a autodeterminação consciente e responsável da própria vida, decidindo com intuito de proporcionar, através do Direito, a felicidade dos indivíduos.

A dignidade da pessoa humana, base dos direitos fundamentais, deve-se sempre ser levada prioritariamente quando da interpretação dos direitos humanos como bem maior a ser protegido. Neste sentido, cita-se os ensinamentos doutrinário de Ana Paula Lemes de Souza (2015, 22):

“A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento distintos e inimagináveis para em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais jurídico brasileiro, uma espécie de totem, símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as

dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas mais diversas, trazendo sentido cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, este metaprincípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiológica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra chave, ou manta sagrada, invocada como uma entidade jurídico protetora dos oprimidos (ou a depender, também dos poderosos)”.

A Constituição Federal de 1988, dispõe em seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado no princípio da dignidade humana e da paternidade responsável o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988, com base na dignidade da pessoa humana, consagrou a liberdade de autodeterminação.

5 DOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Os direitos personalíssimos ou direitos da personalidade, são aqueles inerentes à própria pessoa humana.

O termo personalidade vem do latim *persona*, derivação do termo *personare*, que significa ressoar, máscara. *Persona* foi o nome dado pelos latinos à máscara utilizadas pelos atores gregos da Antiguidade em suas peças teatrais. Portanto, o termo personalidade deve ser entendido como uma máscara por ser uma construção social, como algo exterior ao homem, aquilo que ressoa do indivíduo, aquilo que o caracteriza perante a sociedade.

O homem ao nascer adquire o direito de personalidade e sua duração é a vida, cessando com a morte. Na lição de Clóvis Beviláqua: “A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres.”. (apud, SANTOS, Washington, Dicionário Brasileiro, p. 187)

Neste mesmo sentido, Caio Monteiro (1997, p.91) leciona:

“Como o homem é o sujeito das relações jurídicas, e a personalidade a faculdade a ele reconhecida, diz-se que todo homem é dotado de

personalidade. Mas não se diz que somente o homem, individualmente considerado, tem essa aptidão. O direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que constituem de agrupamento de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída com autonomia e independência relativamente às pessoas de seus componentes ou dirigentes.”.

Os direitos inerentes à personalidade, desde os primórdios da humanidade já existiam na forma conceitual. Com a evolução da civilização, tornou-se imperiosa a necessidade a conversão em preceitos e a incorporação em lei e Códigos, figurando o homem como sujeito das relações jurídicas, assegurando-lhe condições mínimas de respeito como integrante da sociedade.

A respeito da personalidade, Goffredo Telles, in Enciclopédia Saraiva (1997, p.341), se manifesta:

“Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns de existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta.”.

Destaca-se que os direitos da personalidade alcançam imensurável dimensão e abrangência devido a sua imensa importância na realização do indivíduo no contexto pessoal e da sociedade. Corrobora neste entendimento, o posicionamento do ilustre mestre Professor Tepedino:

“Os direitos da personalidade, regulados de maneira exaustiva pelo Código Civil, são expressões de cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”. (apud TARTUCE, Manual de Direito Civil, pág. 98).

Portanto, não há prevalência de direito de personalidade em face de outro. O julgador deverá observar o que melhor realiza o indivíduo, resguardando a sua dignidade.

Neste sentido, o Enunciado nº 4 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, dispõe:

“o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente”. Em complemento foi aprovado o Enunciado de nº 139, na III Jornada de Direito Civil: “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa fé objetiva e aos bons costumes”.

Importante salientar que, a princípio, os direitos da personalidade não podem sofrer limitação voluntária (caráter ilimitado e absoluto), no entanto, estes caracteres podem comportar exceções, como visto. Estes direitos podem ser subdivididos em dois âmbitos: público e privado. No âmbito público configura-se para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado, ou seja, indica um valor constitucional real a ser realizado pelo Estado para alcançar os objetivos fundamentais previstos na Lei Maior (art. 3º, da CF/88).

