

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1122

(Ano XIV)

(19/11/2022)

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 1122



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1122, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 862 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Crime eleitoral de divulgação de pesquisas falsas: o abuso é de quem?
Eduardo Luiz Santos Cabette, 10.

ARTIGOS

Abordagem jurídica da violência obstétrica acerca da violação dos direitos da mulher e os critérios legais de responsabilização
Yasmin Cristiny de Melo Freitas, 15.

A revitimização de crianças e adolescentes e suas consequências na persecução penal
Barbara Marques Pereira, 33.

Deep web e atividades criminosas: os crimes mais comuns e as dificuldades na investigação
Diego Akacio Brandão Pereira, 47.

Função social do contrato: um estudo sobre a constitucionalização do direito contratual brasileiro
Jefter Gomes Santos, 65.

Paridade das partes no processo: A paridade de armas entre o autor e o réu no processo civil frente a falta de oportunidade de emenda à contestação
Pedro Henrique de Araújo Xavier e Junio Soares Freire, 74.

Audiência de instrução e julgamento por videoconferência no processo penal em tempos de pandemia: avanço ou retrocesso
Luis Ricardo Miranda de Sousa, 88.

Síndrome de burnout: uma consequência do assédio moral organizacional.
Kenny Neres Coelho, 111.

Ineficácia da Lei Maria da Penha para mulheres indígenas
Anna Maria Santos Soares, 123.

Multiculturalismo e novos direitos
Maria Cristina Almeida Pinheiro de Lemos, 139.

Amparo político e jurídico brasileiro com os imigrantes venezuelanos no município de Palmas – TO
Gabrielle Oliveira Paiva, 149.

Aspectos jurídico-sociais acerca da doação e transplantes de órgãos e tecidos no Brasil
Wellington Sousa Santos de Moraes, 164.

Herança digital no Brasil: a sucessão de direitos relativos às redes sociais no ordenamento jurídico brasileiro

Isabelly Pacheco Brandão, 178.

Da monogamia no ordenamento jurídico pátrio: uma autorização constitucional

Pedro Terra Amâncio de Resende Caixeta, 192.

As organizações criminosas e as alterações legislativas promovidas com a promulgação da Lei 13.964/19

Lucas Matheus de Campos Barroso, 211.

Responsabilidade civil do Estado frente a construção de moradias irregulares em áreas de risco

Roberta Pereira Linhares, 229.

Uma análise do nascimento do estado moderno e seu desenvolvimento a partir dos contratualistas

Mateus da Silva Fernandes, 244.

Compatibilização do uso de NFT com a proteção de direitos autorais de programas de computador à luz da Lei n. 9.609/1988

Marina Gabriela Menezes Santiago, 255.

Dificuldades encontradas na efetivação da Lei Maria da Penha

Mateus Rodrigues Soares Noletto, 270.

Causas e efeitos que trazem as excludentes de ilicitude

Adelson Filho Silva Santos, 279.

Unidade de conservação ambiental de Gurupi: ICMS Ecológico para um meio ambiente equilibrado.

Edilane Sousa Castro Rodrigues, 286.

O ônus da prova da boa e da má-fé no crime de moeda falsa

Nícolás Bortolotti Bortolon, 299.

Como definir se uma operação será tributada pelo ISS ou ICMS?

Raysnara Adriana de Menezes Barbosa e Fernanda Matos F. de O. Jurubeba, 317.

Assédio moral nas relações de trabalho: estágio nível superior

Joslane Soares de Brito Aires, 338.

Violência obstétrica sob a ótica do caso Shantal Verdelho

Narasmym Torres de Assunção, 355.

Aplicabilidade da Lei Maria da Penha à mulher transexual vítima de violência doméstica e familiar: análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Márcio Dannel Tavares Leal e Francisco Lucas De Andrade Araújo, 372.

A educação no cárcere: da previsão à realidade

Bianca Rocha Suzuki, 388.

Limites da sucessão legítima e testamentária – comparação entre os sistemas de civil law e common law

Rafael Bortoletto Sette, 411.

Execução provisória da pena como antecipação de pena definitiva

Domingos José Rodrigues Cavaleiro, 441.

A linguagem jurídica como obstáculo ao acesso à justiça

Ana Luize de Azevedo Santullo Vilella, 451.

Acordo de não persecução penal: Análise da Retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal em ações penais em curso e sua composição

Julia de Vilhena Borges, 455.

O tráfico de animais silvestre no Brasil, uma atividade ilícita baseada no sofrimento e a (in)eficácia da legislação

Thalita Lohanna Sampaio Tavares, 468.

Análise da intervenção do Estado no âmbito do poder familiar

Marjory Rebeca Azevedo Souza, 487.

A inclusão digital e a Constituição Federal: a PEC n.º 47 de 2021 e seus reflexos na garantia dos direitos fundamentais

Geovane Cesário da Silva, 504.

Ausência de representatividade nos cargos presidenciais da Ordem dos Advogados do Brasil: uma análise sobre a violência de gênero institucional recente que assola todo o país

Jéssica Maria de Lima Rocha e Vitória Andressa Loiola dos Santos, 515.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a proteção do trabalhador frente à autonomia da vontade das partes na Reforma Trabalhista

Maria Eduarda Moreira de Medeiros, 521.

Os direitos coletivos de trabalho em tempos excepcionais: Efeitos nos acordos de trabalho sob as normas no curso da pandemia

Adriano França Lopes, 541.

Obrigações da Administração Pública frente aos impactos causados pelo covid-19

Felipe Carneiro Chaves, 552.

Tributação: uma análise da ferramenta de ajuste socioeconômico que promove o desenvolvimento nacional

Vitória Andressa Loiola dos Santos e Jéssica Maria de Lima Rocha, 566.

Violência doméstica contra idosos no município de Teresina- PI

Leda Maria Carvalho Machado, 574.

Análise da eficiência e eficácia na pena de morte como instrumento de defesa social

Ana Luiza Oliveira de Souza, 592.

Um breve ensaio acerca da abordagem do país no que concerne a regulamentação das criptomoedas na legislação brasileira de acordo com o projeto de Lei 4401/2021

Daniela de Sousa Martins e Odi Alexander Rocha da Silva, 604.

Pandemia da covid-19: uma análise sobre a ponderação dos direitos fundamentais

Maria Livia Bandeira de Sousa, 618.

Os impactos econômicos e psicológicos sofridos pelos empregados públicos da infraero em Imperatriz-MA após a concessão do aeroporto

Lenilson Araújo Silva, 633.

A legítima defesa putativa (ficta) como forma de excludente de culpabilidade e seus elementos de caracterização a luz do direito penal brasileiro.

Ary Magno Soares Martins, 645.

A responsabilidade civil do Município por danos causados por obstruções nas vias urbanas de trânsito

Brunno Moreira Noletto, 654.

A mediação como método eficaz para a resolução dos conflitos familiares

Marcos Moreira da Silva, 670.

Intolerância religiosa no Brasil: análise da legislação penal na proteção da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença diante a discriminação das religiões de matriz africana.

Thais Lorrane Gomes dos Santos Silva, 688.

Crime de Estelionato: alterações advindas da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime)

Alenita dos Santos, 699.

Violência obstétrica e a importância da criação de leis específicas

Claudiane Souto da Silva, 715.

A nova lei do abuso de autoridade e os impactos causados nas instituições do estado democrático de direito

Valdenilson Pinheiro da Silva e Salim Guimaraes Sena e Girlaine Candida de Sá, 373.

A relação entre a ausência de fiscalização por parte do poder público quanto às medidas protetivas e o número de feminicídio

Maria Luiza Vieira Rocha Dias e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, 752.

Os Limites Constitucionais à Propriedade Privada: Estudo do Projeto Novo Recife, conforme a função social da propriedade.

Felipe de Andrade Sá, 768.

A efetividade da Lei nº 12.318/2010 na prevenção e repressão da alienação parental

Renner Braga da Silva, 823.

Violência doméstica e a violência psicológica

Marco Polo Vicente e Jhuliana Coelho Monteiro da Silva, 840.

A inexigibilidade de licitações à luz da nova lei de licitações – Lei 14.133/2021

Victória Magalhães Damascena, 853.

CRIME ELEITORAL DE DIVULGAÇÃO DE PESQUISAS FALSAS: O ABUSO É DE QUEM?

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

Não é possível alegar desconhecimento quanto à enorme disparidade entre as pesquisas divulgadas por vários institutos para o primeiro turno das eleições de 2022 e os resultados reais. A não ser por um fenômeno de cegueira voluntária é inviável alegar a inexistência ao menos de indícios de fraude a merecerem a devida apuração administrativa e criminal. ¹

Como seria natural num Estado Democrático de Direito, o CADE e a Polícia Federal instauraram as devidas apurações de acordo com suas atribuições constitucionais e legais.

No entanto, o Ministro Alexandre de Moraes, na Presidência do TSE, determinou o trancamento desses procedimentos em uma sucinta e não devidamente fundamentada decisão.

Alegou o Magistrado que o CADE e a Polícia Federal apresentam como justificação para suas apurações apenas a “desconformidade dos resultados das urnas com o desempenho dos candidatos retratados nas pesquisas”, sem que haja “indicativos mínimos de formação de vínculo subjetivo entre os institutos” e práticas ilícitas.

Seria de se concordar com o Magistrado, acaso os supostos “erros” de pesquisa não fossem tão amplos, bem como não fossem, “coincidentemente”, direcionados apenas a um dos lados da disputa eleitoral. Como se disse no início deste texto, somente uma cegueira deliberada pode fazer com que não se enxerguem indícios de alguma irregularidade que precisa ser apurada. Além do mais, evidenciar vínculos subjetivos, conluíus criminosos, associações, organizações, compras de pesquisas ilegais, entre outros fatos de interesse, somente será possível mediante prévia investigação profunda. Pretender que a prova de um ilícito complexo ou indícios mais veementes estejam presentes já no momento da suspeita ou da “notitia criminis” significa paralisar a atuação da justiça, que, além de cega, passa a ser tetraplégica e muda.

Incrivelmente na decisão do Magistrado enfocado, há até mesmo a alegação de que os responsáveis pelo desate das devidas investigações incidiriam em crimes de abuso de autoridade. Estranhamente, para fazer essa alegação, o Magistrado não aponta o que exige inicialmente dos outros, ou seja, qualquer indício do elemento subjetivo específico (dolo específico) necessário à

¹ ALENCAR, Yasmin. Institutos de Pesquisa Mentiram e Exacerbaram Diferença entre Lula e Bolsonaro. Disponível em <https://brasilsemmedo.com/os-institutos-de-pesquisas-mentem-entenda/>, acesso em 14.10.2022. Anote-se que as diferenças entre pesquisas e resultados também foram enormes em relação a quase todos os pleitos para Governador e Senador, sempre com o viés de reduzir as intenções de voto com relação a candidatos de direita.

configuração de eventual crime de abuso de autoridade, conforme exigência do artigo 1º, §§ 1º. e 2º., da Lei 13.869/19. Parece que há uma legislação para o Ministro Moraes e outra para todas as demais autoridades brasileiras, bem como para a população. Frise-se que no caso das pesquisas possivelmente falsas, há clara e evidentemente elementos objetivos a justificarem apurações, o que não somente não possibilita a menor sombra de dolo específico de abuso, como está a indicar a obrigação das autoridades de agirem, ao reverso, sob pena de prevaricação. Não obstante, tal qual as pesquisas, a decisão do Magistrado é enviesada.

Alega ainda o Magistrado prolator da decisão sob comento “incompetência dos órgãos” que determinaram as investigações, bem como “usurpação das funções constitucionais da Justiça Eleitoral”.

Em primeiro lugar é interessante apontar como é possível que numa decisão proferida por Ministro do STF e atual Presidente do TSE não se prime pela correção terminológica. Os órgãos administrativos envolvidos não detém “competência” alguma e, por isso mesmo, não podem ser considerados “incompetentes” para nada. *Competência é medida de jurisdição*, na tão conhecida fórmula jurídica ensinada já nos primeiros contatos com a Teoria Geral do Processo nos bancos acadêmicos. Portanto, somente magistrados detém competência. Órgãos administrativos em geral e a Polícia Judiciária não detém “competências” e sim “atribuições”.

Feito esse ajuste terminológico necessário (embora não devesse ser necessário), é preciso dizer que não assiste razão ao Ministro Alexandre de Moraes quando afirma ausência de “atribuição” dos órgãos, bem como eventual “usurpação” das funções da Justiça Eleitoral.

Em primeiro lugar, eventual liame entre institutos de pesquisa e outros grupos midiáticos no sentido de monopolizar a atividade não diz respeito à Justiça Eleitoral, mas sim, ao reverso, ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). O órgão em destaque tem três funções de caráter administrativo: preventiva, repressiva e educativa. Ademais, como autarquia responsável pela defesa da livre concorrência, tem a responsabilidade de coibir as condutas que violam a competitividade no mercado brasileiro (vide artigos 3º, 4º. e seguintes da Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/11).² Assim sendo, o que se opera, na verdade, é uma indevida ingerência do Judiciário em atividade típica do Executivo, violando a tripartição de poderes sem qualquer fundamento jurídico ou fático.

Quanto à atribuição da Polícia Federal, está disposto na Constituição que tem exclusividade no exercício das funções de Polícia Judiciária da União, bem como para a apuração de infrações penais referentes a bens, serviços e interesses da União (vide artigo 144, inciso I e § 1º, incisos I e IV, CF). Saliente-se que a Justiça Eleitoral é entidade Federal, razão pela qual seus serviços e interesses estão diretamente vinculados à União (artigo 118 e seguintes, CF). Tanto é assim que é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a atribuição para a

² COMPETÊNCIAS: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias>, acesso em 14.10.2022.

investigação de crimes eleitorais é da Polícia Federal, sendo a atuação concorrente das Polícia Cíveis dos Estados meramente supletiva. 3

É bem verdade que a Resolução 23.396/13 do TSE, ao confirmar que a Polícia Federal exerce as funções de Polícia Judiciária e investigativa a respeito de crimes eleitorais, com atuação meramente supletiva das Polícia Cíveis dos Estados, subordina tais órgãos administrativos à Justiça Eleitoral (vide seus artigos 1º. e 2º., Parágrafo Único). Além disso, condiciona a instauração de Inquérito Policial para apuração de ilícitos eleitorais a prévia determinação da Justiça Eleitoral, ressaltando somente a situação de Prisão em Flagrante (vide seu artigo 8º.).

Acontece que tal Resolução não pode se sobrepor à Constituição Federal, ao Código Eleitoral e aos Códigos Penal e de Processo Penal. Isso sim constitui uma indevida usurpação judicial da atribuição do Poder Legislativo e infração deslavada ao Princípio da Legalidade e Separação dos Poderes.

O Código Eleitoral (Lei 4737/65) estabelece em seu artigo 355 que os crimes eleitorais são de *ação penal pública incondicionada*. Também determina a aplicação subsidiária do Código Penal e do Código de Processo Penal (respectivamente artigos 287 e 364 do Código Eleitoral). Assim sendo, conforme as normas legais vigentes, a Autoridade Policial com atribuição *pode e deve* atuar *de ofício*, instaurando investigação diante da "notitia criminis" de qualquer crime eleitoral (artigo 100, CP e artigo 5º., I c/c 24, CPP). Nada existe legalmente a vincular a atuação da Autoridade Policial a alguma autorização ou necessária requisição judicial, ministerial ou seja lá o que for. Diante do crime de ação penal pública, determina a lei a atuação "ex officio" e independente das Autoridades Policiais. A Constituição Federal, por seu turno, estabelece a atribuição da Polícia Federal ou supletivamente das Polícia Cíveis para tais casos, conforme já demonstrado. Nada obsta, portanto, a atuação independente, com base na Constituição e nas leis, por parte das Autoridades Policiais. Nesse passo é forçoso reconhecer que a Resolução 23.396/13 TSE é inconstitucional e ilegal.

No caso concreto há notícia de possível prática de crime eleitoral de divulgação de pesquisas falsas, conforme previsto no artigo 33, § 4º. c/c 35 da Lei Geral das Eleições (Lei 9.504/97). Também essa legislação determina a aplicação subsidiária dos Códigos Penal e de Processo Penal, bem como estabelece que os crimes nela previstos são de ação penal pública incondicionada, fazendo referência, em seu artigo 90, aos artigos 287, 355 e 364 do Código Eleitoral (Lei 4.737/65).

Em suma, toda a legislação vigente confronta a Resolução sobredita do TSE, demonstrando claramente a independência da Polícia Judiciária para a apuração de crimes eleitorais, o que, aliás, não poderia ser de outra forma.

Mas, talvez este autor pudesse ser acoimado como um mero jurista idiossincrático que se vale de malabarismos para defender uma tese. É mais que evidente, pela simples leitura dos dispositivos legais e constitucionais aventados, que essa imputação seria injusta e infundada. No

3 SENNA, Miguel de Almeida Moura. Atribuição Concorrente para a Investigação de Crimes Eleitorais. *Revista Segurança Pública & Cidadania*. Volume 2. Brasília: Jan./Jun., 2009, p. 97 – 117.

entanto, como vivemos em um ambiente sombrio sob o ponto de vista moral, intelectual, político e jurídico, não seria de se espantar nem um pouco.

Acontece que nem mesmo isso, ainda que de forma indevida, pode ser acenado contra nossas demonstrações e conclusões (a não ser em atuação de puro capricho ou voluntarismo irracional). Isso porque é o próprio TSE, *em decisão unânime*, incluindo voto do Ministro Alexandre de Moraes, que já decidiu sobre a impossibilidade de coartar ou inibir a atuação imediata, independente e “ex officio” da Polícia Federal na investigação dos crimes eleitorais. Vejamos:

Durante a sessão administrativa realizada nesta quinta-feira (29.04.2021), o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral aprovou, **por unanimidade**, instrução que mantém o poder da polícia judiciária para instaurar inquérito de ofício e apurar infrações eleitorais.

A análise do assunto ocorreu a partir de requerimento da Polícia Federal para alteração da Resolução TSE no 23.396 de 2013, que dispõe sobre a apuração de crimes eleitorais a fim de prever a legitimidade da polícia judiciária para instaurar tais inquéritos.

O julgamento foi retomado com o voto-vista do ministro Edson Fachin, que seguiu o mesmo posicionamento anteriormente apresentado pelo relator, ministro Alexandre de Moraes.

Fachin ressaltou que a exclusividade do magistrado no exercício do poder de polícia no âmbito administrativo eleitoral não inviabiliza a possibilidade de instauração de inquérito policial de ofício pela autoridade policial.

Segundo ele, o sistema procedimental para instauração de inquéritos não encontra disciplina no Código Eleitoral, mas sim no Código Penal.

“Essa compreensão vai na linha do artigo 364 do Código Eleitoral, que preconiza a aplicação subsidiária e supletiva do Código Penal no julgamento dos crimes eleitorais”, disse o ministro, ao afirmar que não vê contradição entre o artigo 356 do Código Eleitoral e o artigo 5º do Código Penal.

Fachin finalizou destacando que o pleno exercício das funções institucionais da polícia na instauração de inquérito para crimes eleitorais, além de aproximar o sistema procedimental de apuração dos crimes eleitorais ao sistema dos crimes não eleitorais, poderá imprimir maior eficiência na repressão dos ilícitos com uma atuação

cooperada objetiva e imparcial, “que é o que se espera das instituições que atuam no combate ao crime” (grifos nossos). 4

É de se constatar, de forma evidente, que a decisão do Ministro Alexandre de Moraes não somente viola a legalidade e a constitucionalidade, mas até mesmo o posicionamento unânime do Tribunal Superior que preside e sua própria consciência a respeito do tema enfocado. Parece que o abuso de autoridade atribuído a outrem sem sequer menção de configuração do dolo específico, se acha muito mais nítido, inclusive quanto ao seu necessário elemento subjetivo, nessa atuação evidentemente ilegal, inconstitucional e até mesmo autocontraditória do Magistrado enfocado. Nesse caso, especialmente a autocontradição está a demonstrar, no mínimo, indícios de dolo abusivo legalmente exigido. Resta saber se pretenderá reprimir abusivamente as autoridades administrativas que somente cumpriram seu dever (abuso de autoridade) ou ficará somente na caprichosa prática de ato de ofício em desconformidade com as normas legais (prevaricação).

Depois disso, não há mais nada a dizer, a não ser lembrar do sábio ensinamento bíblico a respeito das manifestações do homem justo:

“Seja, porém, o vosso falar: Sim, sim; Não, não; porque o que passa disto é de procedência maligna” (Mateus, 5,37).

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Yasmin. Institutos de Pesquisa Mentiram e Exacerbaram Diferença entre Lula e Bolsonaro. Disponível em <https://brasilemmedo.com/os-institutos-de-pesquisas-mentem-entenda/>, acesso em 14.10.2022.

COMPETÊNCIAS: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/competencias>, acesso em 14.10.2022.

SENNA, Miguel de Almeida Moura. Atribuição Concorrente para a Investigação de Crimes Eleitorais. *Revista Segurança Pública & Cidadania*. Volume 2. Brasília: Jan./Jun., 2009, p. 97 – 117.

TSE mantém possibilidade de Polícia Judiciária instaurar inquéritos policiais e apurar infrações eleitorais. Disponível em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Abril/tse-mantem-possibilidade-de-policia-judiciaria-instaurar-inqueritos-policiais-e-apurar-infracoes-eleitorais>, acesso em 14.10.2022.

4 TSE mantém possibilidade de Polícia Judiciária instaurar inquéritos policiais e apurar infrações eleitorais. Disponível em <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Abril/tse-mantem-possibilidade-de-policia-judiciaria-instaurar-inqueritos-policiais-e-apurar-infracoes-eleitorais>, acesso em 14.10.2022. Processo relacionado: IN 0000958-26.2013.6.00.0000.

ABORDAGEM JURÍDICA DA VIOLÊNCIA OBSTETRÍCIA ACERCA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER E OS CRITÉRIOS LEGAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO

YASMIN CRISTINY DE MELO FREITAS:

Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro

RESUMO: Objetiva-se documentar e relatar os incidentes em ambientes hospitalares na ala de obstetrícia, a fim de compreender a violência obstétrica cometida por médicos e profissionais de saúde, bem como analisar seus impactos nos direitos e na vida das mulheres vítimas desta violência. Portanto, faz-se necessário demonstrar ao longo deste artigo se a falta de uma legislação específica gera impunidade aos autores, verificando a eficácia do sistema judiciário na punição das vítimas por violência obstétrica e explicando os danos às vítimas e as circunstâncias humilhantes que estão expostas durante a gestação. A metodologia aplicada a este documento ocorreu através de uma revisão literária a partir de livros presentes na legislação e periódicos específicos da esfera de Direito. Para a inclusão destes dados, foram selecionados documentos, obras bibliográficas, pesquisas extraídas de trabalhos acadêmicos, artigos científicos, jurisprudências e doutrinas, objetivando refinar a busca para casos mais recentes destas abordagens. As conclusões apresentadas devem fornecer uma visão geral do reconhecimento legal nos tribunais do Brasil, expondo as limitações do litígio de responsabilidade penal como uma via para abordar um problema sistêmico e fornecer uma comparação legal de outras jurisdições. Por fim, recomendar-se-á algumas soluções potenciais para abordar de forma mais completa as causas da violência obstétrica.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Obstétrica, Direito Penal, Mulheres, Parturientes.

ABSTRACT: The document aims to report incidents in hospital environments in the obstetrics ward, in order to understand obstetric violence committed by doctors and health professionals, as well as analyze its impacts on the rights and lives of women victims of this violence. Therefore, it is necessary to demonstrate throughout this article whether the lack of specific legislation generates impunity for authors, verifying the effectiveness of the judicial system in punishing victims of obstetric violence and explaining the damage to victims and the humiliating circumstances that are exposed during the pregnancy. The methodology applied to this document occurred through a literary review from books present in legislation and specific periodicals in the sphere of Law. For the inclusion of these data, documents, bibliographic works, research extracted from academic works, scientific articles, jurisprudence and doctrines were selected, aiming to refine the search for more recent cases of these approaches. The conclusions presented should provide an overview of legal recognition in the courts of Brazil, exposing the limitations of criminal liability litigation as a way to address a systemic problem and providing a legal comparison of other jurisdictions. Finally, some potential solutions will be recommended to more fully address the causes of obstetric violence.

KEYWORDS: Obstetrical Violence, Criminal Law, Women, Parturients

1 INTRODUÇÃO

Os abusos em maternidades são relatados no Brasil desde a década de 1950. No entanto, não foi até a década de 2000 que o problema foi identificado como um problema social e de saúde mental.

A violação de mulheres e meninas no momento do parto foi documentado em vários contextos globais, incluindo países de alta renda, bem como países de renda média e baixa. Recentemente, tem havido uma maior atenção internacional a esta questão e um reconhecimento de que o tratamento abusivo está associado à baixa aceitação dos serviços de maternidade e ao abuso de saúde materno-infantil em alguns casos.

A importância de cuidados respeitosos e dignos no momento do parto tem sido um “ponto cego” na agenda global de saúde e justiça, mas o apelo por ação e responsabilização é agora um caso difícil de ignorar.

Como resultado, o debate atual e o ativismo global estão se voltando cada vez mais para o conceito de “violência obstétrica” para contextualizar e abordar padrões de abuso contra as mulheres e meninas no momento do parto e cesariana. Portanto, este artigo introduz esse conceito e explora sua potencial relevância no contexto brasileiro, tornando necessário abordar se a ausência de legislação específica leva à impunidade dos perpetradores, para verificar a eficácia do sistema judiciário em punir os perpetradores de violência obstétrica e explicar as consequências para as vítimas de violência obstétrica, os danos e o ambiente humilhante que enfrentam durante a gravidez.

Afim de contribuir academicamente e compreender os temas contidos neste documento, a seguir se baseará em uma revisão de literatura e pesquisa de artigos publicados, definições e formas de violência obstétrica, mecanismo de proteção à mulher, a ausência de legislação e sua relação ao fator de impunidade e a responsabilidade penal.

2 DEFINIÇÃO DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Vários termos são usados para descrever a violência contra mulheres e meninas no momento do parto e parto, incluindo abuso no parto, estupro, abuso e, mais recentemente, violência obstétrica (CEDAW, 2019).

Uma ampla gama de práticas e questões está relacionada a esses termos, incluindo negligência, abuso verbal e emocional, abuso físico, abuso sexual, falta de confidencialidade e cuidados voluntários e inadequados, uso não baseado em evidências de intervenções médicas, incluindo episiotomia de rotina, Indução do trabalho de parto, prevenção de parteiras e cesarianas desnecessárias (Bourdieu, 2012).

O conceito de violência obstétrica surgiu na América Latina e na Espanha na década de 2000 como uma extensão da luta radical pela humanização e desmedicação do parto, visando o empoderamento de mulheres e meninas durante a gravidez, parto e parto. Isso se tornou um termo legal no Brasil e vem sendo adotado por outros países desde 2009 (ARGONESE; LAGO, 2017).

Em alguns países, os perpetradores de violência obstétrica estão sujeitos a responsabilidade criminal, que em inúmeros momentos equivale a multas e reconhecimento de assinatura profissional e/ou institucional da violação.

Dadas as características das diferentes formas de violência que punem as mulheres, pode ser definida como a usurpação dos corpos e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, manifestada na desumanização da terapia, abuso de drogas e, portanto, um processo patológico natural que leva à autonomia. A perda de direitos e da capacidade de determinar livremente o próprio corpo e sexualidade podem impactar negativamente na qualidade de vida das mulheres (FEDERICI, 2009).

O uso do controverso termo “violência obstétrica” ao invés de rótulos mais neutros como “abuso” é parte de uma resposta deliberada a práticas problemáticas que em inúmeros momentos são formas de violência ocultas, invisíveis e não reconhecidas. Para ativistas e profissionais em contextos latino-americanos, o tratamento agressivo, humilhante e desrespeitoso de mulheres e meninas no momento do parto e parto é uma forma mais ampla e enraizada de violência de gênero e injustiça racial, de classe, idade e etnia parte da igualdade (FEDERICI, 2009).

O uso excessivo de intervenções médicas (principalmente episiotomia de rotina e cesarianas desnecessárias) também são definidos como exemplos de violência obstétrica. A ausência de responsabilização por maus-tratos por médicos hostis ao conceito de violência obstétrica no Brasil não tem implicações legais na América Latina, inclusive no Brasil, pois temem que possa criminalizar o atendimento de rotina (LEAL, 2014).

No entanto, a campanha de combate a abusos em unidades de obstetrícia e saúde por meios legais deve ser reconhecida pela falha de unidades específicas em abordar essas questões e responsabilizar os profissionais de saúde e as unidades de enfermagem por essas práticas (CEDAW, 2019).

Embora as causas básicas do tratamento abusivo sejam de fato complexas, incluindo sistemas de saúde inadequados – atenção insuficiente à ética da enfermagem na formação de parteiras, más condições de trabalho e profissionais de saúde sobrecarregados e legados históricos de desigualdade – não há desculpa. Responsabilizar indivíduos e instituições por práticas que desumanizam, degradam e prejudicam mulheres e meninas em momentos de vulnerabilidade (KALICHMAN; JRCM. 2016).

Esforços para mudar culturas institucionais que toleram formas médicas de violência e abuso precisam ser liderados por associações de médicos profissionais e conselhos institucionais (ZANARDO, 2017).

2.1 Formas de violência obstétrica

A violência pode assumir muitas formas, com foco na violência verbal, física e psicológica, e até mesmo na violência sexual. Quanto à expressão, que pode ser implícita ou explícita, as

consequências deixadas à vítima podem afetar sua integridade física, ou mesmo sua saúde ou segurança, ou mesmo sua saúde mental.

Tal violência pode ocorrer antes, durante e após o parto, bem como no contexto de um aborto. É considerada uma forma institucionalizada de violência que não se limita às maternidades e hospitais, mas pode ser praticada em qualquer unidade de saúde onde as gestantes procurem ajuda, como postos de saúde e consultórios dedicados a gestantes.

Com isso, o consentimento das condições estabelecidas por médicos e profissionais de saúde, fixados sem hesitação na mente societária, de que os profissionais tenham total controle sobre o que estão fazendo, acreditando que a alternativa é a melhor para o paciente, profissional. o pessoal com experiência prática e profissional atesta isso. Essa visão é tão forte que até os próprios médicos e enfermeiros, plenamente convencidos de que suas ações são melhores para seus pacientes, passam a realizar procedimentos mecanicamente, mesmo que não seja necessário. Além disso, algumas maternidades e hospitais empregam práticas inadequadas por não se preocuparem com o bem-estar das gestantes ou mães, onde surgem problemas porque a vítima está traumatizada e pode continuar indefinidamente, afetando sua saúde e trazendo traumas. Estilo de vida (REZENDE, 2014).

Uma forma de violência obstétrica antes do parto existe na intimidação e omissão de informações para que as pacientes comecem a buscar ajuda, neste caso durante o pré-natal.

Essa violência pode ser expressa quando a paciente solicita atualização do seu estado gestacional, e a resposta pode ser grosseira, brincando ou acusando a gestante de chorar, gritar e ter medo ou vergonha, e se ela expressar alguma dúvida.

No momento do parto, a violência pode assumir a forma de procedimentos realizados sem o conhecimento e consentimento da mãe. Outra forma de violência obstétrica é quando as mulheres são obrigadas a dar à luz em posições dolorosas e totalmente desconfortáveis enquanto as presidiárias permanecem algemadas no momento do parto.

D'Oliveira, Diniz e Schraiber (2002) descrevem a violência contra a mulher nas unidades de saúde de quatro formas que se combinam para levar a apenas um tipo de violência obstétrica: "Negligência (negação de atendimento), violência psicológica (ameaças deliberadas, gritos e humilhações), violência física (ferir, ferir, causar dor e sofrimento), violência sexual (assédio sexual e estupro) ”.

2.1.1 Violência física

Esta é uma das áreas listadas que envolvem violência física, que está fortemente relacionada a práticas e intervenções violentas e desnecessárias, principalmente sem o consentimento do paciente antes da realização do procedimento.

De acordo com a OMS (2002):

A violência física são atos violentos, nos quais se fez uso da força física de forma intencional, não-acidental, com o objetivo de ferir, lesar, provocar dor e sofrimento ou destruir a pessoa, deixando, ou não, marcas evidentes no seu corpo”, na Violência Obstétrica pode se manifestar de várias formas, como fórceps, laqueadura sem consentimento, episiotomia, esterilização compulsória, manobra de Kristeller, entre outras.

O abuso físico ocorre quando a integridade física da mulher não é respeitada ou não são oferecidas melhores alternativas de saúde, de modo que o dano à mãe acaba superando os benefícios esperados.

Em outros exemplos de violência obstétrica, a “episiotomia”, é um procedimento cirúrgico em que o médico usa um bisturi ou tesoura para aumentar a abertura do canal vaginal, às vezes sem anestesia.

Embora essa prática seja comum no cenário obstétrico, e embora não haja evidências de sua eficácia, essa técnica precisa ser limitada, pois causa dor física generalizada na parturiente durante e após o parto.

Outra técnica vista como fisicamente violenta envolve a “Manobra Kristeller”, que é frequentemente usada em hospitais para acelerar a expulsão de um feto.

Sauaia Serra (2016) reiterou que os movimentos realizados na parte superior do útero durante as contrações do trabalho de parto envolvem o uso das mãos, braços, antebraços e joelhos para empurrar o bebê em direção à pelve. Pode levar a lesões internas, ossos quebrados e contusões.

Portanto, entende-se que todos os procedimentos possíveis requerem a aprovação e consentimento prévios da mulher para proteger a privacidade e a saúde física e mental da paciente.

Portanto, o Código Penal define o crime de lesão corporal como artigo 129, que o define como um crime contra a integridade física ou a saúde de outra pessoa. São impostas multas que variam de três meses a um ano. As práticas médicas que se enquadram nesses delitos são a episiotomia e o toque excessivo sem autorização do paciente, que, além de causar danos físicos à vítima, também podem acarretar problemas psicológicos, pois sua integridade é violada.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

2.1.2 Violência psicológica e verbal

Outro aspecto da violência obstétrica, é a violência verbal, que ocorre quando o agressor de alguma forma rebaixa, insulta, abusa ou coage a mãe em uma discussão sem sentido.

Esses comportamentos muitas vezes levam sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, medo, instabilidade emocional e insegurança, que pode gerar e caracterizar a violência psicológica, ainda mais do que a dor do parto.

De acordo com Rogério Cunha e Ronaldo Pinto (2018):

A violência verbal, entendida como qualquer conduta que consista em calúnia (imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso), difamação (imputar à vítima a prática de determinado fato desonroso) ou injúria (atribuir à vítima qualidades negativas), normalmente se dá concomitantemente à violência psicológica.

O Código Penal regulamenta os tipos de casos de violência verbal, e os profissionais de saúde podem ser culpados de alguns delitos desonrosos, pois muitas vezes as mulheres são agredidas verbalmente quando se opõem às vontades que lhes são impostas. Eles são caluniados pelos regulamentos da arte, onde são prescritos. Seção 138, bem como difamação sob a seção 139 e lesão sob a seção 140.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo - lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa

É importante que os profissionais de saúde estejam cientes das diretrizes recomendadas pelo seu comitê relacionadas ao cuidado materno. O caso de cada paciente pode exigir uma abordagem diferente, mas entender as recomendações é fundamental. Isso porque qualquer tipo de violência pode causar danos psicológicos e até mesmo eventos traumáticos às pacientes que podem levar à depressão pós-parto.

O Código Penal prescreve em seu art. a quintessência da violência psicológica. A Seção 146 prevê o profissional de saúde que constranger uma pessoa pela força ou ameaça, ou após limitar a possibilidade de resistência de qualquer outra forma.

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa

2.1.3 Violência por negligência

A violência obstétrica também inclui a negligência do atendimento quando este é prestado e a recusa do atendimento quando a mulher está grávida. Essa negligência é um terceiro aspecto do tratamento desumano durante a gravidez.

Qualquer mulher que dê à luz tem o direito de esperar cuidados de saúde decentes, independentemente da ausência de instalações de saúde ou maternidades. Eles também têm direito a ajuda durante o pré-natal e até o parto. Mesmo que a gravidez tenha sido causada por um aborto espontâneo ou intencional.

Uma violação do art. 129 do código penal afirma que qualquer paciente deve receber o melhor atendimento possível em todas as circunstâncias. Isso porque deixar de prestar os devidos cuidados pode ser considerado crime. Um protocolo médico específico deve ser estabelecido para proteger a saúde da mãe para evitar possíveis consequências relacionadas a este crime

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

3 MECANISMOS DE PROTEÇÃO A MULHER

A Venezuela, oficialmente conhecida como República Boliviana da Venezuela, foi o primeiro país sul-americano a definir e classificar a violência obstétrica como crime. A Lei nº 38.668 foi promulgada em 23 de abril de 2007.

Denominada Lei Orgânica do Direito da Mulher a Viver Livre da Violência (Venezuela, 2007), seu artigo 1º visa prevenir, tratar, punir e eliminar todas as formas de violência contra a mulher, garantindo efetivas salvaguardas e promovendo condições dos direitos das mulheres.