Desta maneira, o legislador constituinte brasileiro, ao elaborar a Carta Magna, consagrou o princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III) como cláusula geral da tutela da personalidade, ao enunciar direitos e garantias individuais e coletivos, a isonomia, dentre outros. Pode-se afirmar, então, que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

6 DO INTERESSE PÚBLICO

O Estado, personificado pelos seus três Poderes, Executivo, Judiciário e Legislativo, justifica a tomada de algumas decisões invocando o denominado “interesse público”.

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu o conceito de interesse público. Por se tratar de uma expressão genérica e abstrata, sua apreciação deverá ser feita no caso concreto, o que acarreta interpretações subjetivas e, não raras vezes, equivocadas, notadamente em decisões substancialmente baseadas no invocado interesse público em detrimento dos direitos fundamentais.

A doutrina majoritária brasileira concebe que o interesse público é um princípio vigente no ordenamento pátrio e paradigma norteador das ações do Estado. Destarte, entende que há supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o que legitima suas ações (de caráter intervencionista) em desfavor do particular. No entanto a prevalência do interesse público em relação ao interesse privado é antagônica ao Estado Democrático de Direito.

Celso Bandeira de Melo (2003, p.59), leciona que “interesse público é o plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, ou seja, é a dimensão pública dos interesses individuais. Este só será reconhecido quando o ordenamento normativo identificar como tal”.

Nos Estados Democráticos de Direito, o interesse público revela-se pela observância, de parte dos poderes públicos, dos direitos e princípios consagrados na Constituição e nas leis do sistema jurídico, destarte, o alegado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é totalmente contrário com o paradigma o Estado Democrático de Direito instituído pela Carta Magna de 1988.

7 DA ADOÇÃO

A respeito da adoção, leciona Maria Helena Diniz (2011), p.546) que a adoção:

“é um ato de amor e de responsabilidade para com o próximo, ao decidir pela inserção de uma pessoa em seu seio familiar, mesmo sem laços sanguíneos, proporcionando-lhe os meios materiais e os valores morais”.

A abordagem conceitual do instituto da Adoção, na concepção legal, é muito ampla, daí, a necessidade de apontar a etimologia da palavra “adoção”. Deriva do latim, composta do prefixo ad=para e do sufixo optio= opção. Consiste, portanto, na opção de escolha por vontade das partes. É uma forma artificial de filiação análoga à filiação natural.

A Adoção consiste em um ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de paternidade e tem por objetivo mudar o núcleo familiar do adotando. Possui vários requisitos legais que devem ser respeitados, de forma a prevalecer os interesses e direitos do adotado. É ato irrevogável e personalíssimo.

O instituto da Adoção, na Roma antiga, chamava-se “*ad-rogação*”, a qual era submetida a apreciação da sociedade em público. Era adotada a família como um todo, e não na forma que conhecemos nos dias de hoje, onde uma pessoa adota outra.

Nos séculos XVII e XVIII, em razão da explosão populacional, principalmente nos centros urbanos, o número de asilos para acolhimento para crianças órfãs, conhecidos por orfanatos. Apesar desta denominação, os orfanatos não acolhiam somente os órfãos, acolhiam também as crianças abandonadas ou aquelas entregues pelos próprios pais, por não terem condições financeiras para o sustento das crianças.

7.1 DA ADOÇÃO NO BRASIL

Historicamente, no Brasil colonial e imperial, seguindo as normas da Coroa Portuguesa, a doção era um processo informal de transferência de guarda para as instituições de caridade ou para famílias, destarte, não havia vínculo legal ou poder familiar. Na verdade, a grande maioria dos adotantes não queria adotar um filho, mas obter mão de obra barata.

A adoção foi regulamentada a partir de 1916, com intuito de resolver a problemática social do concubinato da mulher desquitada, cuja relação tinha reprovação social pelo fato do concubino morar com a sua companheira. Também ficou regulamentado a adoção de menores de idade.

Com a promulgação da Lei Maior de 1988, a adoção tornou-se um processo mais amplo e justo, e, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA/1990, as regras tornaram-se melhores tanto para o adotado como para o adotante.

Em 2002, o novo Código Civil revogou o Código Civil de 1916, regulamentado a adoção de maiores, com aplicação subsidiária das regras gerais do ECA, porém, a adoção de menores de idade permaneceu regulamentada pelo ECA.

A respeito, transcreve-se o artigo 41 do ECA: “A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-se de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

O instituto da Adoção, por sua importância para o adotante, para o adotado, para a família, para a sociedade e para o Estado brasileiro, deveria ser mais utilizado e célere em seu processamento.

7.2 DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E DE ADOLESCENTES

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, visa precipuamente a proteção destas pessoas, cujas normas estão voltadas para seus interesses e bem estar, como depreende-se do art. 19 deste Estatuto:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Como visto, a norma contida no artigo 19 é a ideal para o desenvolvimento físico e psíquico da criança e do adolescente, no entanto, a realidade brasileira é outra. Inúmeras crianças são abandonadas por seus pais ou por um deles e nem sempre consegue uma família substituta nos termos da lei. Portanto, é gritante o descumprimento da norma do artigo 22, do ECA, senão vejamos:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Incontáveis casos em que o comando da norma não é obedecido por muitos pais, por diversas razões sociais. Sabiamente, o legislador previu a solução para o abandono material e afetivo de menores, o que se pode observar na redação do artigo 20, do ECA: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Contudo, apesar do abandono material e/ou afetivo, muitos pais biológicos, invocam direitos personalíssimos para obstaculizar a adoção de menores em estado de vulnerabilidade. Daí, o ECA, em seu artigo 39, § 3º, apresentar solução para o impasse:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 3º Em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

Nota-se que em caso de impasse entre interesses e direitos de terceiros ou mesmo dos pais biológicos, sempre prevalecerá o que for melhor para o adotando menor. Assim, pode-se afirmar que o legislador relativou direitos personalíssimos dos pais biológicos em favor do adotando menor, alinhando-se ao princípio da dignidade humana adotado na Constituição Federal. Neste mesmo sentido, prossegue o legislador infraconstitucional, no artigo 43, do mesmo diploma legal: “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Segue o mesmo raciocínio lógico jurídico, o teor do artigo 45, § 1º, do ECA:

Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

A adoção de menores, no Brasil, como demonstrado, é regulamentada pelo ECA, cujos requisitos são: idade máxima de 18 anos do adotado na data da distribuição da ação; idade mínima do adotante é de 18 anos, independentemente do seu estado civil; diferença

mínima de idade entre adotante e adotando de 16 anos; a adoção conjunta de separados, divorciados e ex-companheiros é possível, desde que exista acordo sobre a guarda e direito de visita e desde que tenha ocorrido o estágio de convivência na constância da relação; manifesta vontade do adotante; manifestação do adotado, se maior de 12 anos; estágio de convivência, salvo a sua dispensa legal.

Nota que, o consentimento dos pais biológicos, se conhecidos ou quando não destituídos do poder familiar, é obrigatória, ou seja, é *conditio sine qua non* para que seja deferida a adoção. Porém quando desconhecidos ou destituídos do poder familiar, com óbvio, prescinde de seu consentimento.

Depreende-se do exposto que o instituto da adoção de menores de idade, regulamentado pelo ECA, vai ao encontro dos objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, no sentido de construir uma sociedade solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, bem como promovendo o bem estar de todos e tutelando a dignidade da pessoa humana.

7.3 DA ADOÇÃO DE ADULTO – RELAÇÃO SOCIOAFETIVA

O processo de adoção de adulto, no Brasil, segue regras específicas e os adotantes têm responsabilidades diferentes das estabelecidas para o adotando de menores de idade. Todavia, as regras gerais de proteção aos interesses do menor, contidas no ECA, são aplicáveis à adoção de maiores de 18 anos, desde que quando menor, o adotando adulto já convivía com o adotante com relação afetiva de pai e filho.

Como na adoção de menor de idade, a adoção de o maior de idade cria uma relação legal de pai/mãe e filho, com todas os direitos inerentes à filiação natural e compromissos legais.

Neste tipo de adoção, o ECA é aplicado subsidiariamente, no entanto, há regras que não se aplicam devido à condição jurídica do adotado. Também não é obrigatória a diferença de idade mínima de 16 anos entre adotante e adotado, e esta diferença é fator de aumento da possibilidade de ser deferido o pedido de adoção. Outra exigência que não ocorre na adoção de maior é a obrigação de frequentar curso preparatório para a adoção, pois o pressuposto deste tipo de adoção é a existência de um relacionamento entre as duas pessoas de pai/mãe e filho, o que, via de regra, se dá com a coabitação.