Constituído por 123 e 7 cláusulas transitórias, centra-se nos princípios orientadores estabelecidos no artigo 2º e, além de enumerar os direitos que protegem, descreve também os mecanismos pelos quais esses direitos são concretizados.

Nesse sentido, pode-se concluir que a Lei nº 38.668/07 é um diploma que reflete o foco do governo em promover a violência contra a mulher e torná-la mais acessível ao público.

Além disso, em 2009, a Argentina aprovou a Lei nº 26.485 destinada a prevenir, punir e erradicar tal violência contra a mulher. Nesse sentido, ele conceituou a violência obstétrica no artigo 6º como a violência dos profissionais de saúde que em inúmeros momentos veem o parto como um evento médico e ameaçam os direitos reprodutivos das mulheres.

Aquella que ejerce el personal de la salud sobre el cuerpo u los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 26.485/09 (ARGENTINA, 2009).

A partir dessa disposição, as vítimas passaram a condenar o caso e os perpetradores passaram a ser punidos. A mesma lei também prevê a proteção dos direitos das mulheres, recém-nascidos e pais, mesmo após o parto.

Vale ressaltar que, há muitos anos, a Argentina identifica a violência obstétrica como uma situação que requer intervenção em nível federal, o que estimula as vítimas a condenar os abusos sofridos, o que não acontece no Brasil, onde não há respaldo legal.

No âmbito legislativo, medidas mitigadoras, como a promulgação de leis que legalizam a obrigatoriedade de ter um parceiro durante todo o processo reprodutivo, comumente conhecido como Lei do acompanhante (11, 108/2005), tiveram grande impacto na autonomia materna, tornando a presença de um sócio deve ser indicada em seu art. 19.

Art. 19. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. § 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. § 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo (BRASIL, 2005).

O texto normativo estabelece que os hospitais são obrigados a autorizar o acompanhamento no momento do parto, no momento do parto e em até 10 dias após o parto, a pedido da gestante. O parceiro deve ser escolhido pela mãe e pode ser qualquer pessoa, independente de sexo ou parentesco.

Embora não haja legislação específica que abranja a conduta do conflito violento obstétrico, algumas foram mencionadas aqui, como realizar procedimentos dolorosos sem seu consentimento, violar diretrizes estabelecidas no código de ética do médico e nem mesmo administrar anestésicos às pacientes. Os procedimentos que exigem tais medidas, mesmo desconsiderando e recusando o atendimento em hospitais, são regidos por lei.

A Lei do Estado de Santa Catarina nº 17.097/2017 estabelece um caminho evolutivo no que diz respeito ao tratamento da mulher com dignidade, respeito e liberdade de escolha, conceituando a violência obstétrica como crime. (Estado de Santa Catarina. Lei nº 17.097 de 2017).

O Projeto de Lei 7.633/2014, apresentado pelo ex-deputado Jean Wyllys, que está na Câmara dos Deputados desde 2014, visa se posicionar sobre os direitos e princípios que norteiam as gestantes durante ou após o parto. Para este projeto, a principal base é garantir o tratamento de alta qualidade das mulheres pelas equipes médicas em ambiente hospitalar.

Portanto, é compreensível que alguns locais sejam mais cautelosos sobre os temas discutidos, enquanto no Brasil, um conjunto de regras aplicáveis pode dar margem a diferentes interpretações, gerando instabilidade e insegurança jurídica. Portanto, é necessário refletir sobre as

disposições da legislação argentina existente e desenvolver critérios específicos para o desenvolvimento adequado de novos textos legais.

No entanto, Lima (2020, p. 17) afirma que “mesmo na ausência de legislação específica, o Brasil possui leis que conferem proteção legal ao tratamento da maternidade com dignidade e respeito”. Da Hora Mendes (2019, p. 57) especifica que:

Em que pese no Brasil não haver legislação tratando do assunto, não impede que seja aplicada a responsabilização ao médico, nas esferas civil e penal. E não impede de sofrer sanções perante o conselho regional ao qual está vinculado, uma vez que tal prática caracteriza um afronte aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e do Código de Ética Médica.

O Código Civil é utilizado para a responsabilidade civil final, como indenização por danos materiais ou morais, e em casos mais graves, para os tipos de crimes previstos no Código Penal, como lesão corporal na esfera penal (SPACOV, 2019). Veloso e Serra articulam o mesmo ponto:

Enquanto o ilícito civil é cometido pelo agente que, por ação ou omissão age de maneira voluntária com negligência, imprudência ou imperícia; o ilícito penal é cometido pelo agente que por ação ou omissão culpável, viola uma conduta tipificada pelo Direito Penal, contrariando um tipo penal específico (VELOSO; SERRA, 2016, p. 263).

A responsabilidade criminal por violência contra profissionais médicos envolve crimes como calúnia, injúria e injúria, bem como lesão corporal e intimidação. Além disso, a responsabilidade criminal pode ser atribuída aos médicos que cometeram confinamento ilegal ou homicídio (VELOSO; SERRA, 2016).

Os tipos penais que podem ser aplicáveis nos casos de violência obstétrica, podem ser: injúria, difamação (quando a gestante é atingida com palavras de baixo calão, que dizem respeito a cor de sua pele, condição social, escolaridade, entre outros), maus tratos (quando a gestante é injustamente privada de seus direitos), ameaça (quando há uma intimidação para com a gestante, ameaçando-a causar um mal injusto), constrangimento legal, homicídio (caracterizado pelo dolo eventual, quando o profissional age com negligência, imprudência ou imperícia) e com mais frequência lesão corporal (quando o médico realiza procedimentos sem a autorização da paciente, como a episiotomia, a aplicação de ocitocina e a manobra de kristeller) (DA HORA MENDES, 2019, p. 55).

Diante a Violência Obstétrica e dos direitos de discutir, integrar e ampliar o debate sobre o direito à dignidade e os direitos da mulher, entende-se que isso se refere ao caso brasileiro, compreendido pelas ações de médicos, funcionários do hospital, doulas, familiares ou parceiros ofender a gestante verbal ou fisicamente, durante o trabalho de parto ou mesmo no puerpério.

A cesariana está relacionada a maiores taxas de mortalidade materna, cerca de quatro a cinco vezes maiores do que o parto vaginal. Como resultado, as mulheres submetidas ao parto cesáreo têm cinco vezes mais chances de contrair infecções puerperais, além de mais chances de parto prematuro (KALICHMAN; JRCM, 2016).

Os direitos garantidos pela lei de acompanhamento são ainda protegidos pela Resolução Anvisa 36/2008, que, além das sanções sanitárias, abrange o direito de acompanhamento da gestante e o acesso à rede privada de saúde (ANVISA, 2008).

Em 2011, foi instituída a Rede Cegonha, estratégia do Ministério da Saúde para implementar a atenção humanizada ao recém-nascido, gravidez, parto e puerpério. Em 2014, a Portaria do Ministério da Saúde nº 371 de 2014 estabeleceu diretrizes para a organização da atenção integral e personalizada ao recém-nascido (RN) no Sistema Único de Saúde (SUS) (Brasil, 2014).

A Lei nº 13.257 de 2016 traz nova redação ao artigo 8º da Lei da Criança e do Adolescente, aprimorando os direitos das gestantes, incluindo em especial o artigo 8º, que garante expressamente o direito ao acompanhamento da saúde durante toda a gestação e parto normal, por meio da enfermagem, determina a aplicação do parto cesáreo, que envolve riscos para mãe e filho, além de custos adicionais ao sistema de saúde.

Posteriormente, o Despacho nº 353 de 2017 aprovou as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal e Outras Intervenções Cirúrgicas por Motivos Médicos e, a partir de agora, as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal (Brasil, 2017).

3.1 Direito de informação da parturiente

O impacto da violência obstétrica na vida da vítima é negativo e pode até interferir no desejo da mulher de conceber, mesmo fisicamente, quando a agressão física é acompanhada de sequelas do comportamento do agressor.

Vale ressaltar que o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à conscientização sempre foi uma boa opção para a divulgação de informações de caráter educacional e social.

Em seu texto, a Lei nº 4.173/17 estabelece informações e orientações que devem ser dadas às gestantes ou parturientes, pois muitas vezes as vítimas desconhecem a violência que estão vivenciando. Na referida lei, os legisladores aumentaram a utilização de panfletos distribuídos às grávidas e mães nas esferas pública e privada, deixando a elaboração dos panfletos ao Ministro da Saúde para uso dos centros de saúde.

Notavelmente, a violência obstétrica muitas vezes não é notificada devido à falta de informação que contorna a sociedade. A ausência de notificação pode levar a corrupção grave na contabilidade e registros de casos violentos, levando a condenações e condenações dos autores.

As mulheres grávidas e puérperas devem receber ajuda e informação adequadas, pois a ausência de informação e conhecimento da vítima torna ineficaz o combate à violência obstétrica

e afeta diretamente a formulação de políticas. E de desenvolver métodos para ajudar a reduzir e eliminar a violência obstétrica em nível nacional.

Abordagens voltadas à informação da gestante e do parto são ainda mais necessárias quando se percebe que muitos profissionais de saúde não compreendem as características típicas da violência obstétrica.

A conscientização e qualificação dos profissionais de saúde que atuam na linha de frente no atendimento e apoio às gestantes e mães é importante, pois auxilia na prevenção de novos casos de violência nos sistemas de saúde público e privado do Brasil.

Portanto, vale destacar que o conhecimento é um importante aliado na prevenção da violência obstétrica e, em termos de conhecimento e informação, cabe destacar que estes devem abranger não apenas as gestantes, mas também os profissionais da área e a sociedade em geral.

Nesse sentido, Liduina de Albuquerque Rocha e Souza e Aline Brilhante Veras destacam:

O enfrentamento à violência obstétrica compõe o arcabouço de ações que buscam melhorar a assistência à saúde materno-infantil, sendo importante para as mulheres assistidas, para os profissionais da área e para os gestores da saúde. (SILVA, 2019 p.94)

Em vista disso, é importante observar que tanto as gestantes quanto a equipe do hospital devem estar preparadas para o parto. De acordo com os fatos revelados pelos profissionais, essas informações levam a uma conscientização sobre os procedimentos de segurança e permitem que a mulher escolha o que fazer ou não com seu corpo, e para a segurança da saúde materno-infantil, os procedimentos precisam ser diferenciados quando aplicável.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada pelo Brasil, estabelece os princípios e procedimentos que orientam o desenvolvimento da legislação nacional, políticas e outros instrumentos.

Ressalta-se que o direito do paciente à autonomia, consentimento, esclarecimento e informação clara está consagrado na Declaração. Cabe destacar que grande parte da legislação brasileira é uniforme nesse sentido. Todos os pacientes têm direito a informações claras, incluindo pacientes surdos com leis de acessibilidade e assistência médica.

De acordo com o artigo 15 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) e os artigos 22 e 24 do Código de Ética Médica, todos têm o direito de consentir em qualquer tratamento ou intervenção que possa ser oferecido, salvo se houver risco iminente de morte, (CFM, 2009). Embora os direitos à informação e ao consentimento estejam arraigados no ordenamento jurídico, o Brasil ainda apresenta casos de extrema violação desses direitos no momento do parto, que configuram violência.

Nas instituições de ensino do Brasil, diante da capacitação e informação sobre a natureza da violência contra a mulher, além da natureza oculta do problema em si ou de informações que possam ocorrer em situações de conflito está faltando ou arruinando o problema.

Essas regras complicam o trabalho e fazem com que os serviços não existam, sejam insuficientes ou não atendam às necessidades reais. Conforme observado acima, as intervenções eficazes são baseadas em informações precisas sobre os tipos específicos de violência contra as mulheres que são alvo em contextos específicos (CEDAW, 2019).

Diante da socialização de mulheres que sofreram violência doméstica ou de outro tipo em seu cotidiano, é imprescindível oferecer apoio e análise sociológica dos problemas que enfrentam, e desenvolver recomendações e recomendações para que órgãos governamentais e organizações públicas possam lidar com elas.

4 A FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA E A RELAÇÃO COM A IMPUNIDADE

A gravidez é um momento único e especial que marca o início de uma nova vida, mas se não for cuidadosa e entusiasmada, pode se transformar em um momento doloroso e com más lembranças. Como tal, a violência obstétrica é uma grave violação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

A regulação é, portanto, necessária para mediar a obrigação de reparar os danos causados às vítimas de violência obstétrica, com o objetivo de punir os responsáveis por suas ações, sejam elas dolosas ou culposas. No entanto, leis específicas e sua importância precisam ser rigorosamente cumpridas para evitar possíveis abusos nessas situações, para que não sejam mal utilizadas.

Os profissionais de saúde em especial os médicos e enfermeiros como toda equipe são responsáveis por uma assistência digna a suas pacientes, que por muitas vezes se descrevem em situações em que as mulheres são usadas como objetos de estudos por residentes médicos para a realização de episiotomia com fins acadêmicos sem o consentimento da vítima, desrespeitando assim seu corpo. (DINIZ, SALGADO et al, 2015)

Logo, é importante que o governo invista em melhor educação e capacitação profissional para que médicos e enfermeiros saibam tratar as gestantes com dignidade, respeitar e impor os limites do devido processo legal, sabendo que as decisões não cabem apenas aos profissionais, mas principalmente a parturiente.

Portanto, são necessárias normas específicas para a violência obstétrica para proteger os direitos de todas as mulheres, responsabilizar os perpetradores por sua própria negligência e proteger os direitos das mulheres.

Desse modo, a violência obstétrica precisa ser regulamentada especificamente para garantir os direitos de todas as mulheres, para que os agressores possam ser responsabilizados por suas negligências e os direitos das mulheres sejam garantidos.

Diante disso, para unificar o sistema e respeitar as mais diversas constituições e princípios constitucionais, é necessário examinar o assunto e realizar um estudo em favor de uma Lei Federal para desenvolver normas gerais de proteção às vítimas.

Se a violência aqui descrita fosse regulamentada, o número de casos diminuiria exponencialmente e as mulheres perceberiam que poderiam se defender, diminuindo os índices de ignorância e impunidade.

Por ser necessário mostrar que a violência obstétrica é um momento de violência contra a mulher, a responsabilidade criminal é incorrida pelos profissionais de saúde que cometem violência obstétrica.

Como essa violência está culturalmente associada ao parto, sua falta de tipificação criminal, baixa taxa de notificação e ausência de serviços de saúde específicos para as vítimas dificultam sua identificação. Isso significa que poucas vítimas se apresentam e procuram ajuda jurídica para proteger seus direitos.

Existe uma crença comum de que não existe uma classificação específica para a violência obstétrica. Consequentemente, a maioria dos casos desse crime não é denunciado porque as pessoas não entendem sua natureza. Como resultado, os infratores nunca são processados e ficam livres para cometer o mesmo ato novamente (SOBRINHO, 2014).

O Código Penal normalmente não prevê a conduta de profissionais de saúde que cometem atos considerados violência obstétrica. Dessa forma, normas gerais são adotadas e aplicadas a situações específicas. Portanto, podemos citar alguns crimes que podem ser cometidos contra a mulher no cenário obstétrico. Tais como: homicídio, lesão corporal, ameaça, abuso, difamação, injúria e calúnia

A pesquisa realizada mostra que a falta de legislação específica sobre a violência obstétrica não resulta na impunidade do autor, pois existem outros dispositivos legais que impõem sanções à prática criminosa.

Percebe-se que o judiciário brasileiro utiliza outros mecanismos legais para responsabilizar os agentes, devido à falta de uma norma que vise legislar sobre violência obstétrica. No entanto, não é um sistema de punição eficaz para essa prática criminosa, pois utiliza analogias. O legislador tem que acrescentar legislação específica ao sistema regulatório brasileiro para obter uma punição justa para os infratores.

5 RESPONSABILIDADE PENAL

O Código Penal normalmente não prevê a conduta de profissionais de saúde que cometem atos considerados violência obstétrica. Dessa forma, normas gerais são adotadas e aplicadas a situações específicas. Portanto, podemos citar alguns crimes que podem ser cometidos contra a mulher no cenário obstétrico. Tais como: homicídio, lesão corporal, ameaça, abuso, difamação, injúria e calúnia

O homicídio simples está previsto no art. 121 do Código Penal, sob pena de reclusão de seis a vinte anos. Na prática médica, quando há imprudência e negligência (quando se assume o risco de reproduzir), são condutas consideradas graves e, portanto, nenhuma redução da pena será aplicada ao crime culposo (VELOSO; SERRA, 2016).

Outro crime comum no ambiente das maternidades é de lesão corporal, a que se refere o art. 129 do Código Penal, que os define como crime ofender a integridade física ou a saúde de outra pessoa, sob pena de três meses a um ano. Os atos médicos que se enquadram neste crime são a episiotomia e o exame de toque excessivo realizados sem autorização do paciente na maioria dos casos, além de causar danos físicos à vítima, podem acarretar problemas psicológicos, pois sua integridade é violada. (VELOSO; SERRA, 2016).

Por estar em uma posição vulnerável, é normal que a mãe perca autonomia no ambiente hospitalar, por isso, muitas vezes, ela é forçada a se comportar de maneiras padronizadas impostas pela equipe de saúde, como uma posição inadequada, escolha da via de parto, realização de episiotomia, uso de fórceps para retirada da criança, entre outras práticas (VELOSO; SERRA, 2016).

Nesses casos, o art. 146 do Código Penal, que estabelece que é crime constranger alguém, por força ou ameaça, ou após limitando de qualquer outra forma a possibilidade de resistir, não fazer o que é permitido por lei ou fazer o que ela não manda, reclusão de 3 meses a 1 ano ou multa (VELOSO; SERRA, 2016).

Também podemos chamar a atenção para o crime de ameaça, art. 147 do Código Penal, que é bastante comum em ambiente hospitalar, seja por intimidar ou assustar uma gestante ao prometer causar-lhe danos injustos e/ou graves. Mal injusto é aquele que o contribuinte não é obrigado a suportar, enquanto grave é aquele que causa dano significativo à vítima (VELOSO; SERRA, 2016)

Nos casos previstos, estarão sujeitos à calúnia prevista no art. 138 do Código Penal; bem como em difamação, a redação do art. 139 do Código Penal e vítima nos termos do art. 140 do Código Penal (VELOSO; SERRA, 2016)

Por fim, os profissionais de saúde podem incorrer em alguns crimes contra a honra, pois muitas vezes as mulheres são agredidas verbalmente quando se opõem às vontades que lhes são impostas. Nos casos previstos, estarão sujeitos à calúnia prevista no art. 138 do Código Penal, bem como difamação, conforme prevê o art. 139 do Código Penal e por injúria com base no art. 140 do mesmo dispositivo.

Diante do exposto, fica evidente que, na ausência de um tipo penal específico que presume a punição de atos constitutivos de violência obstétrica, as gestantes podem utilizar os tipos penais existentes para ver seus agressores serem responsabilizados criminalmente pelos crimes cometidos.

6 CONCLUSÃO

Ressalta-se que, ainda que pouco discutido pelos juristas, a conduta conhecida como Violência Obstétrica pode levar a crimes como lesão corporal, omissão de ajuda, maus-tratos, violência arbitrária e constrangimento ilegal quando a intervenção não se justifica por iminente perigo de vida, conforme tipificações previstas no Código Penal desde 1940.

É importante questionar a promoção da impunidade para tal conduta ilícita e antiética no país. A todo modo, considera-se que a violência contra a mulher é um dos temas mais polêmicos e debatidos no Brasil. No entanto, a Violência Obstétrica, tema abordado e ampliado neste estudo, permanece pouco discutida, embora sua gravidade seja alarmante.

A partir disso, foi possível compreender que o esta é uma situação preocupante, pois afeta diretamente a taxa de mortalidade deste público-alvo. No que diz respeito às intervenções cesarianas, a partir das afirmativas da OMS, se põe em evidência recomendações imprescindíveis quando houver justificativa médica e que, a taxa ideal seja de 15% do total do número de entregas.

Adiante os preceitos da OMS, infelizmente foi possível verificar que a porcentagem no Brasil supera 80%. Tais casos apresentam a indução de parturientes submetidas as mais diversas formas de violência, variando desde cesarianas indevidas a procedimentos sem informações e autorização até violências verbais e físicas durante o trabalho de parto.

Por fim, conclui-se que existem inúmeras leis que promovem o direito à dignidade, mas sem o seu pleno cumprimento. A falta de coleta e controle de dados sobre o assunto dificulta a criação e adoção de programas nacionais que recomendem a adoção de ações positivas para erradicar e prevenir a violência obstétrica e consequente garantia dos direitos inalienáveis das mulheres e crianças, como a criação do portal de transparência contra a violência obstétrica.

Por conseguinte, verifica-se que esta temática e demais emblemas mencionados neste artigo servem para apresentar recomendações para pesquisas futuras.

7 REFERÊNCIAS

Argonese M, Lago MCS. **Direitos e saúde reprodutiva para a população de travestis e transexuais: abjeção e esterilidade simbólica.** Saúde e Sociedade 26 (1): 256-270, 2017.

Bourdieu P. **A dominação masculina.** 11º ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.633 de 2014. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014.

BRASIL. Estatuto da Primeira Infância. Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

Brasil. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. 1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 353, DE 14 DE FEVEREIRO DE 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. PORTARIA Nº 371, DE 7 DE MAIO DE 2014.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 7.633 de 2014**. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. 2014.

Cedaw. **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. [S.d.].

Conselho Federal de Medicina. Código de ética médica: resolução CFM n. 1.246/88. 5. ed. Brasília: CFM, 2003. 64 p.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. Violência doméstica. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

DA HORA MENDES, Maria Luiza. Violência obstétrica e dignidade da mulher: aportes para o adequado tratamento desta problemática. Revista Intertem@s, v. 37, n. 37 (2019)

DINIZ, Simone Grilo; SALGADO, Heloisa de Oliveira; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; CARVALHO, Paulo Galdino Cardin; CARVALHO, Priscila Cavalcante Albuquerque; AGUIAR, Cláudia Azevedo; NIY, Denise Yoshie. Violência Obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil. 8 p. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, São Paulo, 2015, n. 01, 08.

D'OLIVEIRA, A.F.P.L.; DINIZ, C.S.G.; SCHRAIBER, L. B. Violência contra a mulher nas instituições de saúde: um problema emergente. Lancet, v.359, n.11, p.1681-5, 2002.

ESTADO DE RONDÔNIA. LEI Nº 4.173, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2017. Dispõe sobre a 12 implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, no Estado de Rondônia.

Federici S. **O Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva**. São Paulo: Elefante; 2017.

GONÇALVES, Regiane Priscilla Monteiro. **A violência obstétrica no Brasil: uma análise sobre o prisma dos direitos fundamentais**. 2020. Tese de Doutorado.

Kalichman AO, Ayres JRCM. **Integralidade e tecnologias de atenção à saúde: uma narrativa sobre contribuições conceituais à construção do princípio da integralidade no SUS**. Cad. Saúde Pública 32(8):e00183415, 2016. p.1-13. 23.

Ley Nacional 26485, de 19 de nov. de 2009. Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales. Buenos Aires, 2009.

Leal MC et al. **Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 30 Sup: S17- S47, 2014.

LIMA, MAS. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: violação aos direitos da parturiente.

LIMA, Monique A. de Sá G. de. UFMS – Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Câmpus do Pantanal. 2020.

MARIA, Dias Deus Carolina; ADRIANA, Aidar Marques. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL. 2018.

NAZÁRIO, Larissa; HAMMARSTRON, Fátima Fagundes Barasuol. Os direitos da parturiente nos casos de violência obstétrica. XVII Seminário Internacional de Educação no MERCOSUL. 2015.

OMS-Organização Mundial da Saúde. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. 2014.

PERES, Jade Santos Lopes. Violência obstétrica como violência de gênero: a necessidade da criação de leis específicas que protejam a mulher no momento da gestação e parto. 2021.

PIMENTEL, Camila Dias et al. A violência obstétrica como forma de violação aos direitos fundamentais das mulheres. **LIBERTAS DIREITO**, v. 1, n. 1, 2020.

Resolução n ° 36, de 3 de junho de 2008

REZENDE, Carolina. O respeito a direitos fundamentais a partir de ferramentas internacionais: Como o descaso com Maria da Penha transformou o ordenamento jurídico brasileiro. Monografia (Bacharelado), 2013, 70f., Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

Santa Catarina. **Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017.** Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. 2017.

SAUAIA, A.S.S; SERRA, M.C.M. Uma dor além do parto: Violência obstétrica em foco. Rev. De Direitos Humanos e Efetividade. Brasília, v.2, n.1, jan./jun. 2016.

SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Violência obstétrica em (des)foco: uma avaliação da atuação do Judiciário sob a ótica do TJMA, STF e STJ. Universidade Federal do Maranhão. São Luís, 2018.

SILVA, Carlos Henrique Mascarenhas, et al. Manual SOGIMIG - Assistência ao parto e puerpério. MedBook Editora, 2019.

SOBRINHO, Pamela. Violência obstétrica, um crime silencioso

SPACOV, Lara Vieira; SILVA, Diogo Severino Ramos da. Violência obstétrica: um olhar jurídico desta problemática no Brasil. Derecho Y Cambio Social.

SPACOV, Lara Vieira; SILVA, Diogo Severino Ramos da. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UM OLHAR JURÍDICO DESTA PROBLEMÁTICA NO BRASIL. Derecho y Cambio Social. [S.l.], 2019

VELOSO, R. C.; SERRA, M. C. M. Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica. Revista de Gênero, Sexualidade e Direito, Minas Gerais, n. 1, p. 18-37, 2016.

VENEZUELA. Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

WITTCKIND, Tamile Müller. Uma dor além do parto: a violência obstétrica e a violação dos direitos fundamentais da parturiente.

Zanardo GL et al. **Violência Obstétrica no Brasil: Uma Revisão Narrativa**. Psicol. Soc. 2017, vol.29, e155043. p. 1-11.

A REVITIMIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA PERSECUÇÃO PENAL

BARBARA MARQUES PEREIRA:

Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

DRA. EMANUELLE ARAÚJO CORREIA⁵

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho busca realizar uma abordagem acerca da revitimização da criança e do adolescente como uma possível consequência da desqualificação do Poder Judiciário na realização de inquirições judiciais. Com a progressão no âmbito dos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, manifestou-se urgência em implementá-los como premissas basilares para criação de mecanismos de proteção e prevenção social destinados a zelar pela segurança da criança e do adolescente. Logo fica claro que há necessidade de melhor atender este público em locais de apuração de infrações penais, especialmente os de natureza violenta. Dessa maneira, será verificado como a Lei de Depoimento Especial traz mecanismos que objetivam a coibição da revitimização de crianças e adolescentes. Esta pesquisa tem o caráter exploratório utilizando como metodologia a pesquisa qualitativa e analítica envolvendo assim uma revisão bibliográfica integrativa.

Palavras-chave: Lei de Depoimento Especial. Revitimização. Direitos da Criança e do Adolescente.

ABSTRACT: The present work aims to hold an approach about the revictimization of the child and teenagers as a possible consequence of the disqualification of the judiciary on the judicial statements. With the improvement of the social and fundamental rights of the child and the teenager, there was an urgency to implement them as basic premises to create mechanisms of protection and social prevention aimed to look after the safety of the child and teenagers. So, it's clear that there is a need of better assist this public in places of investigation of criminal offenses. Thus, it will verify how the Special Testimony Act brings mechanisms that aims to restrain the revictimization of the child and teenagers. Then, this is exploratory research using the qualitative and analytical research being a literature review.

⁵ Orientadora, possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Palavras-chave: The Special Testimony Act. Revictimization. Fundamental right of the child and the teenager.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, no processo de submeter-se aos efeitos da globalização em suas transformações progressistas e humanitárias, ainda se encontra na missão de superar a coisificação da criança e do adolescente em diversos contextos sociais que possuem o dever de receberem o jovem com cautela e prioridade. Historicamente, culturas de opressão física à criança frente às necessidades não assumidas pelos adultos de escutá-la e dar-lhe o poder de se expressar e representar foram reduzidas, entretanto, ainda há de referenciar a objetificação da infância como abordagem de tratamento consolidada no Brasil.

Sob a óptica da tríplice responsabilidade compartilhada na efetivação de direitos fundamentais da criança e do adolescente, este trabalho se valerá do Poder Judiciário como agente responsável pela proteção absoluta e prioritária destes como pessoas de direito em inquirições durante o processo criminal.

Decerto, o Sistema de Justiça por vezes falha em propiciar o tratamento adequado ao público infanto-juvenil enquanto figuram como partes de processos criminais. Frente às falhas institucionais, as quais geram violência e constrangimento, serão analisadas as intervenções judiciais introduzidas a fim de instituir medidas de contenção de atos abusivos por parte dos agentes públicos.

Adentrando a natureza processual do feito, a ação penal tem como instrumento principiológico a garantia do contraditório e a ampla defesa, o que torna extremamente relevante o mérito das provas produzidas, especialmente a oitiva da vítima. Dessa forma, pretende-se ponderar acerca dos danos causados ao processo enquanto ineficaz e reprimenda a recepção da criança ou adolescente nas oitivas judiciais.

A problemática é identificada na submissão do jovem a um Tribunal - composto por homens inaptos tecnicamente para compreenderem a psicologia infanto-juvenil - para ser por eles questionado, subjugado e ter suas vulnerabilidades postas à discussão. Quando esse processo é inserido em um ciclo de repetições em razão dos trâmites administrativos e judiciais, a vítima se torna um instrumento do Estado.

O produto da carência legislativa no tocante a concretização dos direitos e garantias das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de condutas criminosas resulta no processo de revitimização, visto que os interrogatórios são formas de o jovem revisitar os fatos, causando repetições dolorosas. O Poder Judiciário no exercício de aplicar punição ao suposto infrator, negligencia a vida da vítima, sua intimidade e seus limites.

Com isso, na pretensão de normatizar um mecanismo direcionado a melhor receptibilidade das vítimas de violência sexual nas inquirições judiciais, fora sancionada a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o procedimento do depoimento especial como um instituto próprio

para garantir a fruição dos direitos fundamentais durante as audiências perante autoridade policial ou judiciária.

Diante o exposto, o presente projeto de pesquisa pretende estudar os contrastes da oitiva da criança e adolescentes antes da implementação do procedimento de depoimento especial e após sua efetivação, bem como estudar o fenômeno da revitimização e como a supramencionada lei pode reprimir a sistematização da violência.

2. TRAÇAR O DESENVOLVIMENTO NORMATIVO DA INQUIRÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PODER JUDICIÁRIO

Tradicionalmente, o colhimento de prova testemunhal é primordial em um processo judicial, estando sujeita qualquer pessoa inserida na coletividade e dotada de relações sociais a ser instada a participar da deslinde processual, seja como testemunha ou indivíduo cujo algum bem juridicamente tutelado foi ofendido.

Essa submissão é considerada um dever cívico, como também propensa a causar efeitos negativos, especialmente, problemas físicos e psicológicos, a depender do quão exposta fica a integridade do indivíduo e da preparação técnica dos agentes em conduzir as oitivas com humanização para que os limites sejam delineados.

Segundo Pelisoli, Cátula e Débora Dalbosco “uma vez que se trata de crime caracterizado, geralmente, pela não materialidade do fato, a palavra da (suposta) vítima torna-se, na maior parte dos casos, a principal forma de acessar os fatos”.

Notada a dificuldade para adequar-se às pessoas aptas a exercerem seus direitos e vontades a responsabilidade na obrigação de prestar testemunhos em processos judiciais que exigem formalidade e rigidez, há de se considerar uma agravante: a inquirção de crianças e adolescentes no sistema de justiça criminal.

A Constituição da República Federativa do Brasil, sob a influência da redemocratização em 1988 preceitua na redação do artigo 227 que “é o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, ao respeito, à liberdade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

O sistema protetivo também é composto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, tratado ratificado pelo Brasil, consignado no decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. A convenção disciplina em seu artigo 12 acerca da “garantia à criança do direito de formular seus próprios pontos de vista e expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela”.

Nessa perspectiva, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, possui posicionamento semelhante e contribui para o valor normativo da questão em seu artigo 28 e artigo 100 “assegurando à criança e ao adolescente o direito de terem sua opinião devidamente

considerada e de serem previamente ouvidos por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida”.

Apesar de o conjunto normativo dispor de forma limitada acerca da proteção jurídica à criança e ao adolescente, é notório que não demonstrou preponderância na adequação dos atos processuais que exigem oitivas testemunhais de um público infanto-juvenil, o qual não era reconhecido por um viés humanizado, mas sob uma ótica possessiva, vistos como meros objetos do processo.

Ao explanar acerca da oitiva de crianças e adolescentes no Poder Judiciário, tem-se como um relevante atuante na causa o atual desembargador do Rio Grande do Sul José Antônio Dalto e Cezar, tendo despertado para a demanda e observado o amorismo no atendimento à criança e adolescente no procedimento padrão adotado nas inquirições durante as persecuções criminais.

O tratamento era evidentemente inadequado, não apresentando bons resultados na produção de provas e na reação das vítimas e testemunhas ao ambiente, às pessoas e pela maneira que eram vistas, como meros objetos do crime.

O Conselho Nacional de Justiça, em matéria intitulada “Mitos e verdades do depoimento especial de crianças”, publicada no seu site oficial, escrita por Luiza Fariello em 29 de setembro de 2017, destaca como comportamentos inadequados em audiência de criança e adolescente:

Chamar a criança ou adolescente de “senhor” senhora; Não permitir o “tempo” da criança: interrompendo-a ou apressando-a; Utilizar vocabulário que a criança não compreenda, como “lascívia”, “concupiscência”, “libidinosos”, “genitália”; Mentir para a criança, declarando que o seu depoimento não influenciará o resultado do processo; Creditar à criança algum comportamento que a culpabilize pelo abuso sofrido: Por que você não pediu ajuda? Por que você não contou para ninguém naquela época? Você costuma falar mentiras? Que roupas você estava vestindo naquele dia? (CNJ. 2017.)

Em face do tratamento impróprio perpetuado pelo sistema, o Magistrado José Antônio Cezar compreendeu a necessidade de introduzir inovações legislativas no tocante a concretização dos direitos da criança e do adolescente nas inquirições judiciais, a fim de tornar o ato processual mais inclusivo, humanizado e efetivo em sua finalidade.

No ano de 2003 foi implementado o Depoimento sem Dano na 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre. Ainda que não fosse uma previsão legal, o Depoimento sem Dano figurou um progresso no judiciário sendo o primeiro projeto nacional que visava a qualificação técnica da escuta judicial de crianças e adolescentes.

A inquirição deveria ser realizada em um espaço especializado, onde comporta a criança ou adolescente e um profissional do campo da assistência social ou psicologia mediador no ato processual, ao passo que as partes permanecem na sala de audiência comum. Equipados com escutas, o juiz, representante do Ministério Público, advogados e o mediador poderão se

comunicar, elaborar questionamentos passíveis de correção tornando-os apropriados para a criança depoente.

O escopo da metodologia em garantir a inviolabilidade da dignidade e o respeito à integridade física e psicológica da criança e do adolescente, bem como a alteração pertinente no sistema de produção de provas criminais, foi o estímulo para que o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Recomendação Nº 33 de 23/11/2010, que passou a denominar o serviço especializado de escuta em Depoimento Especial.

Assim sendo, o procedimento adquiriu visibilidade no sistema judiciário, sendo gradualmente estudado e implementado pelos demais Tribunais de Justiça. O Conselho Nacional de Justiça firmou da seguinte forma na recomendação supracitada de número 33:

CONSIDERANDO a necessidade de se viabilizar a produção de provas testemunhais de maior confiabilidade e qualidade nas ações penais, bem como de identificar os casos de síndrome da alienação parental e outras questões de complexa apuração nos processos inerentes à dinâmica familiar, especialmente no âmbito forense;

CONSIDERANDO que ao mesmo tempo em que se faz necessária a busca da verdade e a responsabilização do agressor – deve o sistema de justiça preservar a criança e o adolescente, quer tenha sido vítima ou testemunha da violência, dada a natural dificuldade para expressar de forma clara os fatos ocorridos;(CNJ 2017)

Em efeito ao posicionamento institucional, conforme constatado pelo próprio Conselho em julho de 2016, vinte e três dos Tribunais de Justiça estaduais providenciaram espaços adaptados para a execução do Depoimento Especial.

Como produto da iniciativa perpetuada pelo Doutor José Antônio Cezar, tal qual em razão das normas já editadas sobre a matéria, surge a Lei nº 13.431/2017 de 04 de abril de 2017 que regulamenta o Depoimento Especial.

Consoante ao apontamento realizado por Digiácomo em “Comentários à Lei nº 13.431/2017”, publicada pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação do Ministério Público do Paraná, o referido diploma inova ao promover pela primeira vez um órgão de referência responsabilizado pelo gerenciamento do depoimento especial que prioriza a proteção integral das crianças e adolescentes que figuram o processo como testemunhas ou vítimas.

A nova Lei tem como premissa aprimorar os mecanismos já existentes, ao passo que observa a necessidade de tornar célere a tomada de depoimento na medida que também impõe aos agentes o dever de conter a violência institucional no âmbito das políticas de atendimento, especialmente no judiciário.

A partir dessa normatização, são tidos como principais institutos o Depoimento Especial e a Escuta Especializada, o que preceitua a suma relevância em discriminá-los, posto que a matéria da presente pesquisa é o Depoimento Especial. Os procedimentos se opõem no sentido que a escuta especializada é adotada pelas redes de apoio no âmbito municipal, como nos espaços educacionais e da saúde, detendo uma finalidade social de cuidado. Por outro lado, o Depoimento Especial deve ser agregado numa conjuntura em que se investiga ou processa uma infração. Portanto, exige-se aos agentes do Judiciário e da Polícia que efetuem o Depoimento especial como uma produção antecipada de provas.

Interessa ao Direito tutelar o instituto do Depoimento Especial como um exercício da demanda constitucional em propiciar à criança e ao adolescente seus direitos e garantias, sobretudo, no processo penal. Ademais, deve o jurista compreender o método especializado de escuta como um instrumento habilitado para a apuração do ato ilícito, especialmente os de natureza sexual.

3. ELUCIDAR ACERCA DA FORMAÇÃO DO PROCESSO DE REVITIMIZAÇÃO E SEUS EFEITOS

Muito se explora acerca do crescimento da criminalidade e os fatores jurídico-sociais que o impulsiona, todavia, a urgência do sistema em entregar um resultado punitivo socialmente almejado pode negligenciar o titular do interesse penalmente protegido pela ausência de um tratamento adequado.

A carência de protocolos humanizados e estratégicos que visam uma qualificação na recepção, adequação e oitiva destinada ao ofendido do processo criminal é uma omissão estatal passível a gerar o processo de revitimização.

Nessa perspectiva, a criança e ao adolescente que se encontram em condição de vítima possui seus direitos duplamente violados, à princípio quando um crime ocorre em seu desfavor, lesionando um jurídico que lhe pertence e, posteriormente, pela inobservância de seus direitos e garantias quando presentes em uma delegacia ou Tribunal.

Também intitulada de vitimização secundária ou dupla revitimização, a revitimização é um fenômeno multidimensional que pode recair sobre aquele que tenha algum direito violado por uma conduta atípica sob a ótica do direito penal, sendo colocados seus interesses e necessidades em segundo plano nos trâmites processuais.

Esse fenômeno é notável na submissão do ofendido a depor acerca do fato ocorrido diversas vezes perante os órgãos de proteção. Dessa forma, a repetição de caracteres do ciclo de violência leva a criança a vivenciar novamente aspectos da violência que sofreu.

A quantidade de vezes que a criança repete o seu testemunho é, igualmente, determinante, pois, idealmente, ela só o deveria fazer uma vez, de modo evitar processos de revitimização.

Tais violências ocorrem no momento da inquirição, pelos mais diversos motivos, incluindo a troca da versão para o caso a partir de circunstâncias relacionadas a pressão familiar na tentativa

de proteção do ofensor em razão dos laços familiares e da culpabilização da vítima pela prisão do agressor quando da violência sexual intrafamiliar.

A exposição massiva da criança e o adolescente às inquirições administrativas e judiciais possui fulcro na garantia de provas que constituem a acusação, visto que a palavra da vítima e o depoimento testemunhal em crimes violentos é uma prova estimada, especialmente quando não estão presentes outros elementos capazes de indicar a materialidade e autoria do delito.

O valor probatório da palavra da vítima, especialmente, intervém na convicção do julgador, assim como da mídia e da sociedade. Essa valoração é refletida nos vários julgados pelos Tribunais brasileiros no sentido de proferir condenação com fundamento principal na declaração do ofendido. Nesse diapasão entende a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que a jurisprudência da Corte Superior é no sentido de que, em crimes de natureza sexual, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, quando coerente e verossímil, pois, em sua maior parte, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios.

O que essas crianças/adolescentes necessitam certamente não é relatar de forma inquiridora e testemunhal o que lhes aconteceu, mas precisam de acolhimento e cuidado, sem a carga de responsabilização que lhes é colocada no sentido de provarem a culpa daqueles que os vitimaram.

Ao ponderar-se sobre o processo de vitimização secundária vivenciado por uma criança ou adolescente enquanto sujeito passivo, é evidente que as características desenvolvimentais relativas à vulnerabilidade pela formação psicobiológica incompleta das funções e a natureza individual de cada um torna mais complexo o procedimento de acolhimento em um ambiente machista e adultocêntrico, como majoritariamente são os locais de tomada de depoimentos.

Ressalta-se que, entre os crimes violentos comumente praticados contra a criança e o adolescente, os de natureza sexual são os que submetem a vítima a um lugar de vulnerabilidade extrema pela exposição de sua integridade moral e física pelas circunstâncias de uma violência que não é discutida por políticas públicas de prevenção, no contexto familiar bem como, sob a concepção de acolhimento do indivíduo vitimado, pouco explanada no Judiciário.

Quando meninas e meninos são vítimas no âmbito da violência sexual, os efeitos e consequências de tais delitos são considerados mais graves, uma vez que são pessoas em desenvolvimento psíquico, físico, emocional, e que sofrem sequelas devastadoras em seu crescimento após se tornarem vítimas.

É certo que a primordialidade dos mecanismos de proteção frente ao processo de revitimização é identificada no atendimento psicológico e socialmente adequado às circunstâncias, evitando a incidência de danos na saúde e a transgressão às garantias legais da criança e adolescente como pessoa possuidora de direitos. Todavia, a vitimização secundária também é a causa de obstáculos firmados no Poder Judiciário e na veracidade dos fatos dispostos em depoimentos eivados de vícios na técnica empregada.

Isso pode acarretar prejuízo para a justiça, pois a vítima, por cansaço, pode omitir fatos ou, por considerar que está chamando atenção, pode aumentar os acontecimentos. Outra situação é o atendimento sem privacidade, expondo sua dor diante de terceiros.

Torna-se evidente que a qualidade e credibilidade dos atos processuais em sua forma de condução e, conseqüentemente, a matéria produzida ficam comprometidas caso não seja adotado um controle social que contenha as irregularidades institucionais que impulsionam o processo de revitimização.

A dupla vitimização é fomentada, sobretudo, pelos agentes públicos que exercem diretamente atividades que geram o constrangimento indevido ou que pela omissão corroboram para a continuidade da violência institucional.

O preparo técnico não é regra no serviço público, sendo identificados casos onde a revitimização e a violência ocorreram com a anuência dos representantes do Poder Judiciário e da Promotoria de Justiça, por meio de ações ou omissões, em decorrência de que não havia razões para a realização da inquirição em vista de que já haviam provas técnicas suficientes para comprovar o fato, necessitando-se somente de conclusão da realização da perícia.

À vista da precisão do preparo técnico e da intervenção de agentes especializados, os Conselhos Federais de Serviço Social e Psicologia assumiram o papel do mediador de depoimentos judiciais de crianças e adolescentes aos profissionais da psicologia e da assistência social através da Resolução 10/2010:

CONSIDERANDO o disposto na Lei nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o Código de Ética da Profissão de Psicólogo;

CONSIDERANDO a necessidade de referências para subsidiar o psicólogo na Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes na Rede de Proteção; CONSIDERANDO os princípios éticos fundamentais que norteiam a atividade profissional do psicólogo e os dispositivos sobre o atendimento à criança ou ao adolescente contidos no Código de Ética Profissional do Psicólogo;

RESOLVE:

Art. 1º - Instituir a regulamentação da Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes na Rede de Proteção.

Art. 2º - A regulamentação de Escuta Psicológica de Crianças e Adolescentes.

Resta demonstrado que os danos causados pela revitimização precisam ser reconhecidos pelo judiciário como um falha de sua atuação despreparada, para que, instado da responsabilizado que possui acerca das providências urgentes pendentes a serem examinadas e sanadas, o Poder

judiciário qualifique seus instrumentos de proteção à criança e adolescente, assim como, passe a ter uma visão menos objetificada e observar quais são as formas corretas comunicação com eles, dessa forma, contendo a violência institucional.

O que essas crianças/adolescentes necessitam certamente não é relatar de forma inquiridora e testemunhal o que lhes aconteceu, mas precisam de acolhimento e cuidado, sem a carga de responsabilização que lhes é colocada no sentido de provarem a culpa daqueles que os vitimaram. É só com a garantia desses pressupostos que se tem, de fato, a constituição de uma prova judicial conforme previsto em Lei.

4.A COIBIÇÃO DA REVITIMIZAÇÃO COM OS PROCEDIMENTOS DE PREVENÇÃO ELENCADOS NA REFERIDA LEI

As demandas psicopedagógicas e judiciais que obstruem a condução correta das inquirições do público infanto-juvenil demonstraram grande necessidade de uma ampliação legislativa no âmbito do direito da criança e adolescente que intervenha na matéria processual penal a fim de sanar os vícios encontrados no padrão do procedimento de oitiva prevista no referido código ou, a falta da especialização desse ato processual.

Frente ao carência de proteção multidisciplinar e controle social, foi criada a Lei de Depoimento Especial, que compõe o corpo de sua redação com uma diversidade de recomendações direcionadas à prevenção e interrupção do processo de revitimização no âmbito administrativo, predominante em delegacias de polícia e judiciais, podendo ser aplicado em diferentes campos do direito como o direito civil nas ações de família, entretanto, possui protagonismo na persecução penal pela numerosa quantidade de crimes cometidos contra crianças e adolescentes.

Tem-se, portanto, um meio de obtenção de prova, um instrumento que oferece ao Poder Judiciário mais chances de extrair da criança e do adolescente a prova testemunhal necessária para o julgamento do acusado.

Como um sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, a Lei nº 13.431/2017 é determinante na contenção da revitimização disciplinando de forma pragmática:

Artigo 1, § 1º Para os efeitos desta Lei, a criança e o adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial.

Artigo 2, § 2º Os órgãos de saúde, assistência social, educação, segurança pública e justiça adotarão os procedimentos necessários por ocasião da revelação espontânea da violência.

É previsto que o encargo de desempenhar as disposições da referida Lei e, especialmente, executar a escuta especializada é de diversos órgãos de atendimento público e acolhimento que

exercem a função de proteção. Entretanto, no tocante ao Depoimento Especial, como reforçado anteriormente, é um procedimento que deve ser executado pelas autoridades judiciárias e policiais, ambiente em que a revitimização costuma ser mais reforçada.

A primeira orientação quanto à condução do Depoimento Especial é o resguardo da testemunha ou da vítima de ter contato com a pessoa que a violentou ou atentou contra outro em sua presença, provocando-lhe efeitos psicológicos negativos. O propósito é privar a criança e adolescente de qualquer constrangimento ou, até mesmo, de se sentir ameaçada, causas que podem influenciar no seu depoimento.

Deve o magistrado incumbido a presidir a inquirição ou a autoridade policial repelir quaisquer condutas aptas a violar a intimidade de privacidade, devendo sempre zelar pela efetivação dos direitos e garantias da pessoa ouvida.

Nesse aspecto, frente a imprescindibilidade da preservação da intimidade, deverá o depoimento, ao ser inserido nos autos pelo qual foi determinado ou requerido, tramitar em segredo de justiça.

Nesse prisma, ressalta-se que o Depoimento Especial será tomado em sede de produção antecipada de prova judicial. Acerca das provas cautelares antecipadas, conforme dispõe Renato Brasileiro em seu Manual de Processo Penal, são aquelas produzidas com a observância do contraditório real em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. (BRASILEIRO, 2020)

O local da tomada de oitiva deve ser preparado para o acolhimento devido e com privacidade. Nesse ambiente o entrevistador irá receber a criança ou adolescente para a realização do procedimento que, preferencialmente, ocorrerá apenas uma vez. Por se tratar de um momento que propicia instabilidade emocional além de não ser compatível com a capacidade de compreensão e consentimento da criança, apenas se justificada e autorizada pelo responsável legal, a inquirição poderá se repetir.

A Lei de Depoimento Especial, ainda que tenha enfoque na observância dos direitos e garantias da criança e do adolescente que figuram como testemunha ou vítima na persecução penal, também prevê a necessidade da ampla defesa do investigado.

Renato Brasileiro aduz que a ampla defesa pode ser entendida como uma defesa necessária, indeclinável e intermediada por um Defensor. (BRASILEIRO, 2020)

A ampla defesa garante que o réu possa se fazer presente em todas as inquirições, essa previsão está expressa na Legislação Processual Penal:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa

forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Isto posto, essa garantia pode ser considerada mitigada no processo penal, como visto, e, de forma semelhante, considera o Depoimento Especial, visto que a Lei expressa que “o profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado”.

Portanto, o réu não poderá exercer o direito de presença na proeminência de circunstâncias desfavoráveis à criança e o adolescente. Havendo possibilidade da sua presença ser danosa para a qualidade do testemunho e para a saúde da vítima ou testemunha, será dispensada a sua presença.

O profissional especializado fica encarregado de, ao primeiro contato com a criança ou adolescente, realizar uma importante etapa do protocolo: o *rapport*, também chamado de relato livre. Esse método é utilizado para personalizar a entrevista, criar um ambiente mais acolhedor, abordar assuntos neutros, treinar a memória episódica e explicar os objetivos da entrevista, estando o equipamento de gravação audiovisual e de transmissão para a sala de audiências ativado.

Nessa oportunidade, utilizando-se da linguagem adequada e acessível e uma escuta ativa, deverá o entrevistador esclarecer sobre a configuração do procedimento, e informar a vítima ou testemunha dos direitos que ela possui.

O decorrer da inquirição irá se proceder cumprindo as premissas estabelecidas em Lei, em conjunto com a colaboração do entrevistador para elucidar os fatos para a criança ou adolescente e intermediando os questionamentos encaminhados pelas partes, logo, o Juiz, o promotor e o advogado poderão produzir questionamentos, cuja conveniência será analisada e após transmitido pelo profissional da psicologia ou assistência social.

O agente público pertencente aos órgãos públicos incumbidos de aplicar os mecanismos previstos nas determinações legais traçadas pela Lei 13.431/2017, caso descumpra as medidas, estará sujeito a imputação do crime de violência institucional incluído na Lei de Abuso de Autoridade:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro. Brasil ([2019])

Desse modo, é evidente que o Poder Judiciário cessou a inércia quanto à vitimização nas inquirições judiciais de crianças e adolescentes. Além do sancionamento da Lei 13.431/2017 que inaugura os institutos do Depoimento Especial e a Escuta Especializada, também criminaliza a conduta de exercer e fomentar o processo de revitimização.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento dessa pesquisa possibilitou uma compreensão acerca da proteção jurídica sobre crianças e adolescentes no âmbito de inquirições administrativas, como ocorre pelas autoridades policiais, e nas instruções criminais em juízo, o que evidencia uma falha legislativa. Essa proteção é precisa em face dos danos causados pela revitimização.

É sabido que a revitimização é um fenômeno passível de ocorrer sobre sujeito comum, todavia, quando figurado por uma criança ou adolescente, se torna um fator gerador de abuso de poder sobre quem não possui capacidade integral de compreensão, ao passo que a probabilidade de todas as formas de violência psicológica contra jovens se tornarem públicas é reduzida em razão do desmerecimento de uma denúncia feita por uma criança, por exemplo.

Se faz imprescindíveis a concretização dos dispositivos de proteção integrados pelo Depoimento Especial, de maneira a comprimir ao máximo espaços cabíveis para qualquer tipo de comportamento que venha a atingir a integridade física e psicológica do depoente, bem como prejudicar a credibilidade da produção de provas.

Dessa forma, pondera-se sobre o Depoimento Especial como um instituto multidisciplinar razoável do ponto de vista de psicopedagógico e processual. Se origina uma compatibilização entre a humanização do tratamento das pessoas envolvidas em trâmites processuais, a fim de que os agentes públicos recebam com responsabilidade quaisquer pessoas com suas nuances próprias, inclusive crianças e adolescentes, tal qual, que sejam as persecuções penais amparadas por procedimentos que objetivem a legalidade, verdade real e resguardo da dignidade humana, cumprindo suas devidas funções sociais.

Estima-se que há uma forte tendência de que os Tribunais de Justiça do território nacional compreendam ao aderir o Depoimento Especial que o dever público de zelar pelo bem-estar segurança das crianças e adolescentes é constante, e que o referido procedimento visa sanar uma lacuna de natureza jurídica-processual composta por uma série de violações aos direitos e garantias desse público que ainda são perpetuadas na contemporaneidade.

6. REFERÊNCIAS

ALVES-SILVA, J. O processo de revitimização de crianças que vivenciam a violência sexual. *Boletim Científico*, v. 15, n. 47, p. 11-52, 2016

ARAUJO, Juliana Moyzés Nepomuceno; DEMERCIAN, Pedro Henrique. O DEPOIMENTO ESPECIAL E A PREVENÇÃO DA REVITIMIZAÇÃO. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 19, 2021.

BRASIL (2012). Código Penal Brasileiro, Brasília, Brasil

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2022

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

CNJ Serviço: mito e verdade do depoimento especial de crianças." 29 set.. 2017, <https://sindju.org.br/cnj-servico-mito-e-verdade-do-depoimento-especial-de-criancas/>.

DE OLIVEIRA, Sandra Patricia Fernandes. Testemunho e revitimização: A abordagem da justiça. 2011.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. Comentários à Lei nº 13.431/2017. Ministério Público do Estado do Paraná. Publicado em, 2018.

HERMAN, S. (2010). The role of corroborative evidence in child sexual abuse evaluations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, 7, 189-212. doi: 10.1002/jip.122

PANZA, Juliana Christofoli. Depoimento Especial e a subordinação de direitos ao sistema penal: uma tríplice violação. *Serviço Social & Sociedade*, p. 162-176, 2022.

PANZA, Juliana Christofoli. Depoimento Especial e a subordinação de direitos ao sistema penal: uma tríplice violação. *Serviço Social & Sociedade*, p. 162-176, 2022.

RECOMENDAÇÃO Nº 33 - CNJ." <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/878>. Acessado em 14 set..2022. RESOLUÇÃOCFP Nº 010/2010 http://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2010/07/resolucao2010_010.pdf.

VILELA, L. F. Enfrentando a violência na rede de saúde pública do Distrito Federal. Brasília, Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, 2005.

DEEP WEB E ATIVIDADES CRIMINOSAS: OS CRIMES MAIS COMUNS E AS DIFICULDADES NA INVESTIGAÇÃO

DIEGO AKACIO BRANDÃO PEREIRA:

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

ISRAEL ANDRADE ALVES ⁶

(orientador)

RESUMO: A Deep Web, e o que pode se chamar de submundo da internet, aquilo que não está presente nos populares meios de busca da internet, uma espécie de site por meio do qual o usuário pode pesquisar o conteúdo indisponível na Internet, por navegadores que usam a privacidade, e o anonimato, a rastreabilidade de seus usuários na utilização para se esquivar e praticar delitos. No artigo será abordado quais os crimes mais comuns na Deep Web com temas polemizados na sociedade contemporânea, como drogas, crimes e assuntos dos mais macabros e ilícitos possíveis, e como o anonimato dificulta a investigação desses crimes, tipos de investigação, e que tipo de proteção este mecanismo dispõe para ocultar seu usuário, será analisado o que dispõem a legislação brasileira sobre o assunto, e como é tratado internacionalmente.

Palavras-chave: Crimes Virtuais; Deep Web; Internet; Tecnologia da Informação.

INTRODUÇÃO

O trabalho foi desenvolvido a partir de uma ideia inicial e linha principal de explorar como acontecem os crimes cibernéticos na Deep Web, em sua versão mais atual mais famosa 11 que hoje se chama TOR - The Onion Router (a rede "cebola", ou rede em camadas).

Será indagando como funciona a Deep Web, e como ela camufla seu usuário, como o usuário pode pesquisar o conteúdo indisponível na Internet, por navegadores que usam a privacidade, e o anonimato, e quais são os crimes mais comuns, com temas polemizados na sociedade contemporânea, como drogas, crimes e assuntos dos mais macabros e ilícitos possíveis.

A diferença dos mecanismos de busca comuns, com os utilizados na Deep Web, que funcionam como uma espécie de site por meio do qual o usuário pode pesquisar o conteúdo disponível na Internet, para isso, os usuários inserem as palavras-chave desejadas no campo de busca.

⁶ Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Criminal no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins.

Propõe-se analisar quais são os crimes mais comuns, como é a dificuldade de investigar esses crimes virtuais, e a legislação brasileira está preparada para o submundo da internet, e o que está previsto na legislação, e averiguar quais as dificuldades dos agentes públicos em investigar esses crimes cibernéticos, que tipo de proteção a rede despõem para prática desses delitos.

Crimes como tráfico de drogas como sites especializados no comércio desses entorpecentes comercializam com toda a facilidade e anonimato.

A exploração sexual, e o abuso infantil, sendo o crime com maior repercussão na Deep Web, estando presente a comercialização, e a propagação, e a conservação de pornografia de menores, não somente, mas também, o estupro de vulnerável.

O tráfico de armas, entendido como a comercialização ilegal de arma de fogo, prevista pela lei do desarmamento, no meio virtual, onde os traficantes querendo reduzir o seu envolvimento físico na “estratégia”, sendo menos arriscado.

Ainda, serão analisadas as barreiras das dos agentes de investigação, os tipos de meios de investigação, a coleta de dados abertos, a infiltração policial, e como o anonimato dificulta a punição de delito, e como a Deep Web é tratada internacionalmente. Sendo abordado a legislação pertinente para os crimes expostos no código penal, estatuto do desarmamento, e o estatuto da criança e adolescente (ECA).

A pesquisa que se propõe pertence à vertente bibliográfica, será coletado dados, com base em livros e revistas científicas, com a finalidade de utilização em citações acadêmicas.

A coleta de dados dos crimes mais comuns na Deep Web através da busca em bibliografias específicas, livros, sites e artigos.

Quanto à natureza dos dados, serão fontes primárias: informações de arquivos. Serão dados secundários: livros, artigos, revistas, teses e dissertações especializadas sobre o tema.

1 A DEEP WEEB

Para uma melhor didática devemos destacar a diferença da Deep Web, da internet comum, que se difere do sistema de rede padrão, de que estamos acostumados a utilizar, que seria a internet comum, sendo que essa região não está ligada aos mecanismos de busca.

Nas palavras de Barreto, Alessandro, Hericson Dos (2019. Pg.16) pela doutrina a internet seria uma rede de computadores ligados entre si, e que essa rede teria um alcance limitado, em sua publicidade intensificada, na permissão de acesso, e entre outros elementos.

Quando se pensa, que tudo que não é encontrado no mecanismo de buscas como Google, o conteúdo indexado estará presente na Deep Web, em um melhor esclarecimento Barreto, Alesandro, Hericson Dos, defende a ideia de que:

Essa afirmativa não encontra respaldo técnico e é utilizada de forma muito superficial e primitiva para definir o que é a deep web. A busca por um

termo (palavra-chave) no Google, esperando como resposta um vídeo, por exemplo, pode levar a resultados negativos. Todavia, não podemos afirmar simplesmente que esse material estaria na internet profunda. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019, Pg. 17)

Em seu significado traduzido da língua inglesa seria "internet profunda", sendo que essa tradução daria um conceito mais correto, pois a Deep Web está no submerso da rede, ou oculta.

Esse sistema trabalha com sistema P2P, é descentralizada, não usa um servidor central, no compartilhamento dos arquivos o usuário pode estar recebendo ou transmitindo partes dos arquivos, podendo ser cliente ou servidor, tendo como características desse sistema o anonimato, segurança e o código aberto.

Para Barreto, Alesandro; Santos, Hericson Dos, dispõem que:

A doutrina diverge ao tratar sobre os conceitos de deep web. Parte dela defende a presença de quatro requisitos básicos (descentralização, segurança, anonimidade e codificação-aberta), enquanto outros pugnam a existência de apenas um ou outro, principalmente a descentralização e o anonimato e, subsidiariamente, ao fato de seu conteúdo não estar indexado e/ou disponível de forma exacerbada na "internet comum. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019. pg. 19).

Pelo contexto não se vê nada sólido sobre o conceito e os requisitos da Deep Web, uma parte da doutrina defende a presença dos requisitos básicos e a outra parte defende um ou outro requisito do conceito desse sistema.

1.1 Como Distinguir A Deep Web Da Surface Web

A grande diferença entre a Deep Web e a Surface web e o mecanismo de busca e a filtragem do conteúdo, a Surface Web tem uma filtragem maior quando utilizamos nossos dispositivos de busca como: Google, Bing, Yahoo, etc.

Esse Sistema utiliza IP Internet Protocol (Protocolo da Internet), com a finalidade de enviar os protocolos presentes nas comunicações de aparelhos, que podem ser pelo /IP e OSI sendo esse sistema responsável pela descoberta da identificação dos periféricos no meio virtual, esse sistema é mais conhecido por endereço IP ou IP Address

Esses dois sistemas distintos podem ser comparados como o esquema da extração de petróleo em águas profundas, com a Surface Web na parte superior, e a Deep web na profundidade das águas profundas.

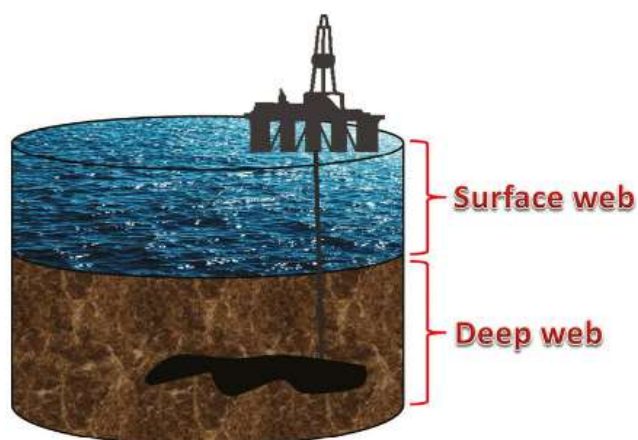


Figura 1 – Figura esquemática da extração de petróleo em águas profundas

(BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019. pg. 19)

Como apresenta a Figura (1) anteriormente, podendo ser comparada como uma extração de Petróleo, a Deep web busca no fundo, o que outros mecanismos de pesquisa não querem alcançar.

A doutrina diverge ao tratar sobre os conceitos de deep web. Parte dela defende a presença de quatro requisitos básicos (descentralização, segurança, anonimidade e codificação-aberta), enquanto outros pugnam a existência de apenas um ou outro, principalmente a descentralização e o anonimato e, subsidiariamente, ao fato de seu conteúdo não estar indexado e/ou disponível de forma exacerbada na "internet comum". (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019. pg. 19)

1.2 Principais Redes Da Deep Web

A Deep web é formada por redes descentralizadas, sendo impossível apresentar todas, pois, a cada momento surgem novas redes, abordaremos os principais e mais famosos navegadores presentes, com finalidades lícitas ou ilícitas, e a suas particularidades.

1.3 Da Rede Tor

O projeto Tor se iniciou em 20/11/2002, e um programa aberto, sendo um navegador seguro de código aberto, sendo que utiliza mil retransmissores, a rede Tor se comunica com três servidores, que envia o seu tráfego por três servidores espalhados, além disso, a rede tem um alcance mundial.

Calderon, Barbara, (2018), definir a rede Tor como:

Entre todas as redes, a rede The Onion Router (Tor) é a mais conhecida entre os usuários da web escura. Essa é a rede que a grande maioria dos usuários utiliza para se proteger da vigilância constante que impera na web superficial. A grande verdade é que muitos ainda fazem bastante confusão entre os termos Deep Web, Tor e internet profunda (CALDERON, BARBARA, 2018).

Sendo uma das redes mais utilizada entre os usuários, pois, seu usuário dispõe de um alto grau de anonimato, dificultando o monitoramento de suas atividades.

1.4 Da Freenet

O projeto da Freenet foi lançado em 18/07/2000, pela The Freenet Project, sendo um software peer-to-peer, que significa ponto a ponto, ela decentraliza seus arquivos no fornecimento das informações, na definição de Calderon, Barbara, (2018).

Cada usuário da rede oferece a ela duas coisas — largura da banda e uma parte de seu disco rígido. Essa parte do disco rígido fica disponível aos demais usuários para inserir e armazenar informações. (CALDERON, BARBARA, 2018).

Tendo como ponto principal a liberdade de expressão na internet, com uma grande proteção, o sistema peer-to-peer (ponto a ponto) contribui para oferecer a segurança e proteção para o usuário.

A filosofia da rede da Freenet para Para Barreto, Alesandro; Santos, Hericson:

A única maneira de garantir que uma democracia permaneça eficaz é garantindo que o governo não possa controlar a capacidade de sua população de compartilhar informações e de se comunicar. Enquanto tudo que vemos e ouvimos é filtrado, não somos verdadeiramente livres. O objetivo da Freenet é permitir que duas ou mais pessoas que desejam compartilhar informações façam isso. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019. Pg. 50-51).

O link original do projeto é freenetproject.org é uma rede patrocinada custeado por pagamentos voluntários.

1.5 Rede I2P

O projeto de Internet invisível teve seu lançamento em 2003, pelo desenvolvedor, por um projeto acadêmico de, Time I2P, sendo uma rede anteposta, com criptografia de ponta a ponta, isso quer dizer que tanto o emissor ou recebedor dos dados tem total segurança na utilização do navegador.

Esse sistema cria túneis, túneis temporários, passando por vários roteadores, para Caldeon, Barbara, (2018).

Suponhamos que eu tenha um computador A ligado a alguns túneis de saída e a outros túneis de entrada. Suponhamos também que exista um computador B, também ligado a alguns túneis de saída e a outros túneis de entrada. Se eu desejo enviar uma mensagem do computador A ao computador B, eu necessito que essa mensagem navegue por um dos "túneis de saída" ligados ao computador A e, em seguida, seja "roteado" a um dos "túneis de entrada" ligados ao computador (CALDERON, BARBARA, 2018).

O mais interessante desses túneis, é que o usuário tem a possibilidade de escolher como vai funcionar a privacidade de seu anonimato, a taxa de transferência de dados e a latência na rede.

2 OS CRIMES MAIS COMUNS PRATICADOS NA DEEP WEB

No dizer popular, "se não estiver fazendo nada de errado", não há motivos para se esconder ou ficar anônimo por trás de um computador", com a possibilidade de a pessoa viver no anonimato e protegido pela rede Deep Web, os criminosos encontram um terreno fértil, possibilita da prática de vários delitos, para se enriquecer, com venda de produtos ilegais, tráfico de drogas, e tráfico de armas, ou compartilhar cenas abuso sexual infantil, etc.

2.1 Tráfico de drogas

O tráfico de drogas e algo muito comum na Deep Web, os traficantes utilizam o anonimato e a proteção para traficar vários tipos de entorpecentes, para Barreto, Alesandro; Santos, Hericson Dos:

Existem inúmeros sites, especialmente na rede Tor, que comercializam livremente drogas, principalmente sintéticas: ecstasy99, MDMA100, NBONe101, dentre outras. Cada vendedor cria sua própria página, que é hospedada localmente, em seu próprio computador (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019. pg. 108).

Esse tipo de comercialização de entorpecentes tem toda uma logística e organização, através de fóruns e sites, onde se encontra vários tipos de drogas de acordo com Barreto, Alesandro; Santos, Hericson Dos:

A organização é tamanha que são criados os chamados black markets ou mercados negros, onde são reunidos vários vendedores com uma variedade enorme de drogas e outros produtos ilegais ou falsificados. Há sites e fóruns de discussões gerenciados por brasileiros (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019. pg. 108).

Sendo que este crime está previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2006)

Na figura 71, logo abaixo, está registrada o comércio da Wallstreet Market, sendo o principal mercado negro do submundo da internet, atualmente presente na rede Tor.

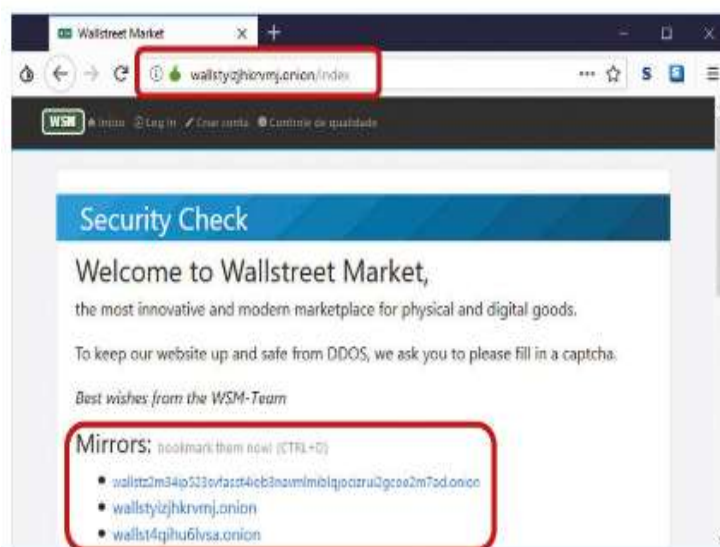


Figura 71 – Wallstreet Market

(BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS. 2019 pg. 109)

No trecho da figura (71), anterior, os Mirros têm o significado de espelhos, algo que utilizado em web sites de hospedagem na Deep Web, sendo vários links que garantem a possibilidade de acesso ao mesmo Wallstreet Market. Essa técnica é para garantir que o serviço não saia do ar por completo.

Na investigação de Para Barreto, Alesandro; Santos, Hericson Dos:

Se um usuário tentar acessar o site em um endereço e esse estiver indisponível, ele poderá acessar o conteúdo através de outro. A lista de mirrors também é atualizada a todo o tempo, pois, como os sites são armazenados localmente, pode ser que o peer (computador) que está hospedando um desses endereços pare de funcionar indefinidamente. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019 Pg. 109).

Dessa forma o usuário não perde suas vendas, estará sempre disponível para comercializar seu produto ilícito, pois, o sistema sempre vai estar funcionando de forma segura e anônima.

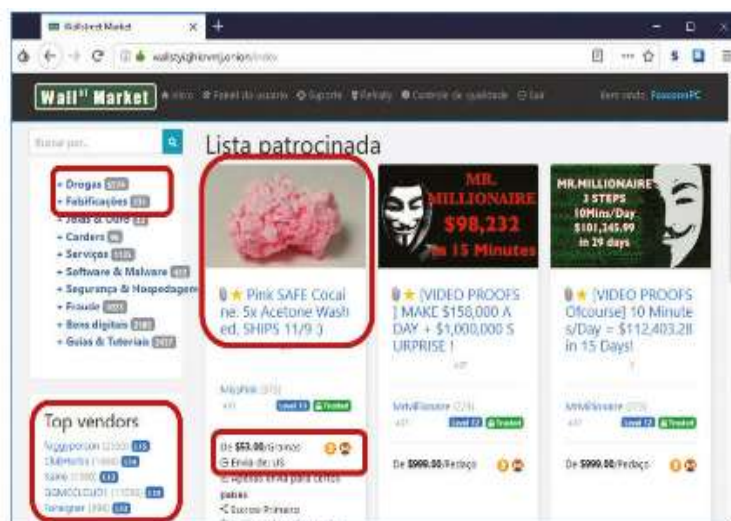


Figura 72 – Lista de produtos disponíveis na página inicial do Wallstreet Market

(BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019 pg. 110)

A imagem da figura 72, mostra claramente a palavra “Drogas”, comercializando a Pink Cocaine, demonstrando com que facilidade e audacidade, de forma clara os criminosos expõem os seus entorpecentes ilícitos à venda.

A Pink Cocaine é um pó com a coloração rosa sob o nome 2C-B, “tucibi”, que seria uma mistura da cocaína convencional, na investigação de Barreto, Alesandro; Santos, Hericson:

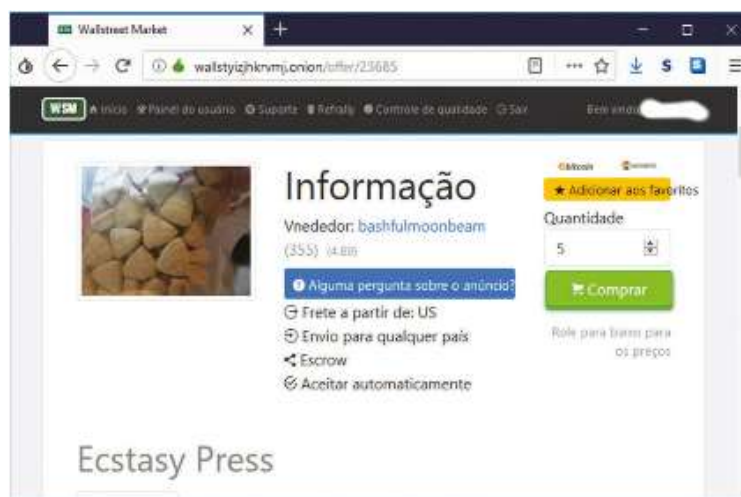
O valor por cada grama dessa droga no mercado negro é de aproximadamente 53 dólares americanos, algo ora em torno de duzentos reais. O detalhe que chama a atenção é que o vendedor, que está nos Estados Unidos, só aceita como forma de pagamento bitcoins e monero104. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019, Pg. 110).

A procura também pelo ecstasy é muito grande, sendo que uma droga psicoativa alucinógena, popularmente conhecida como a “droga do amor”, na análise de Barreto, Alessandro afirma que:

A comercialização de ecstasy é um dos carros-chefes desses mercados negros de venda de drogas, pois são pequenos comprimidos, fáceis de esconder e muito consumidos entre os jovens de classe média e alta. As

encomendas são despachadas pelos correios sem levantar qualquer tipo de suspeita. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019 Pg. 110).

Esses sites não pertencem somente aos estrangeiros, a existência de sites brasileiros fazendo uso desses sites para venda de entorpecentes.

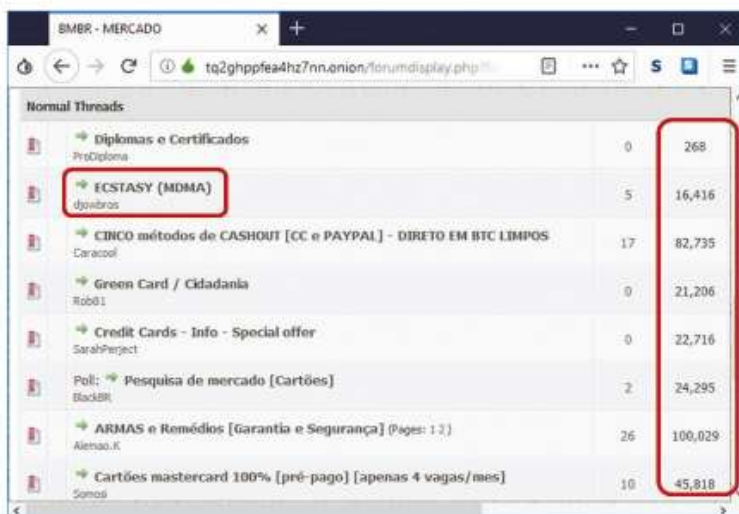


BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON, 2019 (Pg. 111).

De Acordo Com Barreto, Alessandro, Santos, Hericson:

Em pesquisas mais profundas, foi possível identificar alguns fóruns de brasileiros em que os crimes de tráfico de drogas, tráfico de armas e falsificações, em geral, continuam a todo vapor. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019, PG.112)

Na figura 74, logo abaixo, está presente um dos principais fóruns, chamado mercado negro do Brasil, mas utilizado por brasileiro, sendo da rede TOR, onde pode se encontrar armas, drogas, documentos falsos, e vários outros tipos de crimes.



Thread Title	Replies	Views
Diplomas e Certificados	0	268
ProDiploma		
ECSTASY (MDMA)	5	16,416
djovibros		
CINCO métodos de CASHOUT [CC e PAYPAL] - DIRETO EM BTC LIMPOS	17	82,735
Caracool		
Green Card / Cidadania	0	21,206
Rob01		
Credit Cards - Info - Special offer	0	22,716
SarahPerfect		
Pol: Pesquisa de mercado [Cartões]	2	24,295
BackBR		
ARMAS e Remédios [Garantia e Segurança] (Pages: 1 2)	26	100,029
Alessao.K		
Cartões mastercard 100% [pré-pago] [apenas 4 vagas/mes]	10	45,818
Somos		

**Figura 74 – Mercado negro do Brasil
– Lista de discussão**

BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON, 2019 (Pg. 112)

Mesmo com a investigação e o fechamento dessas plataformas não há muitas consequências, pois os traficantes simplesmente mudam de site, consequentemente tornando algo difícil de investigar, pois a segurança e o anonimato da rede contribuem.

2.2 Tráfico de Armas

O tráfico de Armas é algo muito comum na Deep Web, onde os negociadores têm toda a tranquilidade, na prática do ato ilícito, na investigação de Alesandro Gonçalves Barreto, Delegado de Polícia Civil do estado do Piauí:

Além do tráfico de drogas, a existência da venda ilegal de armas e munições de fogo, o tráfico de armas no Brasil responde por mais da metade dos armamentos existentes no país. Combater esse problema é, além de um grande desafio, uma questão de segurança nacional. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019 Pg. 117).

Estando tipificado como norma penal a comercialização de arma de fogo, previsto no artigo 17 do Estatuto do Desarmamento da LEI No 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003.

Art. 17. Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa. (BRASIL, 2019).

Norma penal explicativa a fim de esclarecer o que é atividade comercial ou industrial citada no caput, o próprio estatuto explica, em seu parágrafo primeiro do artigo, alterada pela Lei n.º 13.964, de 2019, a figura equiparada.

§ 1º Equipara-se à atividade comercial ou industrial, para efeito deste artigo, qualquer forma de prestação de serviços, fabricação ou comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em residência. (BRASIL, 2019).

O legislador ainda suplementou esse artigo, no seu parágrafo 2.º, para tipificar outras práticas.

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (BRASIL, 2019).

Nas figuras abaixo da para observar o interesse de vários compradores na aquisição de armas no mercado negro da Deep Web.

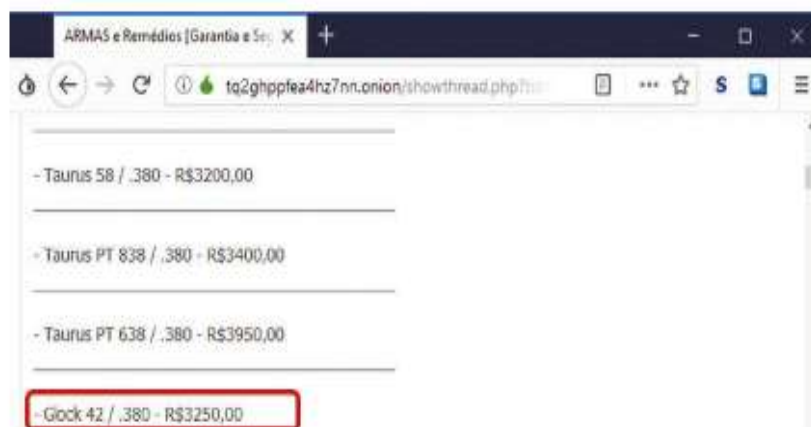


Figura 79 – Algumas armas oferecidas

(BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON, 2019 pg. 117).

Conforme a figura 79, a uma espécie de tabela com preço e modelo e calibre das armas de fogo que estão à venda, sendo que o valor bem inferior do que encontrado em sites regulares.

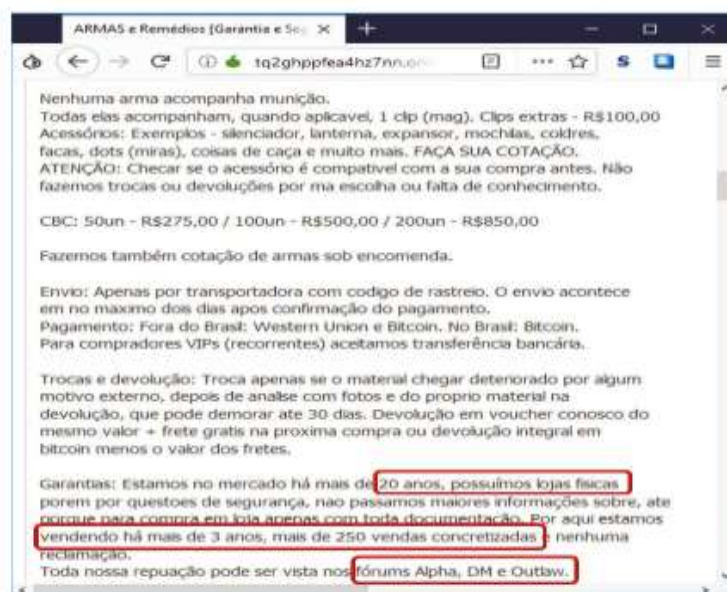


Figura 80 – Informações e precauções do vendedor

(BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON, 2019. pg. 119).

Segundo a figura 80, em um fórum, o comerciante admite ter uma loja física, e também trafica armas pela Deep Web, há mais de três anos, com o histórico de mais de 250 mil vendas pelo mercado negro.

2.3 Abuso e exploração sexual infantil

O abuso e exploração de menores e o mais cometido pelos usuários da Deep WEB, na investigação de Barreto, Alesandro; Santos, Hericson:

Um dos crimes mais praticados nas redes da deep web é o abuso e a exploração sexual de crianças e adolescentes. A Organização Mundial da Saúde, através do seu manual 110 de doenças, trata o tema “pedofilia” como sendo um transtorno mental do desvio do comportamento sexual. Portanto, pedofilia, em sentido amplo, está vinculada a uma doença, e a pessoa – o “pedófilo” – deve ser tratado como doente. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON, 2019. pg. 119).

No ordenamento jurídico brasileiro, o código penal foi melhorado, trazendo os art. 218 que trata do abuso, e a violência e exploração sexual de menores em seu artigo art. 218, e o atentado, violência ao pudor no art. 214, além disso, o advento da Lei 8.072, do dia 25 de julho de 1990, configurou como hediondo o estupro de menores e o atentado violento ao pudor

No código penal, em seu artigo 234, configura o que mais acontece no meio virtual da Deep Web:

Art. 234- Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio ou distribuição ou de qualquer exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno." Pena: detenção, de seis meses a dois anos ou multa. (BRASIL,1940).

Intencionalmente a INTERPOL destacou alguns dados para se classificar o conteúdo ilícito envolvendo menores, auxiliando os agentes presentes em vários países membros, mais conhecido pelo nome Crimes against children, que significa, "crimes contra crianças", nesse rol se caracteriza como delituoso os arquivos, contendo três características: a) Tem que está visível a identificação se a vítima e menor b) Verificar se na imagem está focando órgão genital do menor c) Nesse material tem menores com atos sexuais com outros menores ou com adulto.

O alcance global e o anonimato da Internet facilitaram muito a distribuição de material de abuso sexual infantil e o acesso a ele. Os infratores agora podem produzir, trocar e até mesmo direcionar vídeos ao vivo de crianças – até bebês – sendo abusadas. Eles também podem entrar em contato direto com as crianças por meio de redes sociais e funções de bate-papo em jogos ou aplicativos.

A prioridade da unidade de Crimes Contra Crianças é identificar e resgatar jovens vítimas de abuso sexual, bloquear o acesso a material de abuso sexual infantil, e impedir que criminosos sexuais não sejam punidos.

Após o exame da seleção aleatória de vídeos e imagens no banco de dados do ICSE, a INTERPOL e a ECPAT International publicaram um relatório conjunto em fevereiro de 2018 intitulado Rumo a um indicador global, o estudo identificou uma série de tendências alarmantes:

- 92% dos usuários infratores eram homens
- Quanto menos idade a vítima, maior era a crueldade dos vídeos
- 84% do conteúdo eram de cunho sexual explícito.
- 65% das vítimas são do gênero feminino
- Imagens mais graves eram com vítimas masculinas.

Na investigação de investigação de Barreto, Alesandro; Santos, Hericson:

Um dos sites que divulgam fotos e vídeos de garotas na faixa etária dos oito a quatorze anos é o Erotic Land – Youngest Girls Models ou "Terra do Erotismo – Jovens Modelos", que está no ar desde 2012, sem identificação dos autores. (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019 Pg. 121).

Os sites com esse tipo de cunho, atraindo milhões de usuários, pois, o anonimato e a segurança da Deep Web, contribuíram para a prática de delitos relacionados à pornografia infantil.

3 OS DESAFIOS/DIFICULDADES NA INVESTIGAÇÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

A investigação no meio digital não é uma tarefa fácil, pois, os criminosos contam com um arsenal de infinidade de ferramentas digitais, de forma gratuita, trazendo o anonimato em meios de levantar uma persecução penal.

Se certos crimes cometidos na Surface Web já existem barreiras, imagine na Deep Web, onde o anonimato é maior, dificultando a atribuição da autoria delitiva.

Na citação de Barreto, Alesandro, Santos, Hericson, (2019, Pg. 130), "o detetive Chris Purchas, da Seção de Exploração Infantil da Unidade de Crimes Sexuais do Serviço Policial de Toronto, no Canadá, cunhou a seguinte expressão: na "internet comum" nós prendemos os peixinhos; na Deep Web, nós capturamos os tubarões".

Sendo que os meios de provas da Deep Web não se diferem dos quais são aplicados na surface web, só que exige uma atenção maior dos agentes investigadores na atribuição da autoria delitiva.

3.1 Coleta Em Fontes Abertas

Essa forma de investigação, busca informações no meio virtual, podendo já estar disponíveis para todos da rede ou através de uma solicitação dos dados.

Para Barreto, Alesandro, Santos, Hericson Dos, (2019, p. 127), "o conceito de inteligência de fontes abertas ou Open Source Intelligence é, conforme o FBI," "uma ampla gama de informações e fontes amplamente disponíveis, incluindo as obtidas através da mídia".

De acordo com Barreto, Alessandro:

Conceitua fonte aberta como aquela "cujo dado é de livre acesso" e fonte fechada como a que contém "o dado protegido (necessidade de credenciamento para acesso) ou negado". (BARRETO, ALESANDRO; SANTOS, HERICSON DOS, 2019 Pg. 127).

A maioria desses dados são capturados na Internet aberta, sendo encontrados por algum software de pesquisa como o Google, ou podem ser encontrados pelos fóruns, onde não são rastreados pelo mecanismo de procura.

Não há nenhuma ilegalidade em acessar, analisar informações publicamente disponíveis sob restrições de segurança especiais.

Conforme defende Barreto, Alesandro Santos, Hericson Dos, (2019, P. 127). "Quanto mais abertos os regimes políticos e menos estritas medidas de segurança de um alvo para a circulação

de informações, maior é a quantidade de inteligência potencialmente obtida a partir de programas de osint”.

Quem utiliza a Deep Web produz vários dados, que podem ser capturados pelo agente de segurança pública, onde acelera e dá mais eficiência na coleta desses dados.

3.2 Da Infiltração Policial

A infiltração policial se trata de uma forma de averiguação, essa técnica excepcional e realizada por um agente treinado com todo o respaldo da justiça, deste modo, é necessário a autorização judicial, consiste em um rastreio de informação, a fim de evidência, e construir provas em relação a uma estrutura, buscando descobrir seus meios operantes, o reconhecimento de seus membros, para apuração de crimes, que podem ter ocorridos no passado, ou no presente, visando evitar delitos no futuro e destruir o esquema criminoso.

No ordenamento jurídico brasileiro essa prática teve início com advento da lei n.º 13.441, de 8 de maio de 2017, trazendo uma alteração significativa para ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), LEI N.º 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, que autoriza os agentes se infiltrarem, na procura de apuração de delitos cometidos a dignidade sexual de menores estando contido no artigo 190-A.

Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240 , 241 , 241-A , 241-B , 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A , 217-A , 218 , 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , obedecerá às seguintes regras: (BRASIL, 2017)

I – Será precedida de autorização judicial devidamente circunstanciada e fundamentada, que estabelecerá os limites da infiltração para obtenção de prova, ouvido o Ministério Público; (BRASIL, 2017)

II – Dar-se-á mediante requerimento do Ministério Público ou representação de delegado de polícia e conerá a demonstração de sua necessidade, o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas; (BRASIL, 2017)

III – Não poderá exceder o prazo de 90 (noventa) dias, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja demonstrada sua efetiva necessidade, a critério da autoridade judicial. (BRASIL, 2017).

Sendo uma vitória para facilitar a investigação dos crimes de abuso sexual de crianças e adolescentes, sendo que a Polícia Civil e Polícia Federal, responsáveis por esta investigação no meio virtual.

3.3 Network Investigative Technique – NIT

A NIT com significado de técnica investigativa de rede, e uma ferramenta de investigação utilizada na investigação, essa técnica é permitida através de uma autorização judicial, que consiste em uma infiltração em ambiente virtual.

Conforme Barreto, Alesandro, Santos, Hericson Dos, (2019, p. 127), A NIT – Técnica de Investigação de Redes, só é permitida sobre autorização judicial, e a instalação de um software informático em dispositivo de terceiro, com o intuito de obtenção do registro de conexão, endereço MAC.

Por tanto, NIT, é um software de computador que necessita de autorização judicial, aplicado em investigados certos e determinados.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo de análise da Deep Web e seu anonimato, a diferença de sua filtragem em relação a surface web, sendo que ela busca o conteúdo onde outros mecanismos de busca não vão.

Destacamos as principais redes da Deep Web, percebeu que esses navegadores têm modos de operação diferentes entre elas, sendo as mais usadas a rede Tor, Freenet, e a Rede I2P.

A partir da busca encontramos diversos crimes no anonimato da Deep Web com temas polemizados na sociedade contemporânea, como drogas, crimes e assuntos dos mais macabros e ilícitos possíveis.

O tráfico de drogas, e como o vendedor se camufla através da rede, que comercializam livremente drogas, principalmente sintéticas: ecstasy99, MDMA100, NBONe101, dentre outras.

O tráfico de armas, destacamos como os vendedores têm toda a facilidade e comodidade para prática desse ato, com toda a segurança de compra e entrega é passada pelos vendedores.

A exploração infantil é um crime de grande registro na Deep Web, os infratores aproveitam do anonimato para prática desse tipo de delito, e vimos como esse assunto é tratado e investigado internacionalmente pela INTERPOL.

Nesse caso, o objetivo geral e os específicos foram atingidos, o fator mais poderá-te é o anonimato, onde os criminosos utilizam a privacidade e a segurança da Deep Web, para prática de delitos, e como esse anonimato e segurança atrapalha a investigação e a autoria delitiva dos tipos penais apresentados.

5 REFERÊNCIAS

Barreto, Alesandro; Santos, Hericson. **Deep Web investigação no submundo da internet**. Rio de Janeiro: BRASPORT. Edição do Kindle, 2019.

BBC NEWS Brasil. **Deep web: O comércio criminoso que prospera nas áreas ocultas da internet.** Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-36920676> >. Acesso em: 13 set. 2022.

Brasil Escola Disponível em: < <http://brasilecola.uol.com.br/brasil2/trafico-de-armas.htm> > Acesso em: 07 out. 2020.

Calderon, Barbara. **Deep e Dark Web – A Internet Que Você Conhece E Apenas A Ponta Do Iceberg.** Alta Books. Edição do Kindle, 2018.

CanalTech. **Quem criou a Deep Web?** Disponível em: < <http://canaltech.com.br/seguranca/quem-criou-a-deep-web-204611/> >. Acesso em: 18 ago. 2020.

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA. **Infiltração de agentes.** Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/442/edicao-1/infiltracao-de-agentes> Acesso em: 07 out. 2020

EPOCA NEGOCIOS, GLOBO. **Por que traficantes de drogas da 'dark web' não têm medo da polícia.** Disponível em: < <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2022/01/por-que-trafficantes-de-drogas-da-dark-web-nao-tem-medo-da-policia.html> >. Acesso em: 02 nov. 2022.

INTERPOOL. **Crimes Against.** Disponível em: <https://www.interpol.int/Crimes/Crimes-against-children> . Acesso em: 01 de setembro. 2022

IP2P. **Projeto Internet Invisível.** Disponível em: < <https://geti2p.net/pt-br/> >. Acesso em: 18 ago. 2022

MIGALHAS. 18 de maio: **Leis protegem crianças e adolescentes de abuso sexual.** Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/366184/18-de-maio-leis-protegem-criancas-e-adolescentes-de-abuso-sexual/> >. Acesso em: 18 ago. 2020.

PLANALTO. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm >. Acesso em: 18 agosto. 2022

PLANALTO. LEI No 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez. 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm >. Acesso em: 18 ago. 2020.

PLANALTO. LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Droga.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm >. Acesso em: 18 ago. 2022

PLANALTO. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **18 de maio: Leis protegem crianças e adolescentes.** 18 de mai. de 2022

PLANALTO. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2022

PLANALTO. LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Código Penal.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 ago. 2022.

RENAN SAISSE. **Um Mergulho na Deep Web: Redes Descentralizadas, FREENET, TOR, I2P.** 28 de mar. de 2019 Disponível em: < <https://www.profissioaisti.com.br/um-mergulho-na-deep-web-parte-25>>. Acesso em: 18 ago. 2020

REVISTA DETETIVE. **O que são dados de fonte aberta?** Disponível em: < <https://revistadetetive.com.br/o-que-sao-dados-de-fonte-aberta/>> Acesso em: 07 out. 2020

THE ONE SPY. **A exploração infantil é galopante: proteja as crianças a ficarem longe da Deep Dark Web.** Disponível em: < <https://www.theonespy.com/pt/protect-kids-from-deep-dark-web/>>. Acesso em: 18 ago. 2022

TRILHANTE. **Comércio ilegal de arma de fogo e Tráfico internacional de arma de fogo.** Disponível em: < <https://trilhante.com.br/curso/estatuto-do-desarmamento/aula/comercio-ilegal-de-arma-de-fogo-e-traffic-internacional-de-arma-de-fogo-1>>. Acesso em: 18 ago. 2022.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO: UM ESTUDO SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

JEFTER GOMES SANTOS

(autor)

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN

(orientador)

RESUMO: A função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil brasileiro consiste em relevante inovação no direito contratual brasileiro, visto que provoca densos debates jurisprudenciais e discussões em âmbito doutrinário, não se verificando o alcance de posição sólida e consensual acerca do seu real significado, e nem consolidação entre os juristas formadores de jurisprudência. Por esse motivo se faz necessário que haja estudos relativos ao assunto, devido a sua importância no direito privado, dado que se irradia por todo o sistema do código civilista e mesmo além dele. A função social dos contratos, em razão de consistir em uma cláusula geral, de significado amplo, genérico e impreciso, e conteúdo que precisa ser complementado pelo juiz no caso abstratamente previsto, tem gerado diversas inquietações no que se refere ao seu estabelecimento como fator de crescimento do risco jurídico às relações contratuais traçadas no plano horizontal. Assim, o presente trabalho pretende descrever as principais disposições existentes a respeito do assunto em destaque, bem como localizar na doutrina pátria a extensão dos riscos mencionados e dos meios encontrados para a sua redução.

Palavras-chave: Direito Privado. Direito Contratual. Função Social. Contratos.

ABSTRACT: The social function of the contract, provided for in art. 42 is an innovation in Brazilian contractual law, since it provokes jurisprudential debates and debates in the doctrinal scope, not verifying the scope of a solid and consensual position about its real meaning, nor relevant among jurists that form jurisprudence. For this reason, it is necessary to have studies on the subject, due to its importance in private law, since it radiates throughout the system beyond the civil codex and even from it. The social function of contracts, given that it consists of a general clause, with a broad, generic and imprecise meaning, and content that needs to be complemented by the judge in the case abstractly provided for, has several concerns in the case in which it refers to its establishment as a factor. of growth in legal risk to contractual relationships outlined in the horizontal plane. Thus, the present work describes as main existing provisions regarding the highlighted subject, as well as location in the national doctrine, the extent of the mentioned risks and the means found to distinguish them.

Keywords: Private right. Contract Law. Social role. Contracts.

Introdução

A cláusula da função social dos contratos, que conta com previsão legal no bojo do art. 421 do Código Civil brasileiro, tem suscitado profundos debates jurisprudenciais e doutrinários,

inclusive com matizes ideológicas, ainda que não tenha atingido uma posição de consenso acerca do seu verdadeiro significado.

A razão para o amplo horizonte de debates e discussões acerca da função social dos contratos se deve à sua relevância no contexto do Direito Privado contemporâneo, haja vista que o tema se irradia por todo o sistema do diploma civilista e até mesmo fora dele. Por tal razão, são notáveis as colocações encontradas na doutrina no que se refere à respectiva cláusula, que vem sendo considerada por boa parte de seus lecionadores como significativa inovação, talvez de maior relevo no direito dos contratos, podendo ser vista como um atributo essencial para a interferência externa na vontade dos contratantes, conforme o artigo 421 do Código Civil, e somada às inúmeras incertezas intrínsecas ao ambiente pós-moderno, tem representado fator adicional que apresenta risco relevante a ser administrado nas relações contratuais, com diversos impactos no ambiente negocial.

Este trabalho tem a pretensão de avaliar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da função social dos contratos, com vistas a demonstrar os limites e os alcances no que se refere aos riscos oferecidos à segurança jurídica dos contratos horizontais oriundos da aplicação dessa norma pelos juriconsultos, e, por consequência, estabelecer, no mesmo terreno doutrinário, meios para que esses riscos sejam mitigados.

Trata-se de uma revisão de literatura de natureza descritiva, com ênfase na teoria do negócio jurídico, teoria do contrato e teoria da função social, destacando-se que os aspectos jurisprudenciais serão examinados a partir da doutrina pátria, além de análise da jurisprudência pacífica de forma mais ampla, dado que isso implicaria novo destaque no escopo alentado.

Os contratos de direito privado são instrumentos de indiscutível relevância para a dinâmica social constitucional e para a manutenção da estabilidade e isonomia da ordem econômica e financeira de uma nação. É justamente por meio desse instituto que os cidadãos firmam acordos, negociações e tratativas visando a atender seus interesses e necessidades, às vezes até mesmo criando círculos de interação com outros indivíduos, estes que tem movimentado, de forma muito ampla, a sociedade contemporânea.

Tendo em vista a proeminência dos contratos na sociedade de consumo que já foram despendidas várias configurações jurídicas para este instituto, que são, mormente, reflexo das convicções políticas e ideológicas de um citado contexto histórico e social.

De acordo com Flávio Tartuce, o tratamento dado aos contratos no direito brasileiro sofreu notáveis mudanças desde o surgimento do Código Civil de 1916, este que adotava uma postura nitidamente liberal e patrimonialista, até o Código Civil atual, nável e constitucionalizado, que adotou posicionamentos inovadores em nossa legislação, originários de uma evolução do pensamento jurídico, este profundamente influenciado pelo neoconstitucionalismo. A configuração dada atualmente ao direito negocial tem a finalidade de obter um melhor encaixe aos novos anseios sociais, considerando os ditames essenciais em uma sociedade plural e homogênea, tais que tem exigido maior intervencionismo estatal a fim de que sejam asseguradas garantias constitucionais, como o direito a igualdade, dignidade humana, livre iniciativa e livre concorrência. (TARTUCE, 2022).

O artigo 421, que discorre acerca da chamada função social dos contratos, tal como a cláusula geral da boa-fé objetiva, insculpida no artigo 422, e a possibilidade de resolução contratual pela onerosidade excessiva superveniente, prevista no artigo 478 são mecanismos que foram introduzidos no Código Civil vigente como um reflexo desse novo tratamento que vem sendo atribuído aos novos contratos da sociedade de consumo.

Caberá ao presente artigo uma análise mais detida acerca da cláusula geral da função social dos contratos, analisando a sua evolução dentro do direito civil constitucionalizado, assim como os limites de sua aplicabilidade a partir de uma leitura doutrinária e jurisprudencial.

1. Aspectos históricos

A positivação da função social dos contratos como uma forma de cláusula geral em nossa legislação contemporânea é considerada como uma inovação trazida pelo Código Civil de 2002. Todavia, o fundamento desse instituto não é tão recente quanto aparenta. Conforme expõe Gerson Luiz Carlos Branco (2009):

A socialidade e a funcionalidade sempre foram pontos de interesse dentro do cenário jurídico, já o encaixe dessas preocupações no instituto dos contratos, que, somente, era regido por ideias tipicamente liberais, de não intervencionismo, figura no pensamento jurídico desde o final do século XIX. (CARLOS BRANCO, 2009).

Ainda na esteira do que leciona o citado autor, a legislação, nesse período histórico, pretendia um ordenamento jurídico abstencionista que assegurasse “liberdades” ao povo – as ditas liberdades negativas. Essa liberdade podia ser garantida em vários aspectos e tinha por finalidade a proteção dos cidadãos em face do poder de arbítrio do próprio Estado, o que em diversos momentos da história já havia se mostrado prejudicial aos direitos e garantias da população.

O Código Civil francês que fora editado nesse momento histórico tinha base formal e individualista, seguindo uma linha de pensamento com origem iluminista. Concedia, no que diz respeito aos contratos, plena liberdade aos contratantes para que definissem os seus limites e o seu alcance. Ato contínuo, esse sistema jurídico formalista foi compatibilizado com o liberalismo econômico, de base clássica, este que também defendia uma política e um direito que conduzisse a um estado não intervencionista.

Insta mencionar que a segurança jurídica trazida pela legislação civilista, que garantia de forma integral e plena o que restou acordado pelas partes (*pacta sunt servanda*), significou um significativo avanço, entretanto, esse individualismo exacerbado trouxe uma diversidade de problemas de cunho social, ligados à disparidade entre os polos contratantes, e às consequências danosas daquilo que muitas vezes foi manifestado a partir da vontade.

Conforme Bastos (2004):

Essa situação foi ainda mais agravada com as contratações em massa, que tornaram mais evidentes as disparidades que o sistema liberal de regência dos contratos estava causando, nesse momento fez-se necessária a intervenção estatal. Passou-se então a reconhecer a necessidade de uma legislação mais intervencionista, que pudesse propiciar um cenário de maior equilíbrio para a feitura dos contratos, visando suprir, de alguma forma, a disparidade dos polos contratantes, e, também, garantir a equidade entre as partes. A partir desse novo quadro, a noção de liberdade contratual sem qualquer forma de restrição acabava por se tornar uma justificativa para sobreposição do forte sobre o fraco. (BASTOS, 2004).

O dirigismo contratual tem sido o termo amplamente utilizado para designar a intervenção estatal constitucionalizada na nova dinâmica contratual, este que possui dois meios de atuação, como expõe Ricardo da Silva Bastos (2004). Um meio dito de caráter legislativo, por meio da criação de leis de cariz intervencionista, responsáveis pela limitação dos direitos de forma a se obter uma compensação de desigualdades, e outro pela via da atribuição de deveres às partes na condução do procedimento obrigacional, através de cláusulas gerais, tais como a boa-fé objetiva e a observância função social dos contratos.

2. Direito Contratual pós-positivista

Conforme vem sendo lecionado pelo respeitável magistrado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Daniel Carnacchioni, o art. 421 do Código Civil de 2002 tem estabelecido que o contrato não pode mais ser considerado como um direito absoluto – havendo, portanto, certo distanciamento da noção de “pacta sunt servanda”, já que se nota flexibilidade na ideia de que o contrato faz lei entre as partes – devendo estar ligado ao instituto jurídico da igualdade, o que constitui aspecto nevrálgico para o presente estudo, onde pretende-se analisar a sua função social, e identificar os limites e os controles a que são submetidos os juízes ao proferirem suas decisões, tendo como fundamento o referido dispositivo legal.

Por esse motivo, inaugura-se este trabalho abordando noções muito pertinentes acerca negócio jurídico, visto que estabelece o gênero a qual pertence a espécie contrato.

O ordenamento jurídico é composto por normas que regulam a atividade humana ao preverem fatos e comportamentos que podem resultar no “suporte fático para a incidência da norma e o surgimento do fato jurídico” (GONÇALVES, 2018).

O fato jurídico classifica-se em fato material ou antijurídico, uma vez que estes não produzem efeitos jurídicos, não são compreendidos pela coercitividade da norma. Conforme Pontes de Miranda, o fato jurídico é “o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica”. (PONTES DE MIRANDA, 2007).

Conforme Silva (2008):

Os fatos estão divididos em duas ordens: naturais ou fatos jurídicos em sentido estrito; e humanos, ou voluntários, ou jurídicos em sentido amplo. Os naturais, ou fatos *stricto sensu*, independem da vontade humana, contudo, por alcançarem as relações jurídicas e sendo o homem seu sujeito, são de interesse, a exemplo do nascimento e da morte das pessoas, do crescimento das plantas etc. Provém de simples ação da natureza. Já os fatos humanos, ou voluntários, ou fatos *lato sensu*, são decorrência da atuação humana, comissiva ou omissiva, e interferem nas relações de direito, podendo subordinar-se às normas preestabelecidas pelo ordenamento, ou delas discreparem. (SILVA, 2008).

Conforme leciona Souza (1999), em dado momento histórico, o Princípio da Livre Concorrência passou a ser compreendido como um princípio de cariz ideológico sobre o qual o poder público não poderia se manifestar.

Entretanto, como alega o citado autor:

A vulnerabilidade de tal entendimento, assim também entendidos todos os demais Princípios relacionados ao liberalismo puro, foi rapidamente demonstrada a partir do domínio do mais forte sobre o mais fraco, o que acabava por afastar ou até mesmo anular a livre concorrência, principalmente no âmbito contratual. (SOUZA, 1999).

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, foram sendo desenhados novos contornos à Ordem Econômica e Financeira brasileira, compreendidos como reflexos das mudanças sociais e políticas ocorridas naquele momento histórico. Nesse período já era possível verificar a predominância do entendimento de que tanto o liberalismo econômico clássico proposto por autores como Adam Smith, ou como o socialismo marxista, eram entendidas como sendo posições extremas e, por isso, inadequadas para um Estado Democrático de Direito com as proporções do Estado brasileiro.

Tornou-se facilmente aferível a tese segundo a qual uma omissão completa do Estado diante de setores que antes eram considerados como estritamente privados, como os contratos, acabaria por conduzir a resultados dramáticos, tais como alta concentração e até mesmo a monopolização de determinados setores da economia.

3. Função Social

Na esteira do que brilhantemente ensina Orlando Gomes:

O fenômeno da contratação passa por uma crise que causou a modificação da função do contrato: deixou de ser mero instrumento do poder de autodeterminação privada, para se tornar um

instrumento que deve realizar também interesses da coletividade. Numa palavra: o contrato passa a ter função social. (GOMES, 2008).

Aduz o douto Miguel Reale que é natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes, sem conflitos com o interesse público.

Miguel Reale e Antônio Junqueira de Azevedo associam a ideia de função social do contrato ao valor social da livre-iniciativa. Aquele relaciona a função social do contrato à função social da propriedade. Deste modo, leciona que a função social é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir a ordem econômica.

O meio encontrado pelo legislador brasileiro para positivizar a ideia de que os contratos deveriam ter como limite o cumprimento da sua função social se deu por meio da cláusula geral presente no artigo 421 do Código Civil vigente.

As cláusulas gerais destacadas pela doutrina civilista não se confundem com os princípios fundamentais apontados pela hermenêutica, pois estas são normas com amplo âmbito de incidência – descrevem as situações de maneira muito mais genérica, confeccionadas por conceitos vagos, incumbindo ao magistrado, no caso concreto, definir os limites para a sua aplicação.

Trata-se de espécie de norma que não prescreve uma certa conduta, conforme conceitua o brilhante processualista brasileiro Humberto Theodoro Junior (2007), mas, na verdade, estatui uma diversidade de standards hermenêuticos. Desse modo, serve como ponto de referência para a interpretação, delegando ao operador do direito, que será responsável pelo esclarecimento, critérios preceptivos e axiológicos, além limites outros para a aplicação das normas do direito civil.

Pode-se afirmar que a vantagem desse tipo de formulação jurídica é seu fácil ajuste aos novos contextos histórico-sociais da doutrina jurídica, são “normas cuja vagueza de sentido assume a função de integrar e sistematizar as demais normas do sistema.” (BRANCO, 2009)

Ademais, outro aspecto merecedor de relevante destaque para a aplicabilidade desse instituto diz respeito à existência de uma hierarquia entre princípio e cláusula geral no que se refere à interpretação. Como expõe Fabio Ulhoa (2005), a interpretação desta última não pode contrariar o primeiro.

Na doutrina de Branco (2009):

O contrato é instrumento para o exercício da autonomia da vontade, de suma importância para as relações econômicas, e não pode perder esse sentido. Porém, a cláusula geral da Função Social é reflexo da evolução do direito, das novas necessidades da sociedade, e atinge essa autonomia contratual em três principais pontos: na liberdade de contratar, ou seja, de decidir a respeito da celebração do contrato; na liberdade contratual, que diz respeito ao conteúdo, às cláusulas; e a liberdade de escolha do tipo jurídico (BRANCO, 2009, p. 203).

É neste sentido que arremata Pereira (2002):

A limitação à autonomia das partes de livremente ajustarem o contrato visa preservar a sociedade no qual o contrato é firmado. "A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório." (PEREIRA, 2002, p.13).

4. Risco jurídico decorrente da Função Social

Conforme os ensinamentos de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é possível afirmar que, para a aplicação, pelos juízes, da cláusula geral inculpada no art. 421 do Código Civil, é adequada a técnica, por ele conceituada como "técnica de pensamento orientado por problemas, que serve para resolver a seguinte questão: o que, aqui e agora, é o justo".

Lembra, contudo, que "evidentemente isso gera insegurança, pois o contratante não sabe o que o juiz entenderá como sendo o comportamento devido; a descrição dessa conduta não está na lei".

Nas lições do processualista Humberto Theodoro Júnior:

Nota-se que um enorme risco ao ordenamento jurídico contemporâneo no momento da aplicação do conceito genérico de origem doutrinária é a visão geralmente parcial do operador do direito que, em muitos casos, por má-formação técnica ou por preconceito ideológico, pode acabar optando, dentro do arsenal da ordem constitucional, por somente um de seus múltiplos e interdependentes princípios, ou seja, aquele que lhe é mais simpático às convicções pessoais. (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Apontadas as preocupações acerca do uso de tais princípios, restaria, portanto, a busca por mecanismos que visam a limitação dos fatores de risco relacionados à aplicação dessas normas, assim como os possíveis meios de controle que se aplicariam às decisões proferidas, tendo essa mesma norma como fundamento.

O jurista Arnold Wald, nesse sentido, compreende que:

O exame da real extensão da função social do contrato deve ser realizado dentro de uma visão sistêmica, fundamentando-se os valores constitucionais e a filosofia da nova lei civil. Nesse diapasão, é necessário extrapolar a equivocada ideia de função social representando somente a proteção à parte economicamente mais fraca da relação contratual, assim como o entendimento de que a

referida norma faria tábua rasa do respeito a atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos. (WALD, 2009).

Apontamentos finais

De acordo com as informações levantadas para a confecção do presente artigo, é possível afirmar que a regra estudada não costuma admitir ensaios, haja vista que a função social do contrato consiste em uma cláusula geral de direito civil, contando com previsão no Código Civil de 2002, este que passa a atribuir ao magistrado uma ampliação da discricionariedade a fim de assegurar o atendimento da socialidade, entretanto, sem representar, evidentemente, uma carta branca, uma nota fria, para que o magistrado delibere ao arrepio da lei e de princípios delimitados na ordem jurídica constitucional, haja vista que o instrumento contratual não perdeu a sua função econômica, pois constitui um reflexo eminentemente patrimonial da liberdade assegura aos indivíduos, esta que, merece ser destacado, tem todo um substrato constitucional, fincando as suas raízes em dispositivos expressos da Carta Magna vigente.

O ordenamento jurídico somente acrescentou-lhe a função social para evitar atividades contrárias aos interesses sociais da coletividade, isto é, incompatíveis com o bem comum, estes que constituem verdadeiros abusos de direito ou desvios de poder.

Entende-se como sendo um dever criador do juiz a motivação de suas decisões, mais do que em outras situações, pela explicação apresentação da devida justificativa/fundamentação às partes e à comunidade jurídica sobre como e por quais razões decidiu por aquela aplicação ao processo, dessa ou daquela conduta, pois foi nesse sentido que alicerçou a solução da causa.

Ainda que os limites desse trabalho de criação não estejam delimitados no sistema legislado, visto que o operador poderá ou não ter de recorrer a dados e elementos que ultrapassam o formalismo jurídico, acredita-se que, por meio da Constituição de 1988, com tantos enunciados orientadores de direitos e de deveres, muito raramente uma situação posta em juízo não será resolvida satisfatoriamente, conforme os princípios constitucionais a que remetem a cláusula geral.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nº 18, Porto Alegre, p. 221-228, 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado (parecer). In: TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Limites da atuação judicial na aplicação da função social dos contratos. In: NICOLAU JÚNIOR, Mauro (Org.). Novos direitos. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. Lei. nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o novo Código Civil. DOU de 11.01.2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 09 agosto 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In:TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). Função social do direito.São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 5.ed. São Paulo:Saraiva, 2007, v.1.

REALE, Miguel. Apud FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do Direito Privado. In:TIMM, Luciano Benetti & MACHADO, Rafael Bicca (Cord.). Função social do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SILVA, Caio Mário Pereira da. Instituições de Direito Civil, 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v.1.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato e sua função social. 3.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. Saraiva, 2008.

PARIDADE DAS PARTES NO PROCESSO: A PARIDADE DE ARMAS ENTRE O AUTOR E O RÉU NO PROCESSO CIVIL FRENTE A FALTA DE OPORTUNIDADE DE EMENDA À CONTESTAÇÃO

PEDRO HENRIQUE DE ARAÚJO XAVIER:

Graduando em Direito pelo Centro
Universtiário UNA Betim.

JUNIO SOARES FREIRE

(coautor)

RESUMO: O trabalho a seguir, irá demonstrar a falta de paridade de armas entre o autor e o réu no processo civil frente a falta de oportunidade de emenda à contestação. O principal objetivo da pesquisa, é apontar a existência de deficiências existentes no Novo Código de Processo Civil, que geram o desequilíbrio de armas processuais na aplicação da defesa do réu por meio da peça contestatória. Ademais, será demonstrada a aplicabilidade dos princípios constitucionais na prática processual, que são responsáveis por manter o equilíbrio entre os litigantes. Destarte, será evidenciada a deficiência atual da aplicação dos princípios constitucionais na prática jurisdicional, em razão das limitações impostas pelo NCPC. Diante de tal realidade, a falta de previsão legal para a possibilidade de emenda à contestação, gera um desequilíbrio legal que será demonstrado a seguir. Em seguida, será apresentada a solução para suprir tal desigualdade, equiparando as partes, para que se obtenha a oportunidade do real direito de defesa da parte ré.

Palavras chave: Princípios constitucionais, paridade de armas, contestação, emenda à contestação, igualdade.

ABSTRACT: The following work will demonstrate the lack of parity of arms between the plaintiff and the defendant in the civil process in view of the lack of opportunity to amend the defense. The main objective of the research is to point out the existence of deficiencies in the New Code of Civil Procedure, which generate the imbalance of procedural weapons in the application of the defendant's defense through the contestation piece. In addition, the applicability of constitutional principles in procedural practice will be demonstrated, which are responsible for maintaining the balance between litigants. Thus, the current deficiency in the application of constitutional principles in judicial practice will be highlighted, due to the limitations imposed by the NCPC. Faced with this reality, the lack of legal provision for the possibility of amending the contestation, generates a legal imbalance that will be demonstrated below. Then, the solution to overcome such inequality will be presented, equating the parties, in order to obtain the opportunity of the real right of defense of the defendant.

Key Words: Constitutional principles, parity of arms, contestation, amendment to contestation, equality.

1.INTRODUÇÃO.

O presente artigo possui como objetivo analisar a aplicabilidade da paridade das partes, se tratando de procedimento processual onde o direito do réu se manifesta através de uma petição (contestação), em respeito ao previsto e disciplinado no novo Código de Processo Civil brasileiro (CPC) e na Constituição Da República Federativa Do Brasil (CRFB/88), abrangendo conceituação, hipóteses de cabimento e sua relação com a cognição.

Assim como pensa Freddie Didier Jr⁷, paridade das partes se remete a paridades das armas em seu conceito, onde se trata da igualdade de armas necessárias para o combate processual, garantindo aos litigantes as mesmas oportunidades, possibilidades e condições de defesa para que seja garantida uma decisão justa pelo juiz.

Ainda segundo o autor, o reconhecimento de que o direito de defesa não pode resumir-se à simples manifestação no processo, é importante, tendo em vista outros direitos que devem ser resguardados para obter a paridade entre as partes durante o litígio processual. Sendo assim, devem ser garantidos, além do direito à manifestação, também o direito de informação sobre o objeto processual e o direito da parte em ter seus argumentos considerados pelo órgão julgador.

Ademais, é necessário que seja levado em consideração o princípio da isonomia para balancear o tratamento das partes de acordo com suas diferenças, tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais, nos limites de sua desigualdade, impedindo que sejam favorecidas ou desfavorecidas pela proteção jurídica, que deve ser garantido pelo juízo, conforme extrai-se do art. 7º, do Novo Código de Processo Civil de 2015:

“art.7: É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.(lei 13.105/95 planalto)

Nesse diapasão, será evidenciado a necessidade de dois princípios constitucionais para a viabilidade de paridade das armas: os princípios do contraditório e da ampla defesa que buscam garantir a igualdade entre as partes por meio da equiparação dos direitos de ação e defesa, além de dar ciência às partes do conhecimento do processo, garantindo também os meios necessários para esclarecer o que lhes for desfavorável no tramite processual.

Para Marcus Vinícius Rios Gonçalves⁸, é necessário que se concluam critérios para alcançar a efetividade do princípio do contraditório, assegurando que as partes tenham o devido conhecimento do andamento processual, garantindo também que o juiz possibilite oportunidades

7 DIDIER JR., Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 14ª edição. Salvador: Jus Podivm. 2013. V.1.

8 MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES, em Direito Processual Civil Esquematizado, 2ª Edição, Editora Saraiva, página 62.

reais de manifestação para que as partes expressem suas razões, para que obtenha condições funcionais de defesa e modificação na decisão do juiz.

Nelson Nery Junior⁹, explica que o poder judiciário deve respeitar o direito das partes em relação ao contraditório, almejando a diminuição de decisões com caráter que violem o princípio da não surpresa. Sendo necessário oportunizar às partes, antes da decisão, a possibilidade de tomar medidas necessárias para expor seus argumentos com validade no tramite processual, buscando a efetivação do direito ao contraditório.

A importância desses princípios é primordial para o andamento do processo, tendo em vista o direito de manifestação das partes, sendo que a parte ré tem sua manifestação por meio da peça processual denominada contestação, que constitui a peça fundamental de defesa do réu, momento em que, de forma concentrada, ele deve apresentar todas as alegações, de fato e de direito, em contraposição à ação ajuizada pelo autor.

Pretende-se, aqui, localizá-la no esquema do estudo do direito processual civil brasileiro, conceituá-la, apontar suas principais características e, em seguida, examiná-la no âmbito do Novo Código de Processo Civil as hipóteses de aditar em um lapso temporal a ser tratado no desenvolvimento do trabalho.

Segundo Theodoro Júnior¹⁰, contestação é o meio pelo qual o réu utiliza para se manifestar formal e materialmente, tendo grande diferença entre a ação do autor e a contestação do réu, visto que na petição inicial é formulada uma pretensão por meio dos pedidos e requerimentos, à contestação, por sua vez, não contém pretensão do réu, mas sim, sua manifestação de vontade e resistência acerca dos pedidos contra ele impostos. Sendo o momento processual que réu tem de se defender por meio de uma manifestação formal. A contestação é tão importante quanto a petição inicial.

Tratando por fim, a possibilidade de aditar a manifestação do réu no lapso temporal adequado, sendo até o momento da impugnação do autor, de forma a possibilitar que a impugnação não seja prejudicada e que o processo não tenha prejuízos formais, trazendo por meio de análises e problemas jurisprudenciais as evidências que possibilitam tal edição da peça da parte ré.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

9 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 11ª ed. rev. atual. e ampl. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

10 THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1, ed. 62ª, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Segundo Freddie Didier Jr¹¹, os princípios do Direito Processual Civil são: O devido processo legal, dignidade da pessoa humana, legalidade, contraditório, ampla defesa, publicidade, duração razoável do processo, igualdade, eficiência, boa-fé, efetividade, adequação, cooperação, respeito ao autorregramento da vontade no processo, primazia da decisão de mérito e proteção da confiança, entre outros.

O presente artigo, irá aprofundar em alguns princípios para entender a viabilidade atual da paridade das partes, no direito processual em relação ao aditamento de suas peças, sendo a petição inicial e a contestação, respectivamente, segue princípios que norteiam tal direito.

2.1 Princípio da Paridade de Armas

No que tange o princípio da igualdade, conforme entendimento de Martinez Ferneza Cantoario¹², é comumente utilizado na lei, doutrina e jurisprudência a utilização da expressão "paridade de armas" que trata-se da igualdade de armas necessárias para o combate processual, garantindo aos litigantes as mesmas oportunidades, possibilidades e condições de defesa para que seja garantida uma decisão justa pelo juiz.

Ademais, é necessário ressaltar a importância dos meios adequados que podem ser utilizados para gerar reais oportunidades e condições capazes de garantir uma defesa igualitária com real poder de influência.

É muito importante o reconhecimento de que o direito de defesa não pode resumir-se à simples manifestação no processo, conforme o entendimento de Antônio do Passo Cabral¹³, tendo em vista outros direitos que devem ser resguardados para obter a paridade entre as partes durante o litígio processual. Sendo assim, devem ser garantidos, além do direito à manifestação, também o direito de informação sobre o objeto processual e o direito da parte em ter seus argumentos considerados pelo órgão julgador.

Sendo assim, é necessário que o ordenamento jurídico garanta a paridade das partes, promovendo a igualdade de tratamento e possibilidades de atuação processual, para que seja resguardada a isonomia das partes durante a luta ao convencimento do poder judiciário.

11 DIDIER JR., Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 14^a edição. Salvador: Jus Podivm. 2013. V.1.

12 Martinez Ferneza Cantoario, D. (2015). O ACESSO À JUSTIÇA COMO PRESSUPOSTO DA PARIDADE DE ARMAS ENTRE OS LITIGANTES NO PROCESSO CIVIL. Revista Eletrônica Direito E Política, 3(2), 155–179. <https://doi.org/10.14210/rdp.v3n2.p155-179>

13 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

Pode extrair do entendimento de San Tiago Dantas¹⁴ que, a desigualdade humana é um fato presente em diversas áreas. Além disso, o princípio da igualdade não pode ser observado como algo retrogrado ou tendencioso, visto que, no âmbito jurídico, é necessário balancear o tratamento das partes de acordo com suas diferenças, impedindo que sejam favorecidas ou desfavorecidas pela proteção jurídica.

Como foi tratado anteriormente, é necessário observar a aplicação do princípio da isonomia nos ritos processuais, que deve ser pelo juízo, conforme observa-se as disposições do art. 7º, do NCPC.

O próprio Princípio da Isonomia provém do tratamento igualitário aos iguais e desigual aos desiguais, nos limites da desigualdade.

Ademais, entende-se como paridade das armas no processo civil, a efetividade de influência das partes no resultado final da decisão proferida pelo juiz. O princípio, consiste no tratamento igualitário entre os cidadãos.

Esclarece José Afonso da Silva¹⁵ que, a igualdade perante a lei é indissolúvel, ligado diretamente à democracia, sendo assim, estabelece parâmetros para garantir a sua aplicabilidade, como por exemplo a proibição do legislador de editar leis que possam gerar desigualdade a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

A igualdade, aplica-se, sobretudo, em face da atuação do Executivo, mas não apenas deste. Impõe-se, igualmente, como comando dirigido ao Legislativo e, também, ao próprio Poder Judiciário, no desenrolar do processo judicial (por ocasião do tratamento a ser dispensado a cada uma das partes).

Conforme leciona Celso Antônio Bandeira Mello¹⁶:

“Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.”

Segundo André Ramos Tavares¹⁷, a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Contudo, trata-se de regra hipotética que não satisfaz. E isto porque não é capaz de informar quando ou como distinguir os desiguais dos iguais.

Portanto, é necessário encontrar um critério capaz de legitimamente apartar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas. É necessário saber quais são os elementos ou as

14 DANTAS, San Tiago. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

15 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

16 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3. ed.

17 TAVARES, Andre Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. (p.601)

situações de igualdade ou desigualdade que autorizam, ou não, o tratamento igual ou desigual. É preciso concretizar esse princípio (que como qualquer outro é abstrato), a partir de critérios objetivos precisos, sob pena de torná-lo um escudo de impunidade para a prática de arbitrariedades.

Conforme pontua Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸:

“(...) tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional”.

2.2 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Em relação ao princípio do contraditório, explica Uadi Lammêgo Bulos¹⁹ que, o referido princípio busca garantir a igualdade entre as partes por meio da equiparação dos direitos de ação e defesa, além de dar ciência às partes do conhecimento do processo, garantindo também os meios necessários para esclarecer o que lhes for desfavorável no tramite processual.

Bem explica o tema Fredie Didier JR²⁰:

“O princípio do Contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se do poder de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo... Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”.

Para Marcus Vinícius Rios Gonçalves²¹, é necessário que se concluam critérios para alcançar a efetividade do princípio do contraditório, assegurando que as partes tenham o devido conhecimento do andamento processual, garantindo também que o juiz possibilite oportunidades reais de manifestação para que as partes expressem suas razões, para que obtenha condições funcionais de defesa e modificação na decisão do juiz.

¹⁸ Idem item 6.

¹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 533.

²⁰ FREDIE DIDIER JR., em Curso de Direito Processual Civil, Volume 1, 12ª Edição, Editora Podivm, página 52.

²¹ MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES, em Direito Processual Civil Esquemático, 2ª Edição, Editora Saraiva, página 62.

Como bem leciona Nelson Nery Junior²²:

“Em razão da incidência da garantia do contraditório, é defeso ao julgador encurtar, diminuir (verkürzt) o direito de o litigante exteriorizar a sua manifestação nos autos do processo. Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando emergente da norma comentada. O órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo.”

Nelson Nery Junior²³ explica que, o poder judiciário deve respeitar o direito das partes em relação ao contraditório, almejando a diminuição de decisões com caráter que violem o princípio da não surpresa. Sendo necessário oportunizar às partes, antes da decisão, a possibilidade de tomar medidas necessárias para expor seus argumentos com validade no tramite processual, buscando a efetivação do direito ao contraditório.

O princípio da ampla defesa, trata-se da oportunidade concedida às partes para alegar fatos, propor e contraditar provas, e possibilitar a interposição de recursos.

É necessário salientar que tal princípio concede garantias tanto ao autor quanto ao réu, entretanto, o referido princípio não é absoluto, devendo ser regrado, evitando abusos de direitos e a utilização de má fé pelas partes litigantes.

Conforme pode-se observar a colocação de João Batista Lopes²⁴:

“Ao referir-se à ampla defesa, pretende a Constituição consagrar a garantia da defesa pertinente, necessária e adequada, já que o abuso de direito é vedado pelo sistema jurídico.”

Ademais, Desomar Mendonça Jr²⁵ estabelece a correlação do princípio contraditório com o princípio da ampla defesa, afirmando que o direito de defesa se estabelece através do contraditório, sendo duas figuras que compartilham o mesmo caminho processual, sendo dependentes um ao outro.

3. EMENDA À INICIAL

²² NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 11ª ed. rev. atual. e ampl. com a novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²³ Idem item 10.

²⁴ LOPES, João Batista. Curso de direito processual civil. São Paulo: Editora Atlas, 2005, v. 1.

²⁵ DESOMAR MENDONÇA JR., em Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro, Editora Malheiros, 2001, página 55.

O direito a emendar a inicial encontra-se demonstrado no art. 329 do NCP, sendo um direito subjetivo do autor, dentro dos termos a seguir,

“Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar” (Lei Nº 13.105/2015 Planalto)”.

Por meio deste recurso o autor poderá incluir ou corrigir o que julgar necessário de maneira espontânea, ou seja, caso constate alguma divergência em seus pedidos ou causa de pedir poderá corrigir sua peça até o momento da citação do réu. Entendimento do doutrinador Theodoro Júnior²⁶.

[...]” portanto, as possibilidades de alteração do pedido e da causa de pedir, no regime do CPC/2015, podem ser esquematicamente vistas da seguinte forma:

(a) antes da citação, a inovação pode dar-se por ato unilateral e livre do autor;

(b) depois da citação e antes do saneamento do processo, as partes são livres para fazê-lo, mediante consenso, independentemente de aprovação judicial;

(c) depois da fase de saneamento, as partes ainda poderão fazê-lo mediante negócio jurídico processual, cujo efeito, todavia, dependerá de controle e aprovação do juiz”.

De acordo com Theodoro Júnior²⁷, o artigo responsável pela possibilidade de emenda à inicial, admite a alteração do pedido da parte autora sem ser necessário o consentimento do réu, desde que tenha sido realizado antes da citação. Posteriormente, pontua que, caso seja realizado o pedido de emenda à inicial após a citação do réu, deverá ter o consentimento da outra parte para realizar a emenda, sendo permitido até o saneamento do processo.

26 THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1, ed. 62ª, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

27 Idem 18.

Ademais, é necessário ressaltar que é possibilitada a alteração dos pedidos da parte autora por vontade exclusiva, desde que tenha sido realizado antes da citação. Após a citação, também é possível a alteração dos pedidos, com o consentimento da parte contrária.

Sendo assim, entende-se que, caso o réu não impugne em tempo hábil o requerimento de emenda à inicial, o pedido pode ser admitido e passará a valer os novos termos suscitados pela parte autora, firmando o entendimento que a parte ré consentiu com a mudança requerida.

Conclui-se que, as modificações devem ser realizadas até o saneamento do processo, sendo regra a liberdade de alteração do pedido autoral desde que seja até a citação do réu e nos casos após a citação desde que com consentimento do réu, podendo ser de forma tácita ou expressa ou seja por manifestação de aceitação ou a ausência desta.

4. CONTESTAÇÃO

Contestação, é a oportunidade do réu contrapor, defender e impugnar o pedido autoral. Nesse sentido, Theodoro Júnior²⁸ expõe que:

“[...] O direito de ação, como direito subjetivo público, autônomo e abstrato, que visa à tutela jurisdicional do Estado, não cabe apenas ao autor. Assim como este o exercita, por meio da petição inicial, o réu, da mesma forma, também o faz mediante contestação; pois, tanto no ataque do primeiro como na defesa do segundo, o que se busca é uma só coisa: a providência oficial que há de pôr fim à lide, mediante aplicação da vontade concreta da lei à situação controvertida.”

Segundo o autor, contestação é o meio pelo qual o réu utiliza para se manifestar formal e materialmente, tendo grande diferença entre a ação do autor e a contestação do réu, visto que na petição inicial é formulada uma pretensão por meio dos pedidos e requerimentos, à contestação por sua vez não contem pretensão do réu mas sim sua manifestação de vontade e resistência acerca dos pedidos contra ele impostos.

Portanto, compreende-se que a contestação é o momento processual que réu tem de se defender por meio de uma manifestação formal. A contestação é tão importante quanto a petição inicial.

De acordo com o entendimento de jurista Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso²⁹, a contestação pode ser entendida como a defesa do réu dos atos alegados na petição inicial, expondo os argumentos que levam à insatisfação do réu em relação aos fatos alegados.

4.1 A Impossibilidade de Emenda à Contestação.

²⁸ Idem item 14.

²⁹ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 11), (p. 171).

O Novo código de processo civil, estabelece em seu art. 329, I, II que a parte autora poderá aditar ou emendar a petição inicial, modificando o pedido ou causa de pedir, independente do consentimento do réu até a citação, ou até o saneamento do processo com o consentimento do réu, respeitando o direito ao contraditório.

A emenda à inicial demonstra o direito subjetivo concedido **somente à parte autora**, possibilitando sanar vícios processuais no processo de conhecimento que possam causar tumultos processuais posteriormente, sendo de suma importância para a celeridade processual.

Ademais, é necessário ressaltar que, proveniente de tal possibilidade, é gerado o cerceamento de defesa da parte ré, **presente no código de ritos, tendo em vista que, atualmente, o benefício de emendar a peça principal (inicial e contestação) é garantido somente à parte autora, impossibilitando o réu adequar suas manifestações e suprimir eventuais omissões involuntárias imprescindíveis para o juízo cognitivo profundo do estado juiz.**

Sendo assim, a impossibilidade de modificação da peça de defesa em confronto com a possibilidade de emenda à petição inicial, gera contradição em relação às determinações constantes nos princípios constitucionais basilares garantidores da paridade de armas entre as partes.

Diante de tal realidade, é necessário obter o critério para estabelecer a igualdade processual entre as partes, encontrando os meios adequados de tratamento adequado para equiparar os litigantes.

O objetivo principal de possibilitar o réu emendar a peça contestatória, é conceder o direito real de defesa aos fatos alegados pela parte autora.

A possibilidade de o juízo conceder o pedido de emenda à peça contestatória, pode ser interpretada como a cooperação processual do juízo para que obtenha uma decisão de mérito justa e efetiva, acatando as modificações alegadas pela parte ré, que serão analisadas pelo juízo no momento de prolação da sentença.

Noutro giro, um exemplo claro de necessidade de alteração no código de ritos é: A possibilidade de emenda à contestação para incluir a reconvenção em tese de defesa.

Caso a parte ré já tenha protocolado a contestação, atualmente, não há previsão legal para possibilitar a emenda à contestação possibilitando anexar o pedido de reconvenção.

Entretanto, o fato da parte ré não ter incluído a reconvenção em conjunto com a contestação, não pode ser utilizado como argumento válido para impossibilitar a apresentação da reconvenção, tendo em vista que fere o princípio da cooperação processual, igualdade, contraditório e ampla defesa além de impossibilitar a real paridade de armas processuais entre os litigantes.

É notório que, tal possibilidade deve ser concedida até a apresentação de impugnação à contestação, visando respeitar o princípio da estabilidade da demanda.

Sendo assim, é fácil concluir que a emenda à contestação pode ser aceita antes da impugnação à contestação, devendo haver uma alteração na legislação para possibilitar tal alteração.

Ademais, para obter a solução que garantirá a igualdade, primeiramente, é necessário identificar os fatos principais geradores de tal desigualdade, e após, baseando-se em tais critérios, determinar quais pontos devem ser modificados para obter a solução igualitária entre as partes.

No presente caso, é necessário assegurar que a concessão de possibilidade de modificação da peça de defesa deve seguir parâmetros específicos e objetivos que resguardem também a paridade processual em relação a parte autora, para que não se torne um escudo de impunidade para a prática de arbitrariedades, como bem conceitua André Ramos Tavares³⁰.

O primeiro ponto que deve ser observado é o limite temporal. **Estabelecer o limite temporal de possibilidade de alteração da contestação é o principal ponto modificativo que irá determinar os limites entre a igualdade e desigualdade entre as partes litigantes, tendo em vista que, o réu, quando interpõe a peça de defesa, tem conhecimento de todos os fatos narrados na petição inicial.**

Buscando a celeridade processual e o respeito ao princípio da igualdade, a peça contestatória poderia ser emendada até a interposição da impugnação à contestação, podendo sanar possíveis vícios formais constantes na peça, diminuindo a interposição excessiva de recursos e garantindo à parte autora o direito ao contraditório, tendo em vista que poderá refutar os fatos alegados ainda em sede de impugnação à contestação, além de cooperar com a celeridade processual.

Segundo Sabrina Rodrigues³¹, é necessário ressaltar que, a obrigatoriedade do magistrado indicar com precisão o que deve ser corrigido ou completado na petição inicial gerou maior comprometimento com a celeridade processual, tendo em vista que no antigo CPC, a não obrigatoriedade do juiz de pontuar exatamente o que estava errôneo, cumulava morosidade, tendo em vista que a parte poderia não saber exatamente o que deveria ser corrigido.

Ademais, tal ponto é fundamental para que haja previsão legal no ordenamento jurídico que possibilite a emenda à contestação nos casos onde houver vícios formais constantes na peça,

³⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva Jur, 2020, p. 578, 580, 584.

³¹ RODRIGUES, Sabrina. Procedimento comum no Novo Código de Processo Civil: parte I- Principais alterações do Novo Código de Processo Civil - artigos 318 a 332. [SI]: Jurisway, 2006-2014. Disponível em: Acesso em: 16 set. 2015.

podendo ser identificados pelo juiz e determinado a emenda, ou identificados pela parte ré e corrigidos até a impugnação à contestação.

Tal fato, é um direito que deve ser permitido à parte ré, sendo de suma importância que o ordenamento jurídico acompanhe as mudanças que buscam a efetividade do cumprimento do devido processo legal, e do princípio da igualdade. Dessa forma, obtendo soluções e possibilidades previstas legalmente que promovam a paridade de armas entre as partes, cumulado com a busca da celeridade processual.

A atual impossibilidade de modificação da contestação, além de gerar o desequilíbrio de armas processuais, posterga o trâmite do processo, tendo em vista que, as irregularidades que podem acompanhar a contestação, poderiam ser sanadas no início do processo, diminuindo a possibilidade de encontrar nulidades processuais no fim do curso processual.

Sendo assim, é necessário que o poder judiciário realize mudanças efetivas em seu regulamento, estabelecendo a melhor funcionalidade no curso processual, obtendo meios objetivos que possam equiparar o direito das partes no processo civil, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

4.2 O Direito de Aditar à Contestação

É sabido que a contestação é a peça processual que dá voz ao réu, sendo portanto, uma das mais importantes em um processo para que ocorra o processo legal, respeitando os princípios supra citados.

O art. 342 do NCPC dispões exceções em que o réu poderá se manifestar após o protocolo da contestação, a se saber:

Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando:

I - relativas a direito ou a fato superveniente;

II - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Entretanto, em algumas circunstâncias não abarcadas acima, o réu deixa “passar” algumas informações importantes que iram ajudar e influenciar no devido processo legal.

Ocorre que, por uma falta de legislação processual, essas alegações do réu não poderá mais ser juntadas ao processo, razão pela qual, se demonstra a necessidade de obter alternativas para alcançar a paridade das armas no processo para que ao perceber esse erro ao se confeccionar

a contestação, possa se retratar, dentro do lapso temporal, sem que atrapalhe o processo e sem que haja uma vantagem para nenhuma das partes litigantes.

4.3 Lapso Temporal

O lapso temporal para a emenda à contestação, é de longe o assunto mais complexo, se não delimitado o prazo para essa atuação, o réu se mostraria em vantagem com relação ao autor, podendo gerar um efeito contrário ao pretendido, ou seja, haver vantagens para a parte ré em relação à parte autora.

Cabe ressaltar que, o tempo para se contestar é de 15 dias, e que após a juntada da contestação se abre o prazo para que o autor possa impugnar os argumentos acostados na contestação, que também são de 15 dias, portanto, o prazo para que o réu emende sua contestação deverá ser do protocolo da peça até a manifestação do autor por meio da impugnação, caso esse não o faça, o prazo será de 10 dias para emendar.

A limitação temporal se mostra extremamente necessário, pois o réu terá nessa hipótese de necessidade de aditar a sua peça, o prazo de até o protocolo da impugnação, o que poderá ocorrer no primeiro dia de prazo ou até mesmo no 15º, sendo que, uma manifestação após essa ação seria nula.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação ao questionamento inicial, que se trata da falta de previsão legal para emendar à contestação, é possível responder positivamente: há dispositivos na Lei n. 13.105/2015 que respeitam a situação dos litigantes vulneráveis e de forma igualitária, com o viés de garantir o devido processo legal, com as previsões sobre os poderes do juiz. Como tomar esclarecimentos das partes, dilatar prazos, alterar a ordem dos meios de prova e determinar correções na atuação do litigante;

Como demonstrado no artigo, há condições suficientes para que tal direito seja assegurado e garantido em nosso ordenamento jurídico, de forma a tornar o processo igualitário, respeitando sempre os princípios da isonomia, e com uma diminuição no cenário recursal, pois os litígios serão, evidentemente, exauridos em primeira instância, no próprio processo de conhecimento.

Sem que haja, assim, precedentes para que se ajuíze uma nova ação ou recorra de decisões de 1º grau. Sendo forçoso reconhecer que a maior facilitação em juízo do litigante vulnerável pode ser extraída como “tratamento paritário” e “justa causa”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 11).

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

CAYRES, Nelson A. Vem ai o novo CPC. Direito em ação, Brasília, v.9 n.1, jul./dez. 2012.

DANTAS, San Tiago. Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DESOMAR MENDONÇA JR., em Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro, Editora Malheiros, 2001.

DIDIER JR., Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 14ª edição. Salvador: Jus Podivm. 2013. V.1.

DIDIER JR. Fredie, em Curso de Direito Processual Civil, Volume 1, 12ª Edição, Editora Podivm.

LOPES, João Batista. Curso de direito processual civil. São Paulo: Editora Atlas, 2005, v. 1.

MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES, em Direito Processual Civil Esquematizado, 2ª Edição, Editora Saraiva.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3. ed.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. 11ª ed. rev. atual. e ampl. com a novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RODRIGUES, Sabrina. Procedimento comum no Novo Código de Processo Civil: parte I- Principais alterações do Novo Código de Processo Civil - artigos 318 a 332. [SI]: Jurisway, 2006-2014. Disponível em: Acesso em: 16 set. 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999

TAVARES, André Gomes. Curso de Direito Constitucional -10.ed. Saraiva,2012.

TAVARES, Andre Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. (p.601)

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva Jur, 2020, p. 578, 580, 584.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume 1, ed. 62ª, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA NO PROCESSO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA: AVANÇO OU RETROCESSO

LUIS RICARDO MIRANDA DE SOUSA:

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Estagiário do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – TJTO, lotado na Comarca de Ananás/TO.

LÍVIA HELENA TONELLA ³²

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade o estudo acerca das audiências de instrução e julgamento por videoconferência no processo penal em tempos de pandemia: avanço ou retrocesso. Pode-se afirmar que, a pandemia causada pelo SARS-CoV-2 gerou muitas implicações relacionadas à saúde, às questões econômicas e sociais, bem como desafio o Direito em todas as suas esferas, que teve que buscar as melhores soluções para as relações jurídicas, como o caso das audiências por videoconferência, também chamadas de audiências telepresenciais, virtuais ou remotas, que foi (período do auge da pandemia). Assim, o estudo tem por objetivo geral identificar os possíveis avanços ou retrocessos oriundos das audiências de instrução e julgamento por videoconferência no período pandêmico. Por tal razão, indaga-se: é possível afirmar que houve avanço ou retrocesso no processo penal em relação às audiências por videoconferência durante a pandemia do Covid -19?. A importância deste estudo demonstra-se pelos interesses acadêmicos e jurídicos em compreenderem quais os possíveis avanços ou retrocessos na realização de audiência de instrução por videoconferência no processo penal, bem como trazer um melhor entendimento nessa modalidade. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, bem como realizada pesquisa de campo, por meio de questionário aplicado a comunidade jurídica, a fim de melhor compreender o assunto em questão. O resultado da pesquisa demonstrou que houve avanços na realização das audiências de instrução e julgamento por videoconferência no processo penal. Também deixou algumas perguntas como registro de pesquisa, a serem explanados e explorados em análises futuras.

Palavras-chave: Audiências de instrução e julgamento; Covid -19; Pandemia; Processo Penal; Videoconferência.

INTRODUÇÃO

O tema das epidemias geralmente nos desperta sensações de desconforto e medo, no entanto, parece um cenário vivido apenas nos livros de História as aflições deixadas no rastro das grandes epidemias no mundo, como a “Peste Negra”, no período da Europa medieval, vitimizando aproximadamente de 50 milhões de pessoas no século 14. Algo que parecia um universo tão

³² Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil (2021). Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

distante, não deixou de nos surpreender em pleno século 21, em uma sociedade considerada laicizada e desencantada.

De fato, o ano de 2020 iniciou surpreendendo-nos, logo em seus primeiros meses, com uma crise sanitária de escala global e sem precedentes, decorrente da pandemia causada pelo SARS-CoV-2. A OMS – Organização Mundial de Saúde, reconheceu a sua gravidade, e adotou diversas medidas de isolamento social, impondo restrições da circulação de pessoas e paralisação quase que completa da atividade econômica. Todo esse cenário gerou muitas implicações relacionadas à saúde, às questões econômicas e sociais.

Para além disso, essa pandemia também desafiou o Direito em todas as suas esferas, que teve que buscar as melhores soluções para as relações jurídicas abaladas pela pandemia. Desde fevereiro do ano de 2020, foi promulgada a Lei 13.979/2020 que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da COVID-19, posteriormente diversas normas foram editadas, como Leis, Medidas Provisórias, portarias, etc que configuraram uma verdadeira legislação emergencial, muitas vezes polêmica e contrastante com postulados jurídicos importantes, inclusive de gabarito constitucional.

Como o caso das audiências por videoconferência, também chamadas de audiências telepresenciais, virtuais ou remotas, que foi (período do auge da pandemia) e continua sendo utilizada em todos os ramos do Direito, principalmente para a realização das audiências de instrução criminais, em razão da situação vivida no mundo (Pandemia do Covid -19), que impossibilitou a realização de forma presencial.

Diante disso, o estudo tem por objetivo geral identificar os possíveis avanços ou retrocessos oriundos das audiências de instrução e julgamento por videoconferência no período pandêmico e os objetivos específicos: identificar o enfoque constitucional, decretos e portarias que assegure a realização das audiências de instrução e julgamento por vídeo no processo penal; analisar os dados oriundos do questionário aplicados à comunidade jurídica, a fim de verificar se houve avanços ou retrocessos nas audiências ocorridas durante o período pandêmico; e verificar o entendimento jurisprudência e doutrinário acerca das audiências de instrução e julgamento feitas por videoconferência. Por tal razão, indaga-se: é possível afirmar que houve avanço ou retrocesso no processo penal em relação às audiências por videoconferência durante a pandemia do Covid -19?

O assunto trazido se justifica pelos interesses acadêmicos e jurídicos em compreenderem quais os possíveis avanços ou retrocessos na realização de audiência de instrução por videoconferência no processo penal, bem como trazer um melhor entendimento acerca da realização das Audiências de Instrução nessa modalidade.

Para o desenvolvimento do presente trabalho será a pesquisa bibliográfica, uma vez que será desenvolvida com base em material já elaborado, ou seja, livros, artigos científicos, jurisprudências, publicações periódicas (em revistas) e outros materiais disponibilizados na internet, bem como realizada pesquisa de campo, por meio de questionário aplicado a comunidade jurídica

(magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e advogados), a fim de melhor compreender o assunto em questão.

1. PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS

1.1 A COVID-19

A pandemia causada pela Covid-19 impactou o mundo, a economia, a vida, o meio ambiente, as instituições e as relações humanas em uma velocidade sem precedentes. Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o a Covid-19 havia se transformado em uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, sendo a sexta vez na história que isso ocorreu (OPAS BRASIL, 2020), e em 11 de março de 2020, a COVID-19 enquadrada pela OMS como pandemia. No mundo, foram confirmados 15 milhões de mortes, já o Brasil confirmou 685 mil mortes segundo dados da OMS, até a data de 12 de setembro de 2022.

Desde que a Covid-19 foi declarada como uma pandemia para a OMS, as medidas preventivas recomendadas foram o isolamento e distanciamento social, com isso trouxeram mudanças à sociedade, a partir daquele momento, diversas perguntas foram feitas, como: como repensar o trabalho? Quais políticas públicas devem ser adotadas? Os órgãos do Poder Judiciário podem parar? Diversos questionamentos foram feitos, e medidas paliativas tiveram que ser adotadas, para que danos maiores fossem causados a vida dos indivíduos, como a adoção do teletrabalho por instituições públicas e privadas. Assim, o teletrabalho veio para impor um novo paradigma da organização do trabalho (Fiolhais, 2007; Kim, Tonelli, & Silva, 2016), se apresentando como uma alternativa viável para garantir condições de produtividade (Aderaldo, Aderaldo, & Lima, 2017) e de desenvolvimento. Nesse interim, o teletrabalho assume-se como “um novo contrato psicológico, entre os níveis gerenciais e os níveis operacionais” (Fiolhais, 2007, p. 238).

O termo teletrabalho é definido por Pantoja, Andrade e Oliveira (2020) como modalidade de trabalho flexível, realizado fora do ambiente de trabalho, sendo mediado por tecnologias da informação e comunicação (TICs). O teletrabalho, além de ter contribuído com as políticas de isolamento social e redução dos casos de contaminação, ele tem sido utilizado como estratégia para a celeridade no Poder judiciário (PANDINI; PEREIRA, 2020).

1.2 Repercussões do vírus no Brasil

Com a declaração em 11 de março de 2020 pela OMS que o vírus da COVID-19 havia se tornado uma pandemia, diversas medidas foram adotadas no Brasil para a celeridade do teletrabalho, especialmente pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para o cumprimento de Tratados Internacionais que o Brasil é signatário, como a prestação jurisdicional, previsto no art. 18 da Declaração Americana de Direitos Humanos, art. 8.1 do Pacto de San José da Costa Rica, e art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, bem como a necessidade de manter o funcionamento ininterrupto do relevante serviço de pacificação social prestado pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 93, VII, da CF/88.

Além do cumprimento aos Tratados Internacionais e a Lei maior do Estado, o CNJ também fez aos artigos 236, 385, 453, 461 e 937 do Código de Processo Civil e artigos 3º, 185, § 2º, IV e 222,

§ 3º, do Código de Processo Penal que admitem “a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro meio tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”, sendo editada em 29 de setembro de 2020 a Resolução CNJ nº 337, na qual dispõe sobre a utilização de sistemas de videoconferência no Poder Judiciário e a adoção de software de videoconferência, para garantir o isolamento social e também uma maior celeridade ao Poder Judiciário no Brasil.

Além do que, foi editada também pelo CNJ a Resolução nº 331, de 9 de outubro de 2020, dispondo que os Tribunais são autorizados a adotarem as medidas necessárias para concretizar o princípio constitucional do amplo acesso à justiça. Como a adoção de diversas Portarias Estaduais, como no caso do Tribunal do Estado do Tocantins, que foi editada em 09 de abril de 2021, no que diz respeito à realização de tele audiência em processos judiciais mediante o emprego do SIVAT - Sistema de videoconferência e audiência do Tocantins, adotado pelo Tribunal de Justiça sejam elas cíveis, criminais ou infanto-juvenis.

2. AS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO CRIMINAL EM MEIO À PANDEMIA

2.1 Breve Conceito sobre Audiência de Instrução

Para Lopes Jr. (2018) a audiência de instrução e julgamento é o principal ato do procedimento comum (ordinário ou sumário), uma vez que é o momento da produção e coleta da prova, seja ela pericial, testemunhal, documental e, ao posteriormente, proferida a decisão. Logo, consistente em um ato complexo e solene em que as partes serão convocadas pelo juízo para, na companhia de seus representantes, comparecerem no dia e data designados a fim de praticarem alguns atos como: instrução, debates orais e julgamento.

Conciliando com o que foi apontado por Lopes Jr. (2018), o Araújo e Lemos (2022) esclarece que:

Além de prestigiar a oralidade, a audiência de instrução e julgamento tem por objetivo encerrar os atos probatórios e a prolação da sentença. O ideal, portanto, prestigiando a presença das partes e a oralidade, é que a audiência contenha atos probatórios orais, razões finais e também sentença.

Assim, a instrução criminal é um valoroso momento do processo penal, pois nela que são colhidas as importantes provas para convencimento do juízo, concretizado na sentença penal. Desse modo, ouvem-se as partes e as testemunhas, conforme os procedimentos e prazos estipulados nos artigos do Código de Processo Penal.

O artigo 400 e seguintes do Código de Processo Penal, disciplina como deve ser realizada a audiência. Vejamos:

“Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de

declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”

Nesse sentido, o art. 400 determina que nessa audiência sejam ouvidos, em primeiro lugar, a vítima, após, as testemunhas arroladas pela acusação e defesa (não pode haver inversão), eventuais esclarecimentos dos peritos, acareações e reconhecimento de pessoas e coisas, finalizando com o interrogatório.

2.2 Controvérsias da audiência de instrução e julgamento por videoconferência

Segundo Angotti e Vieira (2022, p. 201), coordenadoras da pesquisa “Audiências por videoconferência no Sistema de Justiça Juvenil: reflexões sobre o modelo, seus limites e potencialidades apresenta reflexões”, concluíram que:

Portanto, o modelo virtual pode ser relevante quando se torna mais uma opção para a garantia dos direitos dos adolescentes. Não pode, contudo, tornar-se um meio que, ao mesmo tempo em que facilita o não deslocamento de operadores e supostamente agiliza os ritos no âmbito da justiça juvenil – considerando os diversos relatos e observações sobre os atrasos decorrentes de complicações técnicas –, coloca em risco garantias materiais e processuais desses adolescentes. Retoma-se, aqui, a ideia de que a forma como tecnologias são incorporadas, vivenciadas, experimentadas por diferentes grupos e pessoas depende de diversos marcadores sociais, como raça, classe, idade e gênero, e do acesso a recursos como internet, dispositivos eletrônicos e saberes específicos. Assim, as chamadas “desigualdades digitais” definem a experiência da virtualização das dinâmicas judiciais e devem ser tomadas como ponto central para a análise das audiências realizadas por meio de videoconferência.

Conforme as coordenadoras, as desigualdades digitais demonstram dificuldades de acesso e compreensão, e distanciamento do acesso à justiça pelos seus jurisdicionados, bem como os problemas técnicos que acarretam atrasos fez com que o princípio da oralidade fique fragilizado, sendo que defesa e as escutas parecem, mais do que uma garantia a ser assegurada, um obstáculo à celeridade da prestação jurisdicional.

A pesquisa acima foi realizada em quatro estados brasileiros, sendo observadas 66 audiências de apresentação, de continuação e de execução de medidas socioeducativas, bem como realizadas 19 entrevistas com representantes do Ministério Público, da Defensoria Pública, e da Magistratura das e cinco entrevistas com adolescentes e seus familiares.

Todavia, na pesquisa realizada por Lima e Oliveira (2021, p. 2) cujo tema é “A realização de audiências virtuais no Tribunal de Justiça do Ceará - TJCE durante a pandemia da COVID-19 e o princípio do acesso à justiça” concluiu que:

Apesar da virtualização das audiências apresentar diversos desafios procedimentais e também sociais, alguns destes considerados insuperáveis, sua utilização representa ganhos para consecução do acesso à justiça, na medida em que se traduz em uma ferramenta adicional à disposição do Poder Judiciário, de baixa onerosidade e de transposição das barreiras físicas e burocráticas impostas pelo modelo tradicional.

Como se percebe, o cenário de pandemia no âmbito do TJCE, apesar de todas as dificuldades relativas ao modelo virtual, há uma tendência de crescimento na realização desses atos processuais, inclusive após o fim da pandemia e a normalização dos trabalhos presenciais.

Ainda, os autores informam que, a experiência durante o período de pandêmico mostrou que as audiências por videoconferência, são mecanismos à disposição da justiça, que eliminam as barreiras físicas e proporcionam uma desburocratização do processo, tendo uma aproximação do Tribunal aos jurisdicionados.

Assim, analisando as duas pesquisas citadas, pandemia alvidrou uma discussão sobre o acesso à justiça, que poderia ficar prejudicado perante a inviabilização da realização das audiências e do curso normal de processos na justiça brasileira. De outro lado, resultados acerca do aumento da produtividade do judiciário pelos recursos digitais.

Nesse sentido, coagulando com Lima e Oliveira (2021), Silva (2021) autor do trabalho acadêmico “Audiência de Custódia: Direito Fundamental na Pandemia” cujo tema engloba a realização de audiência por videoconferência no Estado de Rio de Janeiro, verificou que as audiências de custódia por videoconferência apresentou diversas inconsistências de caráter legal e jurisprudencial, razão pela qual foi alvo de diversas ações de controle de constitucionalidade.

Além disso, Silva (2021) ainda noticia que, para os juristas garantistas, a realização das audiências por videoconferência no âmbito da custódia, configuraria constrangimento ilegal e cerceamento de defesa, em razão da ausência de previsão legal. No entanto, o STJ, mostrou-se favorável, no sentido do não relaxamento de prisões, sob o entendimento que num momento de calamidade, como a pandemia, as audiências de custódias são dispensáveis.

Portanto, nota-se que as divergências em razão da videoconferência acontecer fora do juízo, ou seja, na moradia ou escritório do depoente, o que pode prejudicar a credibilidade da prova oral, bem como dificultar o contato das partes com seus advogados.

2.3 A posição dos Tribunais de Justiça

De acordo com Lima e Oliveira (2021), no Brasil a eclosão da pandemia da COVID-19 no Brasil provou o fechamento abrupto de todos os fóruns, findando toda e qualquer atividade presencial do Poder Judiciário. Todavia, para evitar a interrupção da prestação jurisdicional, fez-se necessária a adoção de medidas por parte dos Tribunais, a fim de virtualizar os processos, sendo uma das medidas adotadas foram à realização de audiências virtuais.

Nesse contexto, foi sancionada no dia 24 de abril de 2020, a Lei Federal nº 13.994 alterando os artigos 22 e 23 da Lei nº 9.099/95, para possibilitar a utilização da conciliação não presencial, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Assim, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ sugeriu o sistema Webex-Cisco como uma "Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais". A sugestão provém de Acordo de Cooperação Técnica celebrado com a Cisco Brasil Ltda, não incluindo em custos ou compromissos financeiros, sendo de duração concomitante ao período pandêmico.

O CNJ editou a resolução 314, de 20 de abril de 2020, que, no § 2º do art. 6º estabeleceu que:

Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos os juízes e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional), nos termos do Termo de Conferência Técnica n. 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados. (CNJ, 2020, p. 02).

O Conselho garante que a ferramenta é totalmente estável e segura e que estará disponível durante todo o período da pandemia. Contudo, Lima e Oliveira (2021) informa que, o sistema não foi desenvolvido especificamente para audiências judiciais, e não é de utilização vinculante por todos os Tribunais brasileiros.

Então, nota-se que para que seja viável a concretização de atos processuais no meio virtual, é preciso uma rede de internet de qualidade em todos os fóruns abarcados pela modernização ou uma possível solução seria a uniformização nacional da plataforma a ser utilizada pelos referidos tribunais. Nesse seguimento, é inevitável, porém, mencionar que a pandemia ampliou e acelerou o uso das tecnologias pelos tribunais, permitindo a realização de atos processuais a qualquer tempo e viabilizando o funcionamento ininterrupto do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, a Resolução 420/2021, o CNJ destaca os avanços da implantação do processo eletrônico:

Os tribunais brasileiros devem aceitar apenas processos em formato eletrônico a partir dessa terça-feira (1º/3). A restrição a processos físicos, definida em setembro pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

com a aprovação da Resolução CNJ n. 420/2021, deve acelerar a transformação digital na Justiça. No ano passado, apenas duas em cada 100 ações começaram a tramitar em papel, de acordo com o Painel de Estatísticas do Poder Judiciário. Os indicadores mostram que os tribunais guardavam, no início deste ano, 9,9 milhões ações judiciais pendentes, aguardando desfecho. O esforço pela digitalização da Justiça tem reduzido, ao longo dos anos, o número de casos pendentes que não tramitam em sistemas eletrônicos. Em pouco mais de uma década, tornaram-se exceção. Em 2009, equivaliam a apenas 11,2% dos processos a julgar. Em 2020, o índice de processos eletrônicos saltou para 96,9%, de acordo com o anuário estatístico do CNJ, o Justiça em Números. O que explica essa virada estatística é, em grande medida, o percentual cada vez maior de ações judiciais que ingressam na Justiça por meio digital. No ano passado, todos os processos iniciados na Justiça Eleitoral, na Justiça Militar e nos tribunais superiores —nasceramll em formato digital. Os poucos processos que começaram a tramitar fora do sistema eletrônico – 2% do total – ingressaram pelos tribunais de Justiça, em sua maioria. (CNJ, 2021, p. 02)

Percebe-se que a atividade jurisdicional totalmente virtualizada no período pandêmico gerou debates acerca de institutos tradicionais do processo. A realização de audiências por meio virtual mostrou resistências diante da compreensão consolidada na praxe.

A Resolução 322/2020 do CNJ corroborou pela realização de audiência virtuais, estabelecendo que “as audiências serão realizadas, sempre que possível, por videoconferência”. Diante disso, conclui-se que as audiências virtuais passam a ser regra, somente em caso de impossibilidade técnica ou fática não ocorrerão na forma virtual.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – TJTO, por meio da Coordenadoria de Gestão Estratégica, Estatística e Projetos (Coges-TJTO), traçaram estratégias para que o TJTO cumprissem novas e atuais metas do CNJ no cenário de pandemia. Dentre as estratégias foram às audiências por videoconferência que gerou economia para o Estado e agilidade para o Judiciário.

Nesse sentido, o presidente do TJTO na época, Helvécio de Brito Maia Neto, e pelo Corregedor-Geral da Justiça, João Rigo Guimarães, assinou a Portaria Conjunta nº 9/2020 que autorizou a realização de audiências por meio de videoconferência, no âmbito do 1º Grau do Poder Judiciário.

O Art. 11 da Portaria Conjunta nº 9/2020 estabelece que:

Art. 11. Nas audiências de instrução e julgamento de acusado preso ou deadolescente internado, o interrogatório e a oitiva das testemunhas, residentes ou não naComarca, serão colhidos mediante videoconferência, nos termos do art. 3º, do CPP c/c arts. 4ºe 8º do CPC c/c art. 185, § 2º, IV e art. 222, 3º, do CPP.

É notável que as audiências virtuais são tendências para o meio jurídico a partir da pandemia, conforme ressaltou a Promotora de Justiça, Ana Lúcia Bernardes, da 1º Promotoria de Justiça Criminal de Gurupi/TO:

Eu acredito que o mundo jurídico será diferente depois dessa pandemia. Não tivemos nenhuma intercorrência negativa e as audiências transcorreram normalmente. No futuro, será desnecessária a locomoção de presos definitivos ou provisórios para audiências de instrução e julgamento, de justificação em execução penal e até mesmo audiências de custódia. (BERNADES, 2020, p. 02)

Para a promotora de Justiça o método das audiências por videoconferência é o meio mais satisfatório na pandemia para dar agilidade aos procedimentos e na tecnologia provocou a redução dos custos.

Defendendo esse entendimento, Fabricio (2021) autora da pesquisa acadêmica “Avanços Tecnológicos no Judiciário Goiano em Decorrência da Pandemia Audiências Virtuais” afirmou que:

A videoconferência mostrou-se, nesse novo contexto de emergência, uma ferramenta eficaz para que a prestação da tutela jurisdicional não sofresse solução de continuidade.

Não se pode negar que a tecnologia vem sendo uma grande aliada, incentivada pelo CNJ, que editou uma série de resoluções e portarias, visando a, dentre outras medidas, viabilizar a realização de audiências - de conciliação ou mediação, bem como de instrução - e sessões por videoconferência.

O Conselho Nacional de Justiça também se posicionou positivamente quanto à permanência das audiências virtuais, conforme notícia publicada no site do CNJ, em 17 de julho de 2020, intitulada “Realidade na pandemia, sessões e audiências por videoconferência vieram pra ficar”, enfatizou-se o seguinte:

[...] A partir disso, o CNJ está montando cenários sobre como deve ser o uso da videoconferência nos atos processuais no pós-pandemia para apresentar uma diretriz consolidada para os tribunais sobre o uso dessa tecnologia de forma permanente. O uso da videoconferência veio para ficar e fará parte da nossa rotina. O outro aspecto é como fazer isso, porque será necessário investimento e planejamento porque o uso das

videoconferências tem que ser sustentável no tempo e nosso trabalho, agora, é preparar o terreno. Entre decisões que serão necessárias para a continuidade do uso desse instrumento estão escolhas sobre tecnologias a serem usadas e o nível de investimentos nessa modalidade. (OTONI, 2020, p. 03).

Desse modo, o CNJ entende que as audiências virtuais é uma medida para enfrentar os impactos da pandemia do covid-19, a videoconferência foi e continua sendo essencial, indispensável.

2.4 Discussão no STF e no STJ.

No Habeas Corpus nº 590.140 - MG (2020/0146502-7), a defesa do impetrante sustentou que houve constrangimento ilegal por causa da audiência de instrução e julgamento designada por videoconferência (modelo virtual), pois não assegura a paridade de armas nem sequer o contato do acusado com seu advogado no momento do testemunho da acusação, deve-se buscar garantir o contraditório e impedir a contaminação da produção da prova na origem, vejamos:

Portanto, a prova produzida em audiência deve ser colhida de forma extremamente minuciosa e eficiente a fim de que não sejam cometidas mais injustiças com a pessoa do paciente.

[...]

De fato, a audiência por videoconferência é prevista em lei, no entanto, não pode servir de mecanismo para prejudicar o réu.

[...]

Ademais, resta imperioso ressaltar a importância da autodefesa do acusado quando do momento da oitava das testemunhas. O acusado tem o direito de ouvir o depoimento dos policiais e apontar para seus advogados os questionamentos necessários a serem feitos no momento.

[...]

Em **nenhum momento** do habeas corpus denegado a **defesa pleiteou o excesso de prazo** [...]. O que se busca, Excelências não é a liberdade imediata do paciente, mas apenas **a possibilidade de que ele exerça seu direito de defesa e a regularidade do procedimento.** (Grifo nosso)

Todavia, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ reconheceu que, as sessões de julgamento, audiências e perícias realizadas pelo meio de comunicação audiovisual no período da pandemia de Covid-19 no âmbito de processos penais e de execução penal, não caracteriza cerceamento de defesa..

Nesse sentido, o Min. Relator Sebastião Reis Júnior no Habeas Corpus nº 590.140 - MG (2020/0146502-7) afirmou que:

Contudo, avaliando com mais vagar a situação posta e, em especial, o atual momento que nosso País está vivenciando, não é possível se chegar a outra conclusão que não a de que é possível a realização de audiência de instrução e julgamento por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. Todas as precauções devidas devem ser tomadas na origem e o ato deve ser síncrono. Quer dizer, a audiência deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes. E, para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, o Magistrado deve observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. Dessa maneira, não se reputará nulo o ato.

Quanto ao mérito, cumpre ressaltar, inicialmente, que **apresença física do réu não é imprescindível à realização da audiência, pois, em casos justificados, como se dá na espécie, o art. 185, § 2º, do Código de Processo Penal permite, há mais de 11 anos, o interrogatório do acusado por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.** (Grifo nosso)

Compreende-se pelo entendimento do STJ que, não há cerceamento de defesa no caso da audiência ocorrer em tempo real, desde que possibilite a interação entre os envolvidos, como o magistrado, as partes e os demais participantes, e levando em consideração os critérios adotados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na Resolução 329/2020.

Ainda, conforme mencionado pelo Ministro citado, embora a regra geral seja o ato de audiências presenciais, com o interrogatório realizado pessoalmente pelo magistrado, o cenário da pandemia e a determinação de isolamento social legitimam a realização desses atos por videoconferência.

Ademais, Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 6343, decidiu cancelar em parte a eficácia de dispositivos das Medidas Provisórias - MPs nº 926/2020 e nº 927/2020, com objetivo de instituir que estados e municípios, no âmbito das suas atribuições e em seu distrito, podem adotar, de modo respectivo, medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local, ao longo do estado de emergência decorrente da pandemia da Covid-19, sem a necessidade do consentimento do Ministério da Saúde para a decretação de isolamento, quarentena e outras providências.

Além disso, o STF na decisão datada de 09 de julho de 2007, no Habeas Corpus nº 91859, observou que a videoconferência não afrontava as garantias constitucionais:

Por considerar relevante o argumento de que o uso do sistema de videoconferência para interrogatório do réu não ofende suas garantias constitucionais, a presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministra Ellen Gracie, indeferiu pedido de liminar no Habeas Corpus (HC) 91859, impetrado em favor de M.J.S. contra indeferimento de idêntico pedido no Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Ainda, no julgamento do HC de nº 90900, de 30 de outubro de 2008, cujo assunto era a videoconferência, que estava sendo utilizado na Capital Paulista, por meio da Lei Estadual nº 11.819/05, de 05/01/2005, teria sido aprovada antecipadamente pelo próprio STF, a relatora Ministra Ellen Gracie, compreendeu possível a realização do interrogatório por videoconferência:

O tema envolve procedimento, segundo entendo, e não processo penal. Entendo que o estado de São Paulo não legislou sobre processo, mas sobre procedimento, o que é perfeitamente legítimo no direito brasileiro (art 24, XI da C.F.).

Também inexistente inconstitucionalidade material - procedimento instituído pela norma paulista preserva todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive a garantia da ampla defesa e o devido processo legal.

Todavia, Ministro Menezes Direito discordou, deliberando pela autorização do habeas e afirmou que:

Entendo que a lei estadual viola flagrantemente a disciplina do art 22, inciso I, da Constituição. Com isso, a matéria é de processo e sendo de processo a União detém o monopólio, a exclusividade para estabelecer a disciplina legal na matéria. Quanto à videoconferência, o Pacto de São José da Costa Rica estabelece a obrigatoriedade da presença física do réu perante o juiz, que é repetida do mesmo modo no Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Se houver uma legislação específica sobre videoconferência emanada do Congresso Nacional, certamente esta Corte será chamada a examinar in concreto se há ou não inconstitucionalidade, por isso que eu parei apenas na inconstitucionalidade formal. Eu enxergo, portanto, que a possibilidade de videoconferência esbarra na disciplina constitucional brasileira e padece de evidente nulidade.

O parecer do Ministro Menezes Direito pela concessão do HC foi acompanhado por maior parte dos Ministros (09x01). Com a deliberação, o Plenário do Supremo anulou o processo, reiterou a inconstitucionalidade formal da norma paulista e autorizou o alvará de soltura em favor do impetrante, vejamos:

STF – HC 90900 - 19/12/2008 - HC – extensão 90900/SP - SÃO PAULO - EXTENSÃO NO H.C. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgto: 19/12/2008 Tribunal Pleno

EMENTA: Pedido de extensão em habeas corpus. Acórdão embasado exclusivamente em fundamento objetivo. Inconstitucionalidade da Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo. Videoconferência. Identidade de situação processual. Aplicação do art. 580 do Código Penal. Extensão deferida. 1. A hipótese é de aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal, pois a inconstitucionalidade formal da Lei nº 11.819/05 do Estado de São Paulo, declarada por esta Suprema Corte, na sessão de 30/10/08, em controle difuso, alcança o ora requerente, que também foi interrogado por meio de videoconferência. 2. Extensão deferida.

Conforme dito anteriormente, a Resolução nº 329 de 30/07/2020 do CNJ que dispõe e estabelece critérios para a execução das audiências e demais atos processuais por videoconferência, em processos penais e de cumprimento pena, na vigência do estado de calamidade pública, constatado pelo Decreto Federal nº 06/2020, em virtude da pandemia mundial por Covid-19, no seu artigo art. 2º menciona que:

Será permitida a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência pela plataforma digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça ou ferramenta similar, conforme previsão expressa contida no art. 6º, § 2º, da Resolução CNJ nº 314/2020.

Com todo o exposto, o debate no Supremo Tribunal Federal e no Supremo Tribunal de Justiça quanto à legitimidade das audiências por videoconferência no período da pandemia é confeccionado a partir dos posicionamentos e decisões desses tribunais relatadas na literatura.

3 DADOS REAIS SOBRE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO NO ESTADO DO TOCANTINS

A presente pesquisa qualitativa sobre as audiências de instrução e julgamento por videoconferência no processo penal em tempos de pandemia baseou-se na aplicação de um questionário online composto por 09 (nove) perguntas e aplicadas à comunidade jurídica, dentre magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e advogados no mês de outubro de 2022.

O objetivo principal do questionário foi compilar reflexões da comunidade jurídica, diretamente implicados pelo novo modelo de audiências, sobre seu funcionamento e sobre as experiências vivenciadas.

O universo empírico da pesquisa foi composto por duas técnicas distintas de produção de dados, detalhadas individualmente nos tópicos seguintes: I) realização de entrevistas com profissionais da área jurídica que participaram de audiências virtuais; II) observação as respostas advindas do questionário, a fim de analisar se houve avanço ou retrocesso.

Assim, foi produzido um formulário de registro de audiências com campos de respostas objetivas a serem preenchidos pelos entrevistados. Dentre as informações estavam à profissão, área de atuação, a preferência pela realização das audiências de instrução e julgamento, bem como perguntas de cunho pessoal, acerca da celeridade; se o entrevistado acredita que as audiências por videoconferência violam os direitos fundamentais; se houve uma mudança no padrão das decisões; os pontos positivos e negativos, etc.

Ao todo, foram obtidos 152 (cento e cinquenta e duas) respostas, destes 111 (cento e um) foram respondidos por advogados, representando 73% (setenta e três por cento) das respostas. Em seguida, 21 (vinte e um) das respostas são de promotores de justiça, correspondendo 13,8% das respostas. Ainda, 16 (dezesesseis) magistrados (10,5% das respostas) e 04 (quatro) defensores públicos, estes representando 2,6% das respostas.

No formulário utilizado para observação das audiências, a maioria dos registros apontaram que dos 152 entrevistados, 84 (55,3%) atuam na área criminal e 97 (63,8%) atuam na área cível (Fig. 1), lembrando que cada entrevistado poderia escolher mais uma área de atuação.

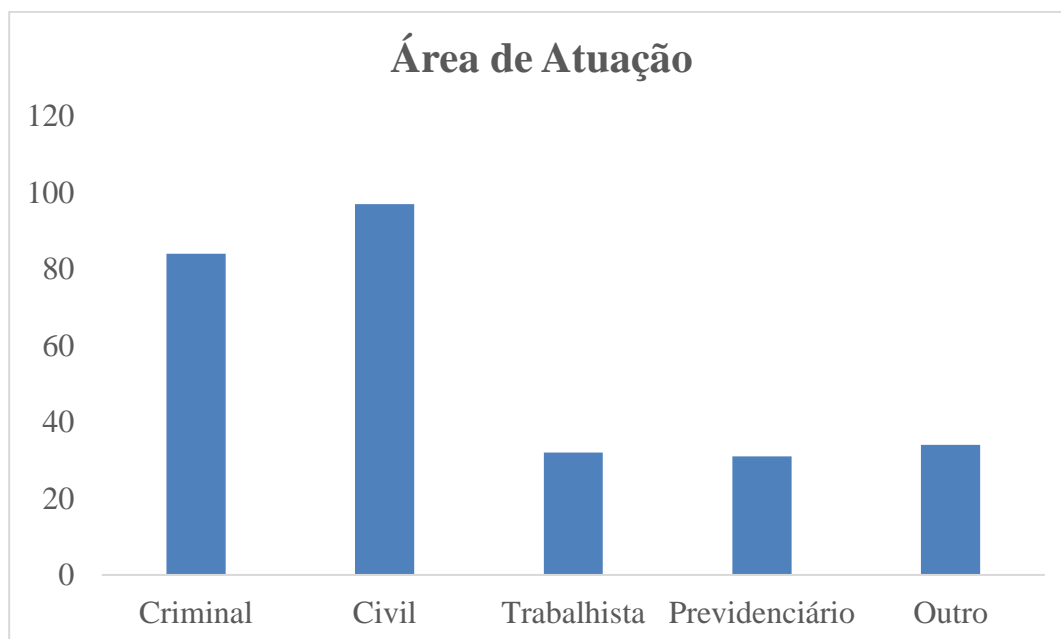


Figura 1: Área de atuação dos entrevistados

Além disso, verificou-se que a grande 63,2% dos entrevistados prefere que as audiências de instrução e julgamento sejam realizadas por videoconferência (Fig. 2), bem como pontuam que a implantação desse modelo de audiência tornou mais céleres os procedimentos (Fig. 3).

REALIZAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO

■ Videoconferência ■ Presenciais

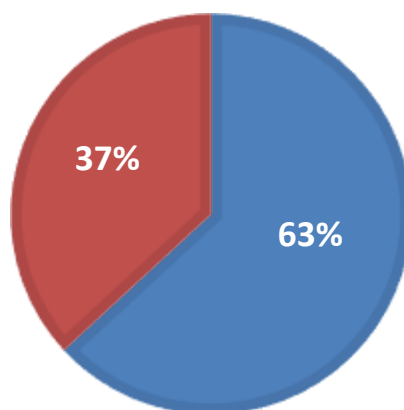


Figura 2: Preferência dos entrevistados na realização das audiências de instrução por videoconferência ou presenciais.

CELERIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO

■ Sim ■ Não

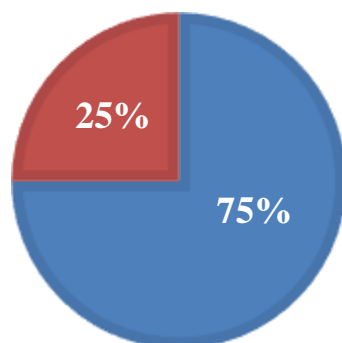


Figura 3: Opinião dos entrevistados sobre a celeridade das audiências de instrução de modo virtual.

Ainda, 116 (76,3%) entrevistados informaram que as audiências de instrução e julgamento por videoconferência não violam os direitos fundamentais, como o contraditório e ampla defesa (Fig. 4), bem como 111 (73%) entrevistados noticiaram que não houve uma mudança no padrão das decisões (Fig. 5).

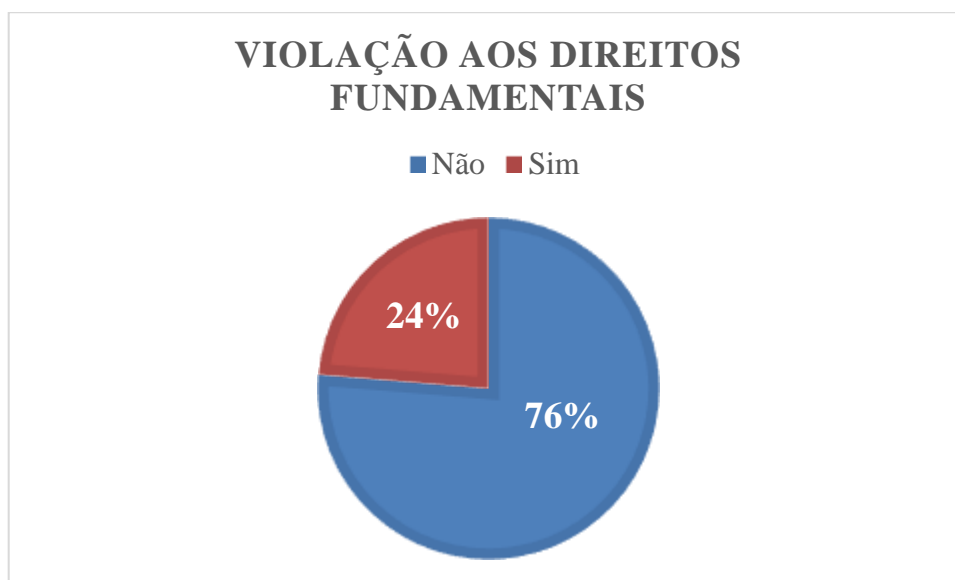


Figura 4: Opinião dos entrevistados sobre a violação dos direitos fundamentais pelas audiências de instrução de modo virtual.

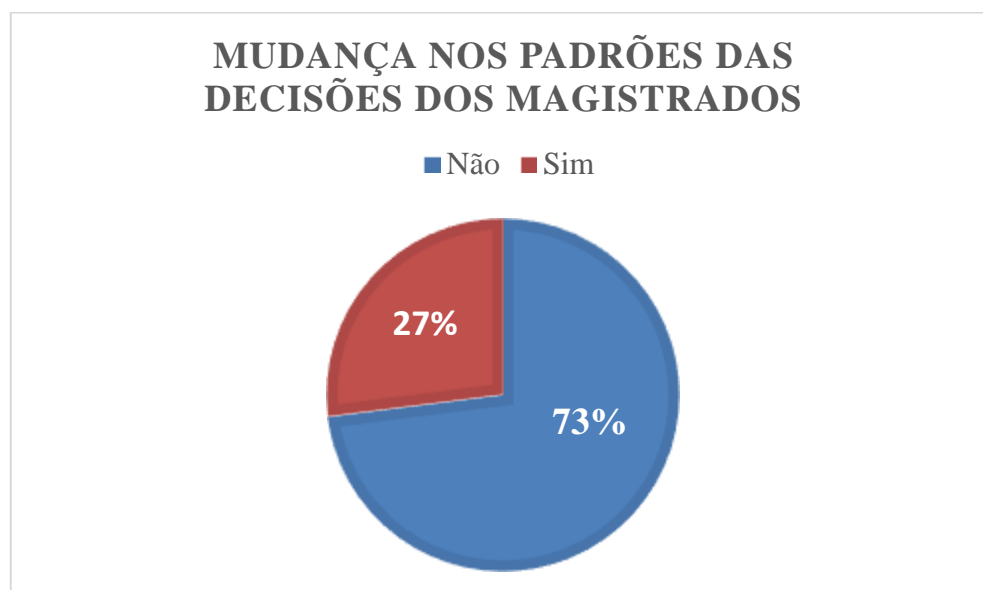


Figura 4: Opinião dos entrevistados se houve mudança nas decisões dos magistrados pela realização das audiências de instrução de modo virtual.

Ademais, como ponto positivo relacionado ao novo instrumento judicial, a frase “redução de custo com deslocamento” apareceu em quase todas as respostas do questionário com 134 (88,2%). Em seguida, destacou também como pontos positivos a “possibilidade que o profissional realize várias audiências em localidade diferentes” com 130 (85,5%) e a “economia de tempo” com 125 (82,2%). Contudo, 63 (41,4%) afirmaram que a “segurança das partes” é um dos pontos

positivos e apenas 06 (3,9%) noticiaram que não existem pontos positivos para as audiências realizadas por videoconferência (Fig. 5).

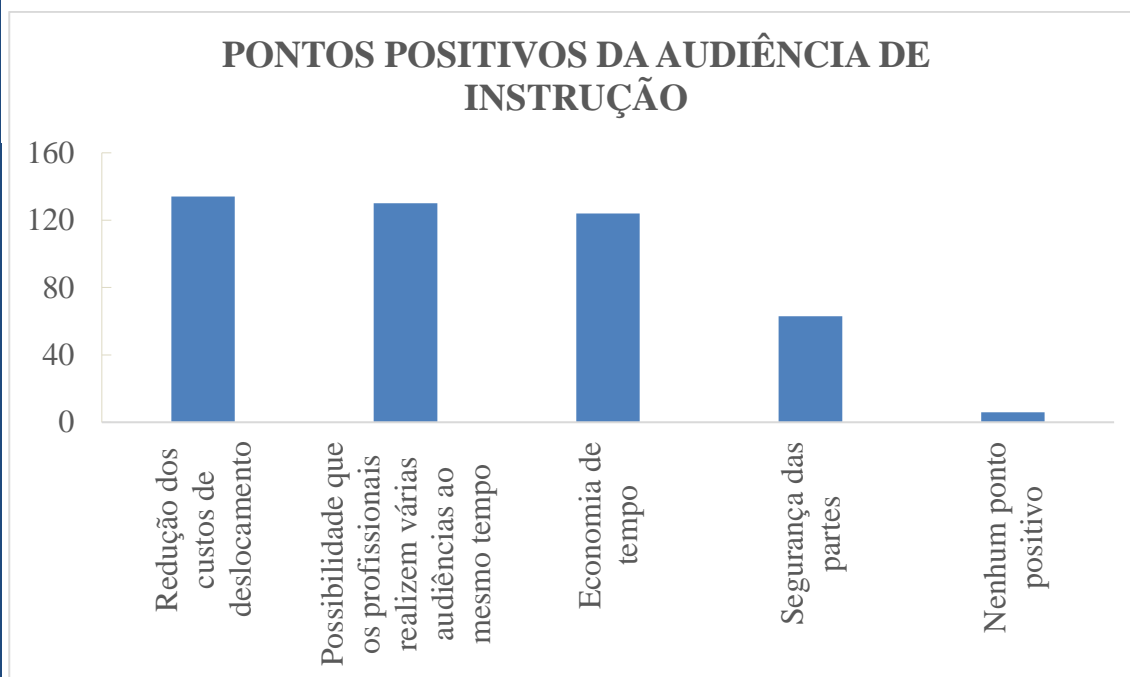


Figura 5: Pontos positivos das audiências de instrução de modo virtual.

Outrossim, ao ser questionados no formulário acerca dos pontos negativos do modelo virtual, 87 (57,2%) indicaram o “acusado/testemunha/vítima não possuir acesso à internet”, bem como 65 (42,8%) noticiaram o “distanciamento entre o sistema de justiça e as partes” como pontos negativos desse novo instrumento judicial. Entretanto, somente 46 (30,3%) das respostas acreditam que a “falta de acessibilidade aos portadores de necessidades” seja ponto negativo, em seguida, de 44 (28,9%) que concordam o “acusado/testemunha/vítima não levam a sério o ato por videoconferência” (Fig. 6).

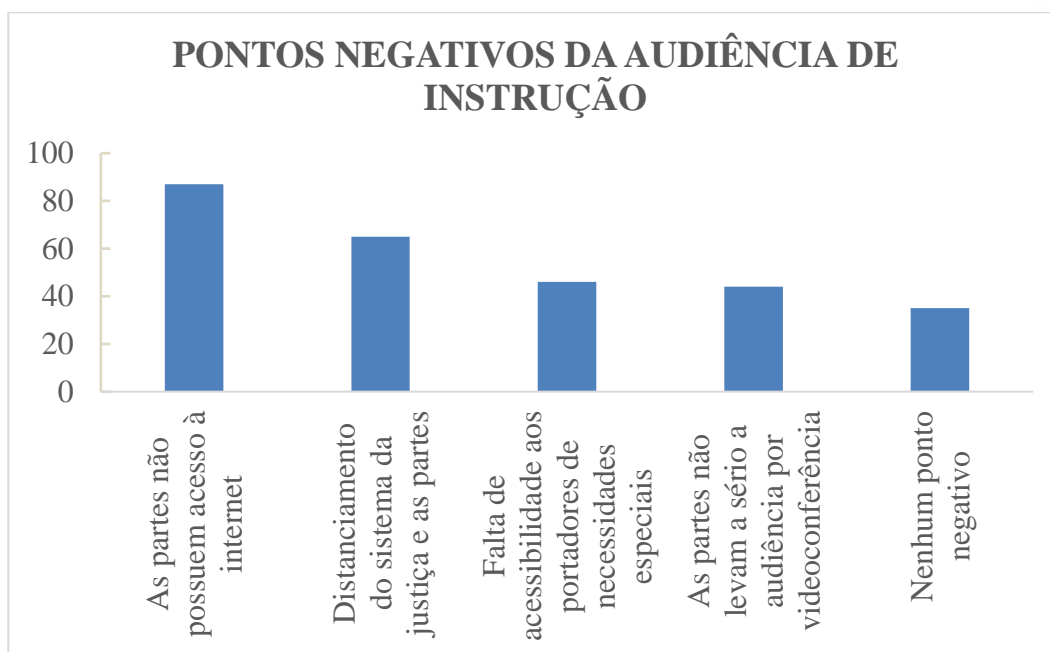


Figura 6: Pontos negativos das audiências de instrução de modo virtual.

Ainda, apesar da existência de pontos negativos abordados a respeito da realização das audiências de instrução e julgamento criminal por videoconferência, verificou que houve uma relevante aceitação pela maioria dos entrevistados da comunidade jurídica, conforme os resultados dos gráficos abaixo. Da análise do gráfico, observa-se que 114 (75%) afirmaram que o novo formato, ou seja, as audiências por videoconferência vieram pra ficar e apenas 5 (3,3%) não acreditam na substituição do modelo presencial para o virtual e 33 (21,7%) informaram que talvez essa experiência do virtual possa ser implementado (Fig. 7).

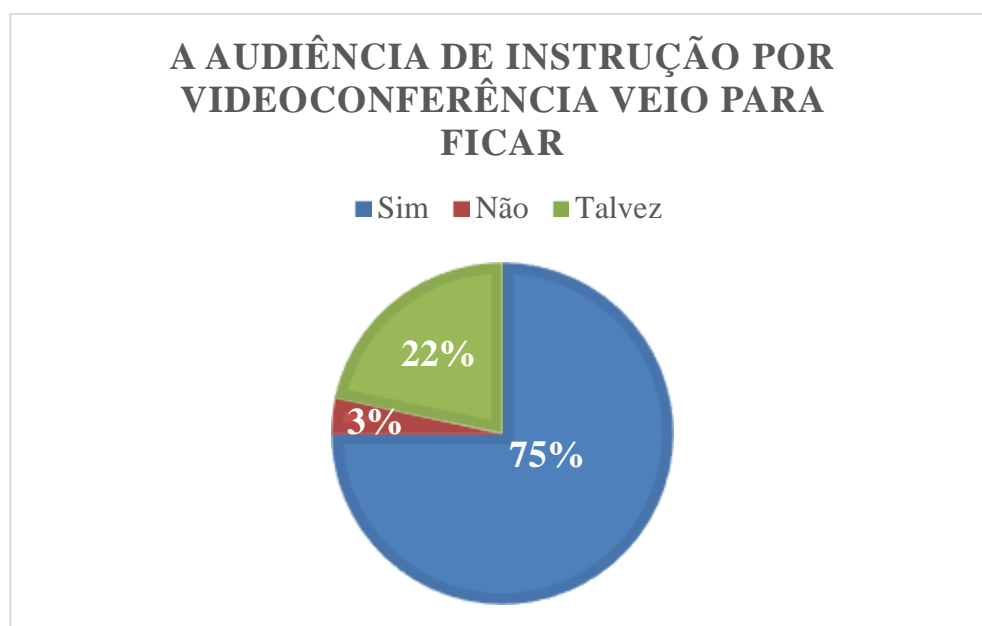


Figura 7: Opinião dos entrevistados se as audiências de instrução de modo virtual viram para ficar no mundo jurídico.

CONCLUSÃO

A pesquisa aqui apresentada busca sintetizar acerca das audiências de instrução e julgamento por videoconferência no processo penal em tempos de pandemia. Apresentou-se um questionário online composto por 09 (nove) perguntas e aplicadas à comunidade jurídica no mês de outubro de 2022.

O objetivo da pesquisa foi verificar se houve avanços ou retrocessos nas audiências de instrução e julgamento por videoconferência no processo penal que, de modo rápido e generalizado, foram efetivadas no contexto da pandemia de Covid-19. O foco foram às audiências por videoconferência da área criminal, porém a maioria do entrevistados marcaram mais de uma opção no que se refere a “área de atuação”. Assim, fez-se necessário constar essa informação.

Sem a intenção de trazer um julgamento definitivo sobre o modelo utilizado no período pandêmico, buscou-se relacionar as percepções extraídas da experiência e a compreensão do modelo virtual por aqueles e aquelas nele diretamente implicados, como magistrados, promotores de justiça, defensores públicos e advogados.

Tendo em vista as observações das respostas aos questionários, verificou-se que, no contexto de pandemia em que foi vivido, a possibilidade de um modelo virtual de audiências teve ganhos, em especial se pensar-se que muitos os tribunais de justiça as audiências estavam suspensas. Naquele momento, opção pela realização desse modelo de audiência foi crucial para os jurisdicionais e a comunidade jurídica, por mais que existam críticas em relação ao modelo adotado.

Assim, essencial deixar registrado que o argumento do “esse novo formato veio para ficar” esteve muito presente nas respostas dos questionários aplicados à comunidade jurídica. Todavia, é mais fundamental indagar: em que sentido? Veio para ficar afastando relações entre pessoas? Evitando o contato dos jurisdicionados com acusadores, defensores e julgadores? São questionamentos que, posteriormente, sirva de base para demais pesquisadores.

Diante disso, denota-se da pesquisa que pequena parcela da comunidade jurídica acredita que as referidas audiências podem proporcionar o distanciamento humano, bem como pode violar o devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, como a segurança, a integridade física, a conversa com a defesa – que só podem ser garantidas com a presença física.

Por outra perspectiva, se o que veio para ficar são opções que estendem a probabilidade de participação e diálogo entre os operadores e os demais participantes da audiência, inclusive ao réu. Em casos, por exemplo, a redução de custo com deslocamento, à possibilidade que o profissional realize várias audiências em localidade diferentes e a economia de tempo, conforme respondido pela maioria dos entrevistados.

Portanto, o modelo por videoconferência pode ser importante quando se torna mais uma escolha para a garantia dos direitos dos réus. Todavia, é necessário o investimento dos tribunais

em equipamentos e tecnologia, com enfoque na proteção de dados, contratação e capacitação de servidores para gerenciar as audiências por videoconferências, bem como é fundamental a instalação de equipamentos apropriados para as salas de audiência. Ademais, é pertinente a fiscalização do ambiente para garantir a intimidade e segurança dos envolvidos.

A pesquisa, apesar de suas limitações quanto à sua abrangência, permitiu verificar que houve avanços na realização das audiências de instrução e julgamento por videoconferência no processo penal. Também deixou algumas perguntas como registro de pesquisa, a serem explanados e explorados em análises futuras.

REFERÊNCIAS

ANGOTTI, Bruna; VIERIA, Regina Stela Corrêa. Audiências por videoconferência no Sistema de Justiça Juvenil: reflexões sobre o modelo, seus limites e potencialidades. **Coletivo NEIDE - Núcleo de Educação**. Disponível em: <https://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2016/05/audiencias-por-videoconferencia_final.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

ARAÚJO, José Henrique Mouta; LEMOS, Vinicius Silva. **A Audiência de Instrução e Julgamento e a sua importância no Processo Civil**. Doutrina Pátria. Disponível em: <https://www.rkladvocacia.com/audiencia-de-instrucao-e-julgamento-e-sua-importancia-no-processo-civil/>. Acesso em 10 de set. de 2022.

BERNADES, Ana Lúcia. Promotora de Justiça criminal afirma que audiências virtuais serão tendências para o meio jurídico a partir da pandemia. **Revista Ministério Público do Estado do Tocantins**. Disponível em: <<https://www.mpto.mp.br/portal/2020/04/28/promotora-de-justica-criminal-afirma-que-audiencias-virtuais-serao-tendencias-para-o-meio-juridico-a-partir-da-pandemia>>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que suspendeu parcialmente a eficácia de dispositivos das Medidas Provisórias - MPs nº 926/2020 e nº 927/2020**. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 6343. Habeas Corpus nº 590.140 - MG (2020/0146502-7). Ministério Público de São Paulo e Lucas Silva Costa. Relator: Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencia_l=115024448&num_registro=202001465027&data=20200925&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 23 set. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 de set. 2022.

_____. Lei nº 13.994, de 24 de abril de 2020. Dispõe sobre a alteração da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 abr. 2020. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13994.htm >. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que negou provimento pedido liminar para suspender a audiência virtual, em razão da realização de sessões de julgamento, audiências e perícias por sistema audiovisual durante a pandemia de Covid-19 não configura cerceamento de defesa**

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu a videoconferência não ofendia as garantias constitucionais**. Habeas Corpus (HC) 91859. Ministério Público e M.J.S. Relatora: Sra. Min. Ellen Gracie. 09 de junho de 2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14717081> >. Acesso em: 20 set. 2022.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão de decisão que reconheceu que a videoconferência não ofendia as garantias constitucionais**. Habeas Corpus (HC) nº 90900. Ministério Público e Danilo Ricardo Torcynnowski. Relatora: Sra. Min. Ellen Gracie. 30 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604581> >. Acesso em: 22 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BR). Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020. In: **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em 20 set. 2022.

_____. Resolução nº 420, de 29 de setembro de 2021. In: **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4133>>. Acesso em 22 set. 2022.

_____. Resolução 322, de 1º de junho de 2020. In: **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3333> >. Acesso em 22 set. 2022.

_____. Resolução 329, de 30 de julho de 2020. In: **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3400> >. Acesso em 22 set. 2022.

_____. Resolução 420, de 29 de setembro de 2021. In: **Diário da Justiça do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original205958202109296154d3ceaca03.pdf>>. Acesso em 22 set. 2022.

FABRICIO, Larissa Maria Neres. **AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO JUDICIÁRIO GOIANO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA AUDIÊNCIAS VIRTUAIS**. Disponível em: <<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1983/1/Larissa%20Maria-mesclado.pdf>>. Acesso em 23 set. 2022.

LIMA, Gabriela Vasconcelos Lima; Oliveira, Hannah Soares Sales de Oliveira. A realização de audiências virtuais no Tribunal de Justiça do Ceará durante a pandemia da COVID-19 e o princípio do acesso à justiça. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1666>>. Acesso em: 19 out. 2022.

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1. Processo penal – Brasil I. Título.

OTONI, Luciana. Realidade na pandemia, sessões e audiências por videoconferência vieram pra ficar. CNJ: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/realidade-na-pandemia-sessoes-e-audiencias-por-videoconferencia-vieram-para-ficar/>>. Acesso em: 23 set. 2022.

Rede Sustentabilidade e Presidente Da República. Relator: Sr. Min. André Mendonça.

Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 19 set. 2022.

SILVA, Gabriel José. Audiência de custódia: direito fundamental na pandemia. 2021. **Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé**, Universidade Federal Fluminense, 2021. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/23537>>. Acesso em: 19 out. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. **Portaria Conjunta nº 9/2020** - PRESIDÊNCIA/ASPRE, de 07 de abril de 2020. Dispõe sobre a autorização da realização de audiências por videoconferência durante a crise sanitária provocada pelo coronavírus (COVID-19). Disponível em: <<http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/2103>>. Acesso em: 22 set. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2xJ8SoH>. Acesso em: 17 abr. 2020

Fiolhais, R. (2007). Teletrabalho e gestão de recursos humanos. Em A. Caetano & J. Vala (Orgs.), *Gestão de Recursos Humanos* (pp. 237-261) (3ª ed.). Lisboa: Editora RH

Kim, H. N., Tonelli, M. J., & Silva, A. L. (2016). Do formal ao informal: executivos que migraram para o trabalho flexível. *RBGN – Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, 19(63), 133-152. <https://doi.org/10.7819/rbgn.v0i0.2999>

Aderaldo, I. L., Aderaldo, C. V. L., & Lima, A. C. (2017). Aspectos críticos do teletrabalho numa companhia multinacional. *Cadernos EBAPE.BR*, 15(Ed. Especial), 511-533. <https://doi.org/10.1590/1679-395160287>

PANTOJA, M. J.; ANDRADE, L. L. S.; OLIVEIRA, M. A. M. Qualidade de vida no teletrabalho compulsório: percepções de trabalhadores de uma organização pública brasileira. Revista da UI_IPSantarém, v. 8, n. 4, p. 80-94, 2020.

Pandini, L. S., & dos Santos Pereira, E. (2020). O teletrabalho no contexto de pandemia de Covid-19: a percepção de servidores públicos do judiciário brasileiro e MPU. *Caderno de Administração*, 28(2), 55-81.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (8.1)

Resolução CNJ 337 - <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3498>

Resolução 331 - <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3428>

SÍNDROME DE BURNOUT: UMA CONSEQUÊNCIA DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL.

KENNYA NERES COELHO:

Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES

(orientador)³³.

RESUMO: Diante da garantia constitucional de saúde laboral, a proteção do trabalhador e principalmente o oferecimento de mecanismos de saúde mental e psicológica fazem com que a legislação brasileira previna a ocorrência de doenças ocupacionais, responsabilizando o empregador pela violação aos direitos dos trabalhadores. Recentemente, a Síndrome de Burnout passou a ser classificada como uma doença do trabalho, que entrou em vigor a partir de 1 de janeiro de 2022 com o CID 11 pela Organização Mundial de Saúde. A síndrome do esgotamento profissional do colaborador é caracterizada por sentimentos negativos em relação ao seu trabalho, especialmente aqueles profissionais que estão sob constante pressão e rigor excessivo, desencadeando além de sintomas psicológicos, reações físicas no indivíduo portador da doença. Normalmente relacionada com situações internas, a Burnout é analisada aqui como uma consequência do assédio moral praticado no ambiente de trabalho e os efeitos dela decorrentes para o empregador. Realizada mediante consulta bibliográfica, a metodologia de desenvolvimento do texto é a dedutiva, partindo das premissas gerais sobre as doenças laborais e os sintomas das doenças psicológicas; para as específicas, compreendendo a caracterização da Síndrome de Burnout e as consequências financeiras para os empregadores.

Palavras-chave: Exaustão. Equilíbrio. Vida Profissional.

ABSTRACT: Given the constitutional guarantee of occupational health, worker protection and especially the provision of mental and psychological health mechanisms make Brazilian legislation prevent the occurrence of occupational diseases, blaming the employer for the violation of workers' rights. Recently, Burnout Syndrome came to be classified as an occupational disease, which came into force on January 1, 2022 with ICD 11 by the World Health Organization. The employee's professional burnout syndrome is characterized by negative feelings about their work, especially those professionals who are under constant pressure and excessive rigor, triggering, in addition to psychological symptoms, physical reactions in the individual with the disease. Usually related to internal situations, Burnout is analyzed here as a consequence of the moral harassment practiced in the work environment and the resulting effects for the employer. Conducted through bibliographic consultation, the text development methodology is deductive, starting from the general premises about occupational diseases and the symptoms of psychological diseases; for the

33 Prof(a). Orientador(a) do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG).

specific ones, including the characterization of Burnout Syndrome and the financial consequences for employers.

Keywords: Exhaustion. Balance. Professional life.

INTRODUÇÃO

Assegurada inclusive na Constituição Federal, a saúde dos trabalhadores é uma preocupação que não se limita ao indivíduo, mas também pertence à sociedade e principalmente ao empregador, uma vez que, caso haja o adoecimento no curso do contrato de trabalho, poderá estar caracterizada a doença ocupacional, da qual decorrem uma série de obrigações patronais.

Dentre os deveres do empregador, encontra-se o de proporcionar um ambiente de trabalho saudável, sem ocorrência de práticas que violem os direitos dos empregados, especialmente situações que afetem moralmente os trabalhadores, atingindo a saúde mental.

Recentemente, os diagnósticos da doença de Burnout elevaram os debates jurídicos sobre os fatores que podem levar ao desenvolvimento dessa síndrome em trabalhadores brasileiros e as consequências que ela pode ocasionar nos contratos de trabalho.

O motivo da preocupação advém do fato de que, dentre as situações mais recorrentes em casos de Burnout, se destaca o assédio moral muitas vezes vivenciados no ambiente laboral, fatos estes que levam à exaustão do trabalhador até que este seja reconhecidamente diagnosticado com a síndrome em questão.

Por todo o mencionado, esta pesquisa apresenta o resultado da análise da Síndrome de Burnout como uma consequência do assédio moral organizacional e os efeitos jurídicos advindos de sua constatação, com maior enfoque na responsabilidade civil do empregador.

MATERIAL E MÉTODOS

A produção deste artigo científico de pesquisa bibliográfica se deu através de uma análise específica sobre a síndrome de Burnout e sua ocorrência após situações de assédio moral no ambiente de trabalho.

Sem intervenção ou abordagem direta junto aos seres humanos, a pesquisa se fundamenta em informações publicadas até o momento de sua elaboração, retiradas de sites, bibliotecas, jornais, revistas, periódicos, material digital e outros meios de divulgação de informação gratuita e onerosa.

Apesar de somente no ano de 2022 ter havido oficialmente a classificação da Síndrome de Burnout como uma doença ocupacional, a pesquisa inclui os documentos científicos publicados na última década, marcada pelo surgimento dos casos reais, considerando os ensinamentos de profissionais da medicina e do direito laboral.

1 O DIREITO AO AMBIENTE LABORAL SAUDÁVEL

Ao trabalhador é garantido um ambiente de trabalho saudável e seguro, sendo considerado um instrumento para o alcance da finalidade laboral, com um trabalho produtivo e lucrativo para o empregado e o empregador.

É importante estabelecer que o ambiente de trabalho é o local onde se desenvolvem as relações de trabalho, onde se dá a convivência entre os trabalhadores e o desenvolvimento das atividades laborais. Por isso, é indispensável que o local de trabalho disponha de condições dignas para que o trabalhador se sinta mais motivado no desenvolvimento de suas tarefas (BRITO, 2014, p. 14).

É sabido que ao trabalhador são resguardados uma série de direitos individuais, os quais estão enumerados no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, dentre eles encontra-se a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inciso XXII, artigo 7º, CF). No mesmo artigo também há a proibição de qualquer discriminação ou distinção entre os profissionais em um ambiente de trabalho (BRASIL, 1988).

Os ditames constitucionais mencionados consistem em direitos sociais pertencentes a todos os indivíduos, cuja proteção é dever do Estado e também da sociedade.

Entre os fundamentos axiológicos da sociedade brasileira estão, na forma do preâmbulo da Constituição de 1988, a segurança e o bem-estar sociais. Esses valores, compreendidos em sua dimensão mais ampla, asseguram conclusão no sentido de que a ordem social interna está comprometida com tais propósitos, sendo recorrentes evidências disso no campo laboral. Perceba-se que entre os direitos sociais estampados no art. 6º do texto constitucional estão o trabalho, a segurança e a saúde, dando relevo à redação do art. 7º, XXII, do mesmo diploma legal. Não há dúvida, portanto, de que os trabalhadores têm o direito de ver reduzidos os riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança laboral. Esse é um compromisso não apenas do Estado brasileiro, mas de toda a sua sociedade, que é confirmado pelo confronto entre os arts. 200, VIII, e 225, caput, da Carta Magna (MARTINEZ, 2016, p. 547).

Tratam-se de garantias diretamente relacionadas com os direitos humanos, posto que são desdobramentos do direito à vida, à segurança e à saúde, que constituem corolários do princípio fundamental da dignidade humana (LEITE, 2018).

O princípio da dignidade humana busca assegurar aos trabalhadores vários direitos, dentre eles o direito à intimidade, protegendo o empregado contra o assédio sexual, a qualquer tipo de discriminação ou a qualquer situação degradante que cause a ele vexame ou humilhação.

Resta evidente, que o princípio da dignidade humana tem aplicação abrangente, protegendo o empregado nas suas relações trabalhistas contra situações degradantes e humilhantes que venham a denegrir a sua honra e respeitabilidade (BRITO, 2014, p. 1).

A previsão de um ambiente laboral saudável tem por escopo a prevenção de riscos, visando impedir que o trabalhador seja acometido por um acidente de trabalho ou seja diagnosticado com doenças decorrentes do trabalho (doenças ocupacionais), sobre as quais o tópico a seguir se desenvolve.

2 AS DOENÇAS OCUPACIONAIS NO DIREITO DO TRABALHO

Para além dos acidentes que atingem sobremaneira a saúde dos trabalhadores, a legislação nacional trata de definir as doenças ocupacionais e profissionais no artigo 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho (BRASIL, 1991).

Deste modo, são duas espécies diferentes de adoecimento do trabalhador, mas que possuem os mesmos efeitos práticos. Sobre a diferença entre a doença de trabalho e a profissional, ensina:

Diferentemente da doença profissional, a doença de trabalho não está atrelada à função desempenhada pelo trabalhador, mas ao local onde o operário é obrigado a trabalhar.

Como exemplo de doença de trabalho, podemos citar: o câncer que acomete trabalhadores de minas e refinações de níquel, as pessoas que trabalham em contato com amianto ou em proximidade com algo radioativo, os trabalhadores que sofrem de doenças pulmonares por estarem em contato constante com muita poeira, névoa, vapores ou gases nocivos, a surdez provocada por local extremamente ruidoso, entre outros (RAMOS JUNIOR, 2018, p.1).

Por não serem resultado da função exercida pelos trabalhadores, várias são as hipóteses de doenças de trabalho que causem a incapacidade laboral do funcionário, seja por questões físicas, como também de ordem psicológica. Nesta última modalidade, a Síndrome de Burnout têm crescido entre os trabalhadores.

2.1 A SÍNDROME DE BURNOUT

Um dos assuntos em alta no direito do trabalho consiste na possibilidade de a Síndrome de Burnout ser considerada uma doença ocupacional, causada principalmente pela ocorrência de assédio ocupacional.

O motivo da análise jurídica consiste no fato de que um dos diagnósticos mais recorrentes entre trabalhadores incapacitados para o desempenho de suas funções é o de síndrome de Burnout.

Segundo as informações disponibilizadas pela OMS, a síndrome é caracterizada como o "estresse crônico no ambiente de trabalho que não foi gerenciado com sucesso". Consequentemente, a pessoa pode apresentar:

- falta de energia e sentimento de exaustão;
- atitude cínica ou negativa em relação ao trabalho;
- distanciamento mental das suas atividades;
- redução da eficácia durante o desempenho do serviço.

Porém, é importante ressaltar que não é o mesmo que o transtorno generalizado de ansiedade ou a depressão, já que a causa do burnout está diretamente relacionada com o trabalho. Porém, quando não tratada, a síndrome pode dar origem a essas e outros transtornos emocionais (CARVALHO, 2022, p.1).

Da definição acima, percebe-se que os sintomas do Burnout são manifestados de formas diferentes:

São diversos os sintomas associados ao *Burnout* encontrados na literatura. Dentre eles estão os sintomas físicos (fadiga constante e progressiva, dores musculares ou osteomusculares, distúrbios do sono e do sistema respiratório, cefaleias/enxaquecas, perturbações gastrointestinais, imunodeficiência, transtornos cardiovasculares, disfunções sexuais e alterações menstruais em mulheres); os sintomas psíquicos (falta de atenção/concentração; alterações da memória; lentificação do pensamento; sentimento de alienação, de solidão e de impotência; impaciência; labilidade emocional; dificuldade de auto aceitação/baixa autoestima; stenia/desânimo/disforia/depressão; desconfiança/paranoia); os sintomas comportamentais (negligência/escrúpulo excessivo, irritabilidade, incremento da agressividade, incapacidade para relaxar, dificuldade na aceitação de mudanças, perda de iniciativa, aumento do consumo de substâncias, comportamento de alto risco, suicídio) e os sintomas defensivos (tendência ao isolamento, sentimento de onipotência, perda do interesse pelo trabalho ou até pelo lazer, absenteísmo, ímpetos de abandono do trabalho, ironia/cinismo) (LOPES e PEGO, 2015, p.1).

Oficialmente, a síndrome de Burnout foi reconhecida como uma doença ocupacional a partir de janeiro do ano de 2022, quando foi incluída na Classificação Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde (OMS), repercutindo nos direitos trabalhistas e previdenciários advindos das atividades laborais (CAVALLINI, 2022).

Uma das suas causas principais consiste no assédio moral em ambiente de trabalho.

3 O ASSÉDIO MORAL COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA SINDROME DE BURNOUT

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), para proteger o trabalhador, inclui a punição do empregador que pratica ou que permite a prática de assédio moral no ambiente laboral, chegando a caracterizar a justa causa do empregador, conforme o artigo 483 da CLT (BRASIL, 1943).

Segundo a lição de Rodolfo Pamplona Filho (2018, p. 1) assédio moral consiste em “uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”.

Por sua vez, Sônia Mascaro Nascimento complementa:

Já o assédio moral (mobbing, bullying, harcèlement moral ou, ainda, manipulação perversa, terrorismo psicológico) caracteriza-se por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções. (2004, p. 922)

As consequências do assédio moral laboral advêm da sua natureza jurídica que causa ao trabalhador um sofrimento capaz de ensejar o reconhecimento do dano moral a sua pessoa.

Sobre a natureza jurídica do assédio moral, a doutrina aponta: (a) discriminação; (b) dano moral. O assédio moral tem a finalidade de excluir a pessoa do meio ambiente do trabalho, logo, as suas condutas assumem uma modalidade de discriminação negativa, a qual há de ser repudiada. De forma deliberada, quem assedia tem o firme propósito de expor a sua vítima a uma série de situações de desigualdade (= discriminação negativa) em relação aos demais colegas de trabalho e ao próprio meio ambiente do trabalho. Por outro lado, o assédio moral também pode ser visto como uma atitude de ofensa ao patrimônio ideal (violação de um direito de personalidade) do trabalhador, logo, assume, de certa forma, como consequência, o equivalente a um dano moral. Contudo, não se pode dizer que o assédio moral seja um dano moral. O dano moral é a consequência do assédio moral. Aliás, o assédio moral também pode gerar danos materiais (= patrimoniais) à vítima (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 951).

Sendo assim, para o empregado as consequências são psicológicas e podem levar a abalos que extrapolam o mero aborrecimento. Nesse sentido, são comuns sentimentos de desconforto e até mesmo pânico de estar no ambiente ocupacional, perante as pessoas que praticam os atos de assédio. Em casos mais graves a situação emocional pode evoluir para uma doença psicológica.

De acordo com os estudos de Francisco Pereira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, "como exemplos de problemas de saúde causados ao trabalhador pelo assédio moral: depressão, dores de cabeça, tonturas, distúrbios digestivos, palpitações, tremores, diminuição da libido, falta de ar, falta de apetite etc." (JORGE NETO e CAVALCANTE, 2019, p. 954).

Caracterizada por se originar por fatos ocorridos no ambiente laboral, a síndrome de Burnout na maioria das vezes tem sintomas iniciados com o sofrimento de situações consideradas assédio moral ocupacional somado a situações de excesso de cobrança e o cansaço.

É certo que a origem primária da síndrome de burnout é o próprio ambiente laboral no qual o indivíduo se insere. Todavia, essa simples constatação não é suficiente para uma definição técnica de sua fonte primária causadora. Ademais, a existência de assédio moral também não é o único fator para que essa síndrome se manifeste no assediado. Necessita-se de algo mais para que haja uma determinação adequada de sua causa laboral. Na verdade, a referida síndrome advém do modo de gestão do trabalho, caracterizado por pouca ou nenhuma autonomia, sobrecarga de tarefas e insegurança em relação a estas, falta, instabilidade no emprego, sentimento de desmoralização no ambiente de trabalho, sentimento de injustiça, um controle quantitativo e qualitativo do trabalho, a falta de suporte da chefia e dos colegas, somados à predisposição intrínseca do indivíduo (OLIVEIRA, 2022, p. 24).

A partir de tais informações, tem-se que, uma vez comprovada a sua origem laboral, a Síndrome de Burnout pode levar a responsabilização civil do empregador em razão da ocorrência de assédio moral dentro do ambiente de trabalho.

4 A RESPONSABILIZAÇÃO DO EMPREGADOR PELA MANUTENÇÃO DO AMBIENTE LABORAL E PELA OCORRÊNCIA DE BURNOUT

Tal como dito até aqui, o trabalhador tem direito a um meio ambiente de trabalho que seja saudável, que priorize pela sua integridade física e mental, sob pena de, uma vez constatada uma doença ocupacional, ser o empregador responsabilizado por eventual falha de sua parte ou de seus prepostos e funcionários.

Portanto, o empregador/contratante tem o dever de reduzir os riscos à saúde do empregado/contratado:

O empregador deve se empenhar em tentar minimizar de todas as formas possíveis a redução dos perigos existentes na sua atividade econômica. Como a redução dos riscos é uma previsão Constitucional, o empregador deve contribuir para a efetivação do direito à integridade física do empregado. Contudo, para isso, é necessário o empregador fornecer aos trabalhadores todo o aparato técnico, treinamento, o material necessário à proteção, investir em tecnologias e em equipamentos mais seguros que substituam os métodos ultrapassados de produção (BRITO, 2014, p. 1).

Neste sentido, diante da constatação de prejuízos materiais ou imateriais ao trabalhador, o empregador ficará obrigado a indenização segundo determina a legislação civil (MARTINEZ, 2016).

Apesar de a síndrome Burnout ter sido inserida no CID apenas no início do ano de 2022, na prática judicial, a caracterização desta doença há anos tem sido atribuída à execução do contrato de trabalho e por tal motivo passível de responsabilização do empregador.

DOENÇA OCUPACIONAL – SINDROME DE BURNOUT – INDENIZAÇÃO. Diagnosticada no curso do contrato de trabalho a Síndrome de Burnout (síndrome do “esgotamento profissional”) que levou ao afastamento previdenciário do autor, no curso do aviso prévio, por um ano e quatro meses, por doença ocupacional equiparada a acidente do trabalho, é devida a reintegração ao emprego e ainda a indenização de cunho moral, nos termos dos arts. 118 da Lei nº 8.213/91, segunda parte do item II da Súmula 378 do TST e artigos 186 e 927 do CCB e art. 5º, incisos V e X da constituição Federal (TRT- 3 – Recurso Ordinário 0011012-62.2017.5.03.0048, Décima Primeira Turma. Relator Des. Antonio Gomes de Vasconcelos, Julgamento: 4 de março de 2021).

Acompanhando o entendimento do julgamento acima, o Tribunal do Trabalho da 1ª região reconheceu em um caso concreto a ocorrência não apenas do assédio moral, como também a identificação de doença ocupacional de Síndrome de Burnout:

ASSÉDIO MORAL – SEGREGAÇÃO DE EMPREGADO CONTANDO COM MAIS DE 32 ANOS DE CONTRATO DE TRABALHO – DOENÇA OCUPACIONAL – INDENIZAÇÃO DEVIDA. I – O assédio moral (ou “mobbing”, como o chamam doutrina e jurisprudência modernas) é caracterizado pela pressão continuada e de cunho psicológico que uma pessoa exerce sobre outra, com o intuito de força-la a adotar determinada prática, que lhe avilta o espírito ou lhe traz transtornos psíquicos ou psicossomáticos. II – Neste contexto, caracteriza-se o assédio moral pela conduta lesiva e culposa do empregador, que abusa do poder diretivo, disciplinar ou fiscalizatório, e cria um ambiente de trabalho hostil, expondo seus empregados a reiteradas situações de constrangimento e humilhação, que ofendem sua saúde mental e até mesmo física. III – Na hipótese vertente, a parte ré discriminou de forma patente o autor que lá trabalhava há 32 anos, esvaziando suas atividades, mudando o seu local de trabalho e isolando-o. Isso foi causa à eclosão de doença ocupacional (Síndrome de Burnout), conforme demonstra parecer médico aliado à prova testemunhal. V – Assim, correta a r. sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização reparatória. VI – Recurso da parte ré conhecido e não provido. (TRT1 – Recurso Ordinário 00112965920145010039 RJ. Quinta Turma. Relator Des. Evandro Pereira Valadão Lopes. Julgamento em 18 de novembro de 2017. Publicação em 13 de dezembro de 2017.)

Além disso, para o empregado vigora o direito à estabilidade acidentária, prevista no artigo 118 da já mencionada Lei nº. 8.213/1991, que garante a manutenção do contrato de trabalho pelo prazo mínimo de doze meses a contar da cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente do auxílio acidente (BRASIL, 1991). No entanto, o direito a esse benefício advém do preenchimento dos requisitos legais.

Quais os requisitos para a aquisição do direito previsto no art. 118 da Lei 8.213/91? O primeiro requisito que o preceptivo em questão exige é o de que o trabalhador tenha sofrido um acidente do trabalho, entendendo-se como tal, nos termos da Lei 8.213/91: a) o acidente típico (art. 19); b) as moléstias profissionais ou do trabalho (art. 20); ou c) os eventos equiparados ao acidente do trabalho (art. 21). O segundo requisito está em que a garantia no emprego somente terá início após a cessação do benefício previdenciário. Aqui há uma explicação lógica: é que durante o período em que o obreiro percebe o auxílio-doença acidentário o seu contrato de trabalho (tecnicamente, os seus efeitos) fica suspenso, impedindo, assim, a prática do ato patronal de dispensa (LEITE, 2018, p. 569).

Ausentes os requisitos, a estabilidade provisória não será assegurada ao trabalhador, no entanto, tal fato não impede a responsabilização civil do empregador, desde que comprovada a ocorrência de dano moral e a conduta lesiva por parte da empresa. Isto porque um pedido não depende necessariamente do outro, haja vista que um de ordem laboral e outro civil.

CONCLUSÃO

A ordem jurídica brasileira prevê que todo cidadão é titular de direitos e garantias intransferíveis e irrenunciáveis, dentre as quais, a dignidade humana se destaca. Quer isto dizer que, ainda que em ambiente produtivo laboral, ao indivíduo devem ser resguardadas condições mínimas de dignidade para que seja contínua a sua capacidade de trabalho.

Infelizmente, em sociedade, os indivíduos estão sujeitos a inúmeros fortuitos à sua saúde, situações estas que podem levar à suspensão do trabalho por incapacidade laboral, causando prejuízos também aos empregadores. Todavia, para além de evitar os danos financeiros, existem medidas que podem prevenir o adoecimento, reduzindo os riscos à integridade física dos trabalhadores.

Neste sentido, o fato de ser o contratante dos serviços de um indivíduo faz surgir para o empregador o dever de proteger a saúde daquele através do fornecimento de um meio ambiente laboral saudável. Com isso, devem ser combatidas as situações de exaustão no ambiente de trabalho, uma vez que são crescentes os diagnósticos de trabalhadores identificados como portadores de Síndrome de Burnout, normalmente relacionados com o assédio moral ocupacional.

Após o desenvolvimento da pesquisa, foi possível confirmar a teoria de que o assédio moral se apresenta muito favorável ao adoecimento dos trabalhadores vitimados diariamente em seus postos de trabalho. Por tal motivo, além da estabilidade provisória dos portadores de doença ocupacional, o trabalhador ainda poderá ingressar com pedido de indenização civil pelos danos morais advindos da conduta do empregador e/ou de seus prepostos e funcionários, mediante a comprovação dos requisitos legais da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 06 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 05 set. 2022.

BRASIL. Lei nº. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em 18 set. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **TRT1 – Recurso Ordinário 00112965920145010039 RJ**. Quinta Turma. Relator Des. Evandro Pereira Valadão Lopes. Julgamento em 18 de novembro de 2017. Publicação em 13 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1112588468/recurso-ordinario-ro-112965920145010039-rj>>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **TRT- 3 – Recurso Ordinário 0011012-62.2017.5.03.0048**, Décima Primeira Turma. Relator Des. Antonio Gomes de Vasconcelos, Julgamento: 4 de março de 2021. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1176511243/recurso-ordinario-trabalhista-ro-110126220175030048-mg-0011012-6220175030048>>. Acesso em 08 abr. 2022.

BRITO, Valéria Araújo de Sousa. **O direito do empregado ao ambiente de trabalho seguro e saudável: a tutela do princípio da dignidade humana**. *Boletim Jurídico*, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-do-trabalho/3205/o-direito-empregado-ao-ambiente-trabalho-seguro-saudavel-tutela-principio-dignidade-humana>>. Acesso em 24 set. 2022.

CARVALHO, Cristiana. **Burnout é reconhecida como doença ocupacional**. *Tecmundo*, 2022. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/ciencia/232088-burnout-reconhecida-doenca-ocupacional-veja-muda.htm#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde,respeito%20%C3%A0s%20doen%C3%A7as%20de%20trabalho.>>. Acesso em 07 out. 2022.

CAVALLINI, Marta. **Síndrome de Burnout é reconhecida como doença ocupacional; veja o que muda para o trabalhador**. *G1*, 11 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2022/01/11/sindrome-de-burnout-e-reconhecida-como-doenca-ocupacional-veja-o-que-muda-para-o-trabalhador.ghtml>>. Acesso em 05 out. 2022.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES, Francinara Pereira; PEGO, Delcir Rodrigues. **Síndrome de Burnout**. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, 2015. Disponível em: <<http://rbmt.org.br/details/46/pt-BR/sindrome-de-burnout#:~:text=Burnout%20Syndrome&text=CONTEXTO%3A%20Burnout%20%C3%A9%20uma%20palavra,em%20situa%C3%A7%C3%B5es%20de%20mudan%C3%A7as%20emocionais.>>. Acesso em 07 out. 2022.

MARTINEZ, Luciano **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. — 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **O assédio moral no ambiente do trabalho**. *Revista LTr*, v. 68, 2004.

OLIVEIRA, Lauro Ericksen Cavalcanti de. **O assédio moral no trabalho como causador da Síndrome de Burnout e do transtorno de estresse pós-traumático: um estudo sobre as psicopatologias advindas das condutas de assédio no ambiente laboral**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c7e1249ffc03eb9d>>. Acesso em 07 out. 2022.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego**. *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <<https://rodolfopamplonafilho.jusbrasil.com.br/artigos/675142532/noco-es-conceituais-sobre-o-assedio-moral-na-relacao-de-emprego>>. Acesso em: 28 set. 2022.

RAMOS JUNIOR, Waldemar. **Doença ocupacional: conceito, características e direitos do trabalhador**. *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <<https://saberalei.jusbrasil.com.br/artigos/378215786/doenca-ocupacional-conceito-caracteristicas-e-direitos-do-trabalhador#:~:text=A%20doen%C3%A7a%20ocupacional%20ou%20profissional,Trabalho%20e%20da%20Previd%C3%Aancia%20Social.>>. Acesso em 18 set. 2022.

INEFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA PARA MULHERES INDÍGENAS

ANNA MARIA SANTOS SOARES:
Graduanda em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo – FASEC.

ISRAEL ANDRADE ALVES³⁴

(orientador)

RESUMO: O trabalho proposto tem como objetivo abordar ineficácia da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) no meio indígena, especialmente com o objetivo de compreender a percepção de mulheres indígenas sobre a violência infligida pelo parceiro. A partir da abordagem do estudo foi desenvolvido é em preocupação à estruturação da Lei Maria da Penha, devido algumas qualificações que não abrangem a cultura e as características de um povo uno. A dificuldade do acesso à informação e promoção das garantias legais nos casos de vulnerabilidade frente a violência da mulher indígena é resultado do escasso da legislação, e a falta de conhecimento, tanto por parte das mulheres como por parte dos seus agressores e comunidades, o que impede, muitas vezes, a procura pelo resguardo da Lei. Portanto, vale ressaltar que essas mulheres enfrentam diversas dificuldades em denunciar seus companheiros. Tendo em vista que atividades de políticas públicas são aplicadas e organizadas em áreas urbanas, pois muitas mulheres indígenas enfrentam não somente a violência, mas também a falta de acesso à informação de encontrar delegacias especializadas e pela necessidade de deslocamento por quilômetros a pé e atravessar rios e estradas não estruturadas para fazer a sua denúncia, além das barreiras linguísticas.

Palavras-chave: Ineficiência da Lei Maria Penha; percepção da violência sofrida; Violência contra mulheres indígenas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem com fundamento de estudo sobre a ineficácia da Lei Maria da Penha para mulheres indígenas, tem como propósito verificar as lacunas na sua aplicabilidade a qual as não se integram.

Mediante o tema em exposto, será apresentado a forma de organização social das mulheres indígenas no Brasil e com esse motivo será explorado os fatores da invisibilidade da mulher nativa e de seus povos, que até hoje são alvos de crueldade e preconceito, em vista de tudo

³⁴ Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Criminal no curso de Direito na Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins. Email: prof.israelalves@fasec.edu.br

isso, será evidenciado o contexto histórico das múltiplas violências contra as indígenas, que desde o período colonial foi marcada por estupros cometidos por “homens brancos”.

A história das mulheres indígenas é formada tradicionalmente pela coletividade e composto por lideranças, ordem, costumes e religiosidade. A representatividade nas aldeias é marcada pela figura masculina, tendo como líderes o pajé, que é considerado o curandeiro e o cacique, representante político, chefe, e administrativo da sua tribo, figura hierarquicamente superior na estrutura social do povo indígena.

É importante ressaltar que as mulheres indígenas desenvolvem um papel fundamental em sua comunidade desde os tempos remotos a jornada de vida das mulheres indígenas é cheia de desafios e dificuldades, tanto dentro, quanto fora de sua sociedade, assim é demonstrando que, independentemente das questões geográficas elas enfrentam as desigualdades e o preconceito.

Atualmente a mulher indígena não tem somente a figura de expressão de mulheres do lar, e sim de grandes representações de luta em prol de seus direitos, sem anular sua cultura. É de se expressar que a Mulher indígena sempre esteve em posição de desvantagem. Assim se pondera registrar diante de uma sociedade cheia de vícios e discriminação, ainda vemos mulheres indígenas em tempos atuais sendo questionadas sobre suas escolhas, em que o Homem branco se considera processo aculturação ver indígenas inseridas em Faculdade Federais ou em sob posição superior do masculino.

A mulher e indígena, sob esse enfoque, torna-se sempre habitualmente em um e silenciadas, fazendo que a invisibilidade destas diversas violências sofridas não chegue ao conhecimento da sociedade, ou mesmo que, se conhecidas, sejam ignoradas. Assim, tem-se: desse processo de fragilidades são perceptíveis os conflitos de gênero e assim as mulheres indígenas são triplamente vitimadas, ou seja, por serem mulheres, mulheres indígenas e, dentro do grupo étnico, por serem mulheres novamente.

Por fim, esse trabalho acadêmico tem como o principal princípio de demonstrar preocupação e sonoridade a todas as todas as mulheres que são vítimas do sistema opressor e principalmente às indígenas que desde sempre é um reflexo de resistência diante de uma sociedade de anomalias em defesas do estado democrático de direito.

1 ORGANIZAÇÃO SOCIAL DAS MULHERES INDÍGENAS NO BRASIL

A luta da identidade feminina indígena não é somente pelo seu direito, e sim de seu povo. Conforme exposto por Ângela Sacchi (2003, p. 8), as mulheres indígenas buscam: “A garantia de seus territórios tradicionais, porque deles dependem a sobrevivência de seus povos, e o direito à saúde e educação diferenciadas, são constantemente explicitados em seus discursos”. Conforme a autora, “O movimento de mulheres é para fortalecer o movimento em geral, apolítico dos povos indígenas é único. Ao mesmo tempo, acrescentam às reivindicações indígenas gerais”

Assim é perceptível em que todos os aspectos as mulheres indígenas ainda sofrem ataques, mas conforme sua historicidade é refletida de diversas resistências e a luta pelos seus direitos básicos. Ademais, é de refletir que a mulher indígena sempre esteve em posto de

vulnerabilidade, pela sua condição de vida, gênero, raça, etnia, além de fatores socioeconômicos. Assim, portanto, o princípio deste artigo tem a finalidade de demonstrar os diversos aspectos que impede essas mulheres estarem inseridas na lei 11.360/2006 e exprimir, mesmo com a ineficiência da aplicabilidade, os povos indígenas possuem seu próprio sistema de punibilidade.

Complementa informar que a mulher indígena não luta pelo seu interesse próprio e sim pela sua coletividade, não se adequa somente a luta de cunho feminista, mas pelos direitos de todos os indígenas. As lutas dessas mulheres nos dias de hoje não são lutas isoladas, mas agregam lutas que já travadas ao longo da história, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.

As mulheres indígenas são protagonistas em ações fundamentais para a permanência e fortalecimento de suas comunidades e têm sido consideradas o pilar de sustento, não somente para a cultura e para a luta, mas também para os espaços institucionais que estão ocupando. Essas mulheres, hoje empoderadas, não querem somente assistir e orientar o movimento, elas querem participar ativamente da realização das transformações de seu tempo, tendo voz ativa, sem desmoralizar seus homens, respeitando suas tradições, e também agregando conhecimento e saberes ao legado de seus povos.

As mulheres indígenas no contexto social são predominantemente refletidas de forma indigna e invisível. Cumpre destacar que essas mulheres são vulneráveis em todos os sentidos, são marcadas sob a definição de estereótipos de selvageria e irracionalidade, decorrentes da discriminação, preconceito, violência física, sexual e moral. Além do mais é de verificar que quanto o sistema jurídico brasileiro é negligente em defesa as causas indígenas.

Observa-se que a Constituição de 1988 não faz menção específica às mulheres indígenas, assim como a Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio) também não lhes reserva um tratamento adequado.

Vale frisar da opressão do próprio sistema que criam a relação das desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras.

É válido informar que toda essa minoria é oculta diante aos olhos do sistema, contemplamos que o estado investe e legisla de forma ineficiente aos povos indígenas. Visto em seus territórios e às ausências de políticas públicas, qualidade de vida precária em relação a educação e saúde e infra instrutora de estrada, conforme tudo isso, com ausência de apoio principal, os povos indígenas se falam por si só.

2 MÚLTIPLAS VIOLÊNCIAS CONTRA AS MULHERES INDÍGENAS

As mulheres indígenas são vítimas de múltiplos atos de violência: abuso sexual e estupro, violência doméstica, assassinatos, desaparecimentos, prostituição forçada, tráfico humano e o uso não consensual de suas imagens como objetos decorativos e exóticos pela mídia, são alguns dos tipos de violência que as mulheres indígenas enfrentam.

É de ser revelado que às mulheres indígenas é vítima diversos tipos violência. Nas palavras de Stavenhagen (2007, p. 32):

As violações de direitos humanos sofridas por mulheres e meninas indígenas devem ser vistas no contexto do amplo espectro de violações dos direitos humanos, devido às suas vulnerabilidades como membros das comunidades indígenas. Os abusos e violações são alarmantes e constituem uma violência estrutural.

As práticas discriminatórias contra as mulheres indígenas dentro e fora de suas próprias aldeias vão além da violência física. De acordo com Stavenhagen (2007), elas abrangem também matrimônios forçados, o despojo de suas propriedades, a limitação do acesso à propriedade da terra, entre outras formas de discriminação patriarcal.

A mulher indígena é vítima do racismo estrutural, discriminação e das violações de seus territórios por madeireiros, garimpeiros, e de pecuaristas, além da violência espiritual, com a presença da Igreja Católica, que invalidou suas crenças, perdendo suas raízes e culturas. É de se verificar que já ocorreram tantas atrocidades em campos indígenas, mas não existe nenhum meio que os a protegem essas mulheres.

Diante da identidade da mulher indígenas sobre suas pinturas seus instintos são livres de manifestações pela a própria pintura e seus corpos, espiritualidade, costumes e valores. Assim que muitos tempos foi usado com uma visão descriminalizadas e evadidas, deixando as negligencias e frágeis. Vale a abordar relatos de mulheres indígenas que quando vão visitar às cidades, se sentem oprimidas, constrangidas, pelos olhares de homens brancos, em relevância do imaginário social a cultura do fetiche masculino sob a índia selvagem.

A única forma de ser expressiva de impor uma adaptação em zona urbana é o uso de seus colares, a forma de se expressar sua coragem. Percebe-se então que, o reflexo dessas violências é caso de análise de saúde pública e social, visto que inúmeras adolescentes indígenas até hoje são vítimas de abuso sexual e estupro de vulneráveis, que podem resultar em gravidez precoce.

Oportuno analisar que as mulheres indígenas são vulneráveis e invisíveis dentro e fora do contexto social. Deve-se frisar que uma das mais frequente das violações dos direitos humanos, a violência sexual como o famoso tabu "minha avó foi pega no laço", se consiste na naturalização do estupro, e o decorrente silêncio da violência sexual praticada contra mulher indígena e a omissão do Estado.

Assim se decorre informar que a mulher indígena é vítima do pai, do branco e até mesmo dos funcionários competentes em seu vínculo da Fundação Nacional do Índio - FUNAI e Fundação Nacional de Saúde - FUNASA. Registre-se mais, que até hoje isso é decorrente, com outros diversos tipos de violência como a violência de gênero, colonialistas patriarcais, sexistas, misóginas, latifundiárias, ambientais, psicológicas, físicas e sexuais.

Portanto é de ser perceber que todos os tipos de violência contra as nativas no contexto externo e interno, como aquela que é vivenciada na omissão dos próprios dados dos órgãos que

são responsáveis pela a coleta de dados de indígenas, e a ineficiência de atendimento das vítimas de violência, omissão do Estado, e da ausência de políticas públicas em defesa de mulheres primitivas, que é refém do sistema, preconceito social, dos homens brancos e indígenas.

3 A INTERSECCIONALIDADE COMO FATOR EXPONENCIAL DA VIOLÊNCIA

O tema se aduz sobre visibilidade a rostos ignorados, é tratado sobretudo a partir de um olhar interseccional, na pretensão de revelar a dupla e simultânea discriminação por elas sofrida, no entrecruzamento entre gênero e etnia, tornando-as, acentuadamente, suscetíveis às mais diversas formas de violência. As mulheres indígenas estão inseridas em meios escassos, sem assistência da própria legislação, assim é de se definir que as Mulheres indígenas parecem constituir, simultaneamente, um grupo minoritário e um grupo vulnerável.

Define-se minorias são um conjunto de pessoas que não gozam da mesma representação política que o resto da população ou que sofrem discriminação pelo seu pertencimento a uma identidade coletiva específica; por outro lado, os grupos vulneráveis são mais amplos, englobando todos aqueles que, por uma condição de fragilidade ou de indefensabilidade, necessitam de proteção especial. De todo modo, num ou noutro casos, está em causa a necessidade de mecanismos efetivos de tutela, o que não se conquista senão à custa de muita luta.

Posto isto, as mulheres indígenas são consideradas mais invisíveis ainda. Essa invisibilidade está ligada também, de acordo com Cristiane Lasmar (1999) à “invisibilidade dos próprios índios” povos representados de forma estereotipada, a qual desconsidera tanto sua imensa diversidade, como os define primitivos selvagens. Em meio a aplicação da lei, se consiste em perceber que a mulher indígena possui alto risco de vulnerabilidade mais que às mulheres da zona urbana.

Além do mais, a mulher é vista em sociedade com diversos aspectos negativos, preconceituoso, nesse sentido, a uma historiografia na qual impera uma hegemonia masculina, onde a mulher, quando aparece, é colocada ou de forma sexualizada ou maldita e indesejada. Nessa situação, é perceptível a persistências da carência e ausência de estudos sobre as nativas e políticas em combate desta opressão e misoginia.

Diante é visto a uma vulnerabilidade “altamente exacerbada sob certas condições sociais e políticas”. À realidade das mulheres indígenas, porque o que se trata de reconhecer não é uma situação qualquer de vulnerabilidade, mas uma situação de “vulnerabilidade potencializada”.

Por fim, é de se declarar que o ambiente de socialização das mulheres indígenas é mais aberto a recebimentos acontecimentos de barbaridades ou seja a mulher indígenas esta naturalmente cercada por armamentos e sob ameaças dos indígenas e homens brancos. Em reflexo de círculo mazelado é de ser observado a misoginia e opressão no contexto destas mulheres. Assim em decorrência desta óptica, devido, a uma historiografia na qual impera uma hegemonia masculina, onde a mulher, quando aparece, é colocada ou de forma sexualizada ou maldita e indesejada.

De acordo com Zimmermann (2015, pag. 113 apud Sachi e Gramkow, 2012) “as mulheres indígenas quase não são lembradas, sendo elas as mais gravemente afetadas por violências múltiplas”. Além disso, essa invisibilidade está ligada também, de acordo com Cristiane Lasmar (1999) à “invisibilidade dos próprios índios” povos representados de forma estereotipada, a qual desconsidera tanto sua imensa diversidade, como os define primitivos selvagens.

Assim se consiste revelar que essas mulheres vivem em contexto de vulnerabilidade, sem apoio do sistema e políticas públicas e ausência fatores estruturais contra essa discriminação. Portanto, neste sentido, deve se analisar que mulher nativa é intensificada com diversos estereótipos negativo, “não por ser mulher e sim por indígenas e por esta inserida em contexto de pobreza.

4 O PRINCÍPIO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA ÀS MULHERES INDÍGENAS

Em primeiro lugar visa entender que os múltiplos grupos dos povos indígenas mesmo sendo representados pelos os costumes, língua, e cultura, se entende que os seus direitos deverem ser reconhecido e assegurado pelo o Estado, em conjunto com a Fundação Nacional do Índio (Funai) que é um órgão indigenista oficial do Brasil que tem no seu exercício em função de proteger os direitos dos povos indígenas.

Segundo Faccioni (2013, p. 379),

Os povos indígenas constituem etnias com características culturais, tradicionais, de organização social e formas de vida completamente distintas da sociedade ocidental envolvente. Essa diferença cultural carrega consigo um desafio ao ordenamento jurídico dos Estados que são compostos por esses povos, sobretudo o brasileiro, tão rico em etnias indígenas, [...]

O direito de autodeterminação ou livre determinação dos povos indígenas está embasado nos postulados da igualdade, da liberdade e da fraternidade. Conforme o marco normativo vigente de proteção aos povos indígenas se baseia, primeiramente, na Constituição Federal de 1988, a qual determina a valorização da diversidade cultural e o respeito à pluralidade étnica.

A vigência da Constituição Cidadã marcou a superação do paradigma integracionista, cujo propósito era o de que o indígena assimilasse os valores da “comunhão nacional” e, progressivamente, perdesse suas características culturais como língua, religião, costumes e desaparecesse como grupo étnico diferenciado. Com isso, tornou-se incompatível com a ordem constitucional vigente o tratamento jurídico da questão indígena por meio das categorias de civilizados, de aculturados ou não aculturados, aldeados e não aldeados, integrados ou em vias de integração.

A Convenção 169 também pressupõe uma mudança de paradigma no tratamento dos povos indígenas, reconhecendo suas instituições e formas de vida, o direito a manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, bem como a assumir o controle sobre o seu desenvolvimento.

Outra referência importante quanto aos direitos dos povos indígenas é a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2007, que estabelece parâmetros mínimos para normativas nacionais e internacionais, contemplando o direito dos povos indígenas a autodeterminação, direito ao consentimento livre, prévio e informado, o direito a manter suas culturas e o direito às suas terras.

Para que as regras previstas na Resolução CNJ nº 287/2019 sejam aplicadas adequadamente, é fundamental que a autoridade judicial reconheça prontamente a identidade indígena mediante o procedimento da autodeclaração da pessoa indígena, independentemente de a pessoa ser brasileira ou estrangeira, do seu local de residência, e de ela falar ou não o português, como disposto no art. 2º da Resolução.

Inclusive é de ser revelado que se deve respeitar o direito dos povos indígenas à autodeterminação, aos seus territórios e recursos naturais, e à vida livre de racismo é uma condição prévia para a garantia do direito das mulheres indígenas a uma vida livre de discriminação e violência. Em reflexo disso visa citar sobre o conflito da aplicabilidade da Lei Maria da Penha (Lei 11.360/2006) *versus* a autodeterminação dos povos indígenas.

As mulheres indígenas fazem referência que a lei é ineficiente á elas, pela a sua determinada cultura e pelo o papel social da comunidade, em que todos vivem em coletividade, o homem tem o seu papel fundamental de colocar a comida na mesa e a sua principal função é a caça meios de mantimentos de sustentar sua prole e sua tribo.

Diante desses fatos às mulheres indígenas se sentem refém e vulnerável do seu próprio sistema. Desta maneira, a violência doméstica é uma grande problemática em lares indígenas.

Em relevância deste exposto não é somente a cultura que estagna a lei 11.360/2006 e sim os preceitos sociais como estigmatização, discriminação, desigualdade e resistência.

Verifica que lei exposta, não atingem a classe vulnerável e as minorias. Compreende que a Lei 11.340/2006 se abrange dentro de uma sociedade específica e urbanizada, às mulheres brancas que são mais privilegiadas pelo contexto social, já as nativas, entretanto, sofrem com a distância dos serviços públicos e com o precário acesso à informação.

Por esta lente, enxerga-se o índio como um ser inferior, desprovido de condições de vida independente, necessitando ser integrado a uma cultura nacional que se autodenomina superior (BARRETO, 2008, 34). Ora, “o diverso não é inferior, a exigir auxílio ou tutela, é apenas e tão somente, diverso” (ALMEIDA, 2013, p. 261).

4.1 A PUNIBILIDADE DOS INDÍGENAS

O sistema de punibilidade é representado pelo ente superior da aldeia, o Cacique - tem o papel de fiscalizador em determinar leis e punir aqueles que estão incoerentes com o sistema da comunidade. Deve ser revelado também, que o índio que comete violência fora de sua comunidade será representado pela lei dos brancos.

Conforme isso deve discorrer sobre a violência doméstica no âmbito da comunidade indígenas, quando ocorre, o superior determina diversas punições, como o isolamento do réu indígena da comunidade e até mesmo expulsão. Cumpre focar que a mulher nativa vítima de violência possui apoio da sua comunidade e seus familiares.

Assim, o indivíduo indígena suspeito ou acusado de crime pertence a um povo no qual há um sistema sociocultural distinto daquele da sociedade envolvente. Para compreender esse sistema é necessário olhar para toda a comunidade, respeitando seu direito a participar nos processos de tomada de decisão que a afetem.

Deve-se analisar-se a punição de um indígena pela sua comunidade e pelo Estado constitui uma violação à garantia fundamental do *ne bis in idem*. O princípio *ne bis in idem* preconiza que ninguém deve ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato, servindo como limitação do direito-dever que o Estado tem de punir diante da violação da norma penal.

Segundo Maia (2005, p. 29-33).

Portanto, deve se ter reconhecimento estatal da validade da punição aplicada, implica em questões de ampla abrangência, incluindo o respeito aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e aos direitos e garantias fundamentais previstos no ordenamento jurídico nacional, incluindo os relativos à diversidade cultural, ensejando discussões acerca do respeito às diversas formas de viver.

Conforme o exposto deve ser respeitado a integridade nativa e suas culturas, conforme isso, outras legislações específicas brasileira possui o poder de demanda fora da territorialidade. Devendo ser respeitando o princípio constitucional multiculturalista. Este princípio do Multiculturalismo é a teoria que defende a valorização da cultura dos diversos grupos que compõem a humanidade, que defende que ser diferente não significa ser nem melhor nem pior do que ninguém, que é contra a uniformização ou padronização do ser humano, que valoriza as minorias.

Se o índio for submetido em cárcere privado pela a legislação brasileira, a justiça deve se atentar em promover e assegurar os seguintes direitos das pessoas indígenas privadas de liberdade;

I Visitas sociais: Os dias de visitação devem respeitar os costumes indígenas e serem em dias diferenciados sempre que necessário.

II Alimentação: A administração prisional deve assegurar que haja fornecimento regular da alimentação dentro dos costumes alimentares de cada comunidade indígena. Deve-se garantir, igualmente, o acesso à alimentação vinda do meio externo, por parte de familiares da pessoa presa, da comunidade indígena ou de instituições indigenistas.

III Saúde: A assistência à saúde deve seguir os parâmetros da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, de forma a respeitar as particularidades étnicas, culturais dos povos indígenas.

IV Assistência religiosa: deve ser autorizado acesso a todos os elementos materiais relacionados às práticas religiosas, como adereços, objetos de culto, materiais de pintura, alimentos de caráter religioso, entre outros.

V Trabalho: As atividades de trabalho bem como a jornada e demais condições devem respeitar particularidades culturais e costumes indígenas

VI Educação: Ter a acesso à educação em seus próprios idiomas e em consonância com seus métodos culturais de ensino e aprendizagem. Para a atenção a esse direito, recomenda-se que se oficie a respectiva secretaria estadual de educação para verificar a disponibilidade de políticas de educação indígena.

Diante destes dispositivos acima, os indígenas deve ser apresentando conforme ele está vinculado com sua cultura. Infere-se que ante o contexto de multiculturalidade o respeito e a valoração daquilo que é diverso deve se pautar justamente pela compreensão da diferença, de saber que o direito de pertença a um povo, cultura e religião é preponderante para a identificação do ser humano. Significa, amplamente falando, o direito de pertença a um local.

4.2 LEI MARIA DA PENHA E AS MULHERES INDÍGENAS

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) define que a violência doméstica contra a mulher é crime e aponta as formas de evitar, enfrentar e punir a agressão. Também indica a responsabilidade que cada órgão público tem para ajudar a mulher que está sofrendo a violência.

A lei nº11. 340/2006 aduz no seu artigo 2º o seguinte: Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação, sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006).

Importante evidenciar que aLMP não se aplica de forma eficiente para a população indígena não foram alcançados de forma plena, deixando diversas lacunas, entre elas a falta de registro legal que considere as particularidades e as diversidades das mulheres indígenas, uma vez que, mediante uma breve análise de aspectos culturais, ficam evidentes as falhas do Estado no que diz respeito à proteção dessas mulheres.

A Lei Maria da Penha se encontra em confronto com a Constituição Federal e foi um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, consagrando dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme dispõe o artigo 1º, IV. Prevê também, no universo de direitos e garantias

fundamentais que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Tendo em vista que a mulher indígena não se apresenta se apresenta com dignidade com a lei exposta é de se manifestar diante dos casos de violências domésticas, o Estado tem o dever ser propor em reforçar a lei para prevenir, investigar, julgar, sancionar e outorgar reparação quando ocorram atos de violência ou desaparecimento de mulheres indígenas, através de recursos judiciais adequados e efetivos para as vítimas e seus familiares, tanto nas instituições estatais como nos sistemas de justiça indígena.

4.3 OBSTÁCULOS PARA A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

Mesmo com todo o protagonismo dessas mulheres, o seu enfrentamento contra a violência doméstica é maior, e seu caminha contra os diversos tipos de violência ela se deparam com condicionamentos culturais e obstáculos linguísticos e geográficos. As mulheres indígenas enfrentam as barreiras linguísticas, pois muitas não falam português e os órgãos estatais não estão preparados com tradutores e intérpretes para fazer a tradução, tanto linguística como a intercultural.

Enfrentam ainda barreiras culturais, uma vez que a forma de ser, viver e ver o mundo é diferente. A ausências de estruturas de apoio às mulheres vítimas de violências em comunidades indígenas não possui assistências, tem que se deslocar para zona urbana km, em busca de uma resolução de conflito que muitas das vezes não são atendidas pela a magnitude de conflitos.

Diante é valido ressaltar sobre a ausência de políticas públicas em área indígenas com informações da lei em suas línguas, sobre esses fatores, entende-se que o Estado trabalha de forma ineficiente. Pondera citar também sobre a interferência de alguma política pública que possa influenciar na diminuição do abuso de bebidas alcoólicas em território indígenas, é umas das problemáticas que mais se influi em fatores de ordem social. Também é de ser refletir o afastamento do atual governo sob as políticas indígenas, com a ineficiência do Estado os povos indígenas declaram que não sentem de seguro da forma com o próprio ente se legisla a eles.

Das mesmas formas as mulheres que nem mesmo possui uma dignidade acesso a informações, no que se reflete a esta citação: Porque a mulher indígena vai fazer uma denúncia lá na delegacia ou lá no fórum, fala que a cultura não permite, a nossa cultura é diferente do que do que branco. Então a lei existe pra mulher, toda mulher tem Direito, mas o que mais fica forte aldeia é a cultura. A mulher pode ser violentada. Pode ser violentada sexualmente, fisicamente, mas a cultura é mais forte. (ZIMMERMANN, SERAGUZA; VIANA, 2015, p. 115).

Compreender e encontrar o desrespeito ao direito humano da mulher é algo que no contexto indígena merece algumas considerações, uma vez que está voltada a uma situação peculiar de organização social. Mesmo diante da proteção lei Maria da Penha é de se perceber a inaplicabilidade desta legislação em suas comunidades. Na definição de Boaventura Souza Santos. Num mundo de hibridações jurídicas onde, consoante as situações e os contextos, os cidadãos e os grupos sociais organizam as suas experiências segundo o direito oficial estatal global, e, na

maioria dos casos, segundo complexas combinações entre estas diferentes ordens jurídicas (2003, p. 49-50).

Por mais que a lei e a garantia de proteção à mulher estejam postas, ainda há uma grande dificuldade de aplicar a Lei Maria da Penha nas aldeias, por conta a imperceptível, por parte das ocorrências de violência existentes nas comunidades e de fato, são a realidades das aldeias, por serem muito diferentes daquela pensada para aplicar a referida Lei, correlacionando isto ao choque cultural e a divergência com a dita lei dos brancos.

Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) define que a violência doméstica contra a mulher é crime e aponta as formas de evitar, enfrentar e punir a agressão. Também indica a responsabilidade que cada órgão público tem para ajudar a mulher que está sofrendo a violência.

A mesma aduz no seu artigo 2º o seguinte:

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006).

Em formalidade da lei Maria da Penha portaria ser expressa de maneira mais ampla sem anular seus efeitos aos meios sociais da aldeia, assim é de se analisar questionamentos sobre a devida lei e a inclusão social foi neutralizada pelo valor negativo atribuído pela condição da diferença de cor, raça, sexo e classe, entre tantas outras diferenças, e marcou a sociedade brasileira durante séculos, o que resultou em uma sociedade hierarquizada, onde os vários segmentos das sociedades de massa não têm acesso nem a direitos nem a deveres como a grande maioria dos incluídos (BANDEIRA & BATISTA, 2002).

Oportunamente evidenciar que essas mulheres são excluídas do sistema, e até hoje nunca obtiveram uma assecuração de estudo e proteção. Deste modo, e de se evidenciar que a violência doméstica e intrafamiliar praticada em desfavor de mulheres indígenas é algo que necessita de uma linha de pesquisas específica, que cobra uma certa vivencia na comunidade, pois apenas com relatos das próprias índias é que podemos recepcionar a ideia de que realmente esse tipo de violência acontece nesse meio social. Até porque é um acontecimento um tanto quanto invisível.

A lei foi feita sob ótica da Estratificação social que é um conceito sociológico utilizado para classificar os indivíduos ou grupos a partir da análise das condições socioeconômicas. Concluindo que estratificação social serve também como base para entender a configuração da sociedade em hierarquias e na formação das desigualdades sociais.

4.4 DA INEFICÁCIA DA LEI 11.340/2006

Conforme a visão histórica e etnográfica que se leva em conta sobre as relações sociais que permeiam os universos das mulheres brancas e indígenas com as demais esferas da vida e sua forma de organização que o direito não se aplica de forma igualitária e justa pra determinados grupos de mulheres.

Entende-se que aplicabilidade da lei exposta não atinge a classe vulnerável e as minorias. Assim deve se analisar que a Lei 11.340/2006 se abrange dentro de uma sociedade específica e urbanizada às mulheres brancas que são privilegiadas pelo contexto social, já as nativas, entretanto, sofrem com a distância dos serviços públicos e com o precário acesso à informação. Quando a gente fala de política de enfrentamento da violência, a gente não tem uma mulher universal. A gente tem dificuldade de lidar com os vários perfis de mulheres em suas várias realidades diferentes. E quando se fala de mulheres indígenas a diversidade é ainda maior. Desta forma é um debate social, de diversos desafios sobre aplicação da lei e os direitos das mulheres na sociedade nacional. E tem com o objetivo é verificar como as mulheres são reposicionadas nessa situação de gênero por meio do acesso às leis que o as protegem.

É laborioso conceituar os povos indígenas brasileiros, com aproximadamente 305 comunidades e 274 línguas diferentes, desta forma registre que não há forma ineficiente de integrar a Lei Maria da Penha, devido às diversificações da língua indígenas e tribos ainda não tem conhecimento ao português, diante disso não somente a LEI 11.340/2006, não é eficiente às mulheres indígenas, como outras também não abrangem aos seus povos.

Em solução o Estado deve fazer o estudo antropológico para que a legislação seja aplicada de forma justa com a resolução destes conflitos. Deve-se ter conhecimento sob a organização deste povo e dar mais segurança a eles, pois os povos indígenas não sentem seguros com a posição do próprio Estado.

4. 5 INEFICIÊNCIA DA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR ÀS MULHERES INDÍGENAS

Á princípio se percebe que a mulher indígena não é beneficiada de forma equiparada a outras mulheres. Percebe-se que às nativas não tem o conhecimento geral e nem a condução correta da justiça. Desta forma é visto a impotência de atendimento da equipe multidisciplinar nas aldeias indígenas, nulo, às mulheres que sofre violência em suas comunidades não tem o apoio emocional da equipe qualificada.

Conforme a lei garante a inclusão da mulher que sofre violência doméstica e familiar em programas de assistência promovidos pelo governo, atendimento médico, serviços que promovam sua capacitação, geração de trabalho, emprego e renda e, caso a mulher precise se afastar do trabalho por causa da violência, ela não poderá ser demitida pelo período de até seis meses.

Aqui se presume refletir que há conflitos de competência em assistência à saúde indígenas, portanto é perceptível que o índio tem seu próprio sistema. A União, em conjunto com o órgão responsável pela a saúde indígenas é a SESAI, que também é ineficiente na abordagem exposta.

Ante o exposto, é de se perceber que a medidas das equipes multidisciplinares é ineficiente às nativas. Conforme ainda é de se perceber que os julgados indígenas são redigidos com diversos conflitos de competências, ainda há despreparação de ponderar o estudo desse povo.

Diante disso é assegurado às indígenas e ao seu povo uma SAÚDE mais eficaz, sem distinção de raças. Assim, por seguinte é um deve se relacionar medidas cabíveis, eficazes e dignas às mulheres indígenas que sofrem violência doméstica.

Portanto é de concluir que a demanda de assistência das aldeias com os psicólogos e políticas públicas são escassos, assim deve se reforçar da importância do cuidado multidisciplinar, de forma a atender as demandas da vítima de maneira íntegra. Ademais, a falta de articulação entre os serviços e entre os profissionais, a inadequação de estrutura física e a dificuldade de busca de uma rede de apoio são às dificuldades encontradas pelas vítimas de violência doméstica, assim como, a falta de um protocolo e a vitimização. O despreparo acerca da temática devido das lacunas e na formação do profissional de saúde e processos de qualificação incipiente, acarretam consequências negativas, como abordagem inadequada e práticas preconceituosas, fragilizando ainda mais a mulher indígena.

Salvo salientar da importância de acolhimento as vítimas mulheres indígenas que percorre os meus impactos e sequelas deixado pela a violência doméstica. Referente os omissos dados de casos em favores dos povos indígenas que necessitas de atendimento médico adequado independente da sua territorialidade. Portanto o Estado deve proporcionar diligências que respeite a identidade cultural e étnica, o idioma e as características particulares das mulheres indígenas promovendo tradutores de línguas em acordo com sua cultura e uma equipe humanizada multidisciplinar eficaz para contar diante desse processo.

4.6 DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. INAPLICABILIDADE E INEFICIÊNCIA

Previstas na Lei Maria da Penha, as medidas protetivas têm o propósito de assegurar que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, idade, religião ou nível educacional, tenha direito a uma vida sem violência, com a preservação de sua saúde física, mental e patrimonial. São mecanismos criados pela lei para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar.

Com a Lei Maria da Penha, o juiz e a autoridade policial (em situações especificadas previstas em lei) passaram a ter poderes para conceder as medidas protetivas de urgência. Algumas