A adoção de maior de idade, até janeiro de 2003, se dava por Escritura Pública. Porém, com a promulgação do Código Civil de 2002, passou-se a ser somente pela via judicial, senão vejamos:

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito)anos dependerá de assistência do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-

se, no que couber, as regras gerais da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Justifica-se esta exigência em razão do interesse público, vez que desse ato resultam mudança no âmbito dos interesses e deveres de ambos, adotante e adotado, as novas formas de relações familiares e a observação do princípio da dignidade da pessoa humana. Como consequência, o registro original será cancelado e um novo registro será expedido, onde constará nova filiação e o prenome do adotado (não é permitido sua mudança como ocorre na adoção de menor de idade) e novo sobrenome.

A lei não exige a participação dos pais biológicos no processo de adoção de maior de idade, cabendo ao adotante formular pedido na inicial de dispensa. No entanto, o Ministério Público tem se posicionado contrário a este tipo de pedido, primando pela necessidade da citação em nome do interesse público de uso do nome (direito da personalidade). Essa aceitação de interesse público tem sido aceita por parte de membros do Poder Judiciário.

No entanto, não se deve afastar a concepção moderna de democracia que reconhece os cidadãos como pessoas que buscam a realização de desejos e preferências tipicamente seus, assumindo a responsabilidade por suas vidas. É direito personalíssimo, de observação obrigatória por um Estado Democrático de Direito

A pessoa por estar no ápice do sistema jurídico, devem seus direitos humanos ser respeitados, visto que as normas devem voltar-se para seu bem estar, direito de ordem ética e de validade universal fundadas na dignidade da pessoa humana e, destarte, devendo ser a pessoa valorizada na ordem jurídica.

O instituto da Adoção, por sua importância para o adotante, para o adotado, para a família, para a sociedade e para o Estado brasileiro, deveria ser mais utilizado e célere em seu processamento.

Seguindo os ensinamentos alhures apontados, nossos Tribunais vêm firmando jurisprudência tomando por base a autodeterminação do adotando, condicente com os direitos de personalidade e de outros princípios que com estes se relacionam, como depreende-se da decisão nos autos do Recurso Especial nº 2014/0067421-5/STJ, de relatoria do eminente Ministro Ricardo Villas Lobo Cueva, da Terceira Turma, publicado no Diário da Justiça eletrônico, reconhecendo a desnecessidade do consentimento do pai biológico na adoção socioafetiva cuja paternidade restou demonstrada. Cita-se, também, a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Recurso de Agravo de Instrumento 0064207-57.2010.8.19.000, de relatoria da eminente Desembargadora Lisa Bottrel Souza – Julgamento no dia 20/12/2010, onde reconheceu a

procedência dos embargos contra decisão interlocutória que determinou a emenda da inicial para inclusão no polo passivo dos pais biológicos por se tratar de adoção de maior, cuja obrigatoriedade nos termos do ECA não se aplica por ser de aplicação subsidiária, notadamente que o adotando foi abandonado desde tenra idade.

As decisões apontadas são no sentido de que com a cessação do poder familiar, a vontade do adotante e do adotado é suficiente para o deferimento do pedido de adoção, desde que haja os laços de sentimento entre ambos pela convivência e por os pais biológicos não terem o direito subjetivo de figurar no polo passivo da relação jurídica, não há a necessidade de citação.

A adoção de adulto, por sua importância para o adotante, para o adotado, que na condição de adulto já é plenamente capaz de decidir o que é melhor para sua vida (art. 5º, caput, do CCB), para a família socioafetiva, para a sociedade e para o Estado brasileiro, deveria ser mais utilizado e mais célere seu processamento.

CONCLUSÃO

Foi demonstrado ao longo deste trabalho que o instituto da adoção no Brasil vem evoluindo ao longo de sua História, inicialmente com caráter informal até ser regulamentado pelo Código Civil de 1916. Com advento da Constituição Federal de 1988, conhecida por Constituição Cidadã, tendo por escopo o princípio da dignidade humana, muitos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos da personalidade, foram inseridos em seu texto, concretizando-se com as garantias constitucionais.

No entanto, por não ter a Constituição Federal conceituado a dignidade humana, o que se o fizesse, correria o risco de restringir seu amplo alcance, ensejou inúmeras interpretações nos direitos fundamentais individuais e coletivos e, desta forma, proporcionando inúmeras decisões judiciais divergentes.

No que concerne à adoção de menor de idade, a lei infraconstitucional foi mais detalhista, não deixando muita margem para interpretações fora do contexto legal.

O ECA, de caráter protecionista, adotou normas gerais, cuja aplicabilidade subsidiária deverá ser efetivada no processo de adoção de adulto, pois detém o princípio da dignidade humana como escopo.

A Adoção de adulto na legislação brasileira difere da adoção de menor de idade no que concerne à condição jurídica do adotado, notadamente, em relação a sua emancipação civil. Consiste na valorização da relação socioafetiva entre adotante e adotado, relação paterno filial, adquirida no convívio do adulto quando menor em estado de vulnerabilidade do ponto de vista material e afetivo, e, desta maneira, deve ser efetivada pelo Poder Judiciário, que, aliás, vem firmando entendimento da desnecessidade de figurar os pais no

polo passivo, destarte, não havendo a obrigatoriedade da citação destes, em consonância com as regras gerais do ECA.

Mas, o Poder Judiciário pode avançar mais na efetiva e célere prestação jurisdicional na adoção de adulto através de edição de Súmula Vinculante quanto à desnecessidade de citação dos pais biológicos, muitos que sequer o adotando conhece, mas que opôs seu nome na Certidão de Nascimento, portanto, cuja citação se torna inviável por desconhecer sua qualificação, o que inviabiliza sua citação editalícia para integrar a relação processual na Ação de Adoção. Por outro lado, o descumprimento dos deveres da paternidade previsto na legislação pátria deveria ser motivo mais que suficiente para afastar a necessidade de figurar no polo passivo e, via de consequência, a desnecessidade de citação.

REFERENCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum, 32ª ed. São Paulo: Saraiva.2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum, 32ª ed. São Paulo: Saraiva.2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Vade Mecum, 32ª ed. São Paulo: Saraiva.2021.

BRASIL, Escola. **Direitos da personalidade**. Disponível em <https://monografia.brasilecola.uol.com.br/direito/direitos-da-personalidade-direito-ao- nome.htm>. Acesso em 12 de setembro de 2021.

CASSETARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

DE CARVALHO, Dimas Messias. **Adoção, Guarda e Convivencia familiar**, 2ª ed, Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**, 10ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FERREIRA, Rodrigo Gondim. **Direitos da personalidade: análise do artigo 11 do Código Civil de 2002**. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9709/direito-da-personalidde-analise-do-artigo-11-do-codigo-civil-de-2002>>. Acesso em 05 de agosto de 2021.

FILHO, Salomão Ismail. **Uma definição de interesse público e a priorização de direitos fundamentais**. Disponível em <<https://conjur.com.br/2016-mar-28/mp-debate-interesse-publico-priorização-direitos-fundamentais?imprimir=1>>.

FRANÇA, Philip Gil. **Interesse Público, um conhecido conceito não determinado.** Disponível em <<https://direitodoestado.com.br/colunistas/philip-gil-frsnca/interesse-publico-um-conhecido-conceito-nao-indeterminado>>. Acesso em 22 de julho de 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** In Conselho da Justiça Federal, Brasília. Out/dez. 2004. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/83>>. Acesso em 21 de maio de 2021.

MELO, Nehemias Domingos de. **Princípio da dignidade humana e a interpretação dos direitos humanos. Revista Jus navegandi,** Issn 1518-4862 Teresina, ano 26, n. 6395,3jan.2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos87693/o-principio-da-dignidade-e-a-interpretacao-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 20 de agosto de 2021.

PEREIRA, Aline Ribeiro. **Princípio da dignidade da pessoa humana.** Disponível em <<https://aurum.com.br/blog/principio-da-dignidde-da-pessoa-humana/>>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil,** Volume 6, 27ª ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

ZANI, Ana Paula. **Direitos da personalidade.** Disponível em <<https://www.aurum.com.br/blog/direitos-da-personalidade/>>. Acesso em 30 de setembro de 2021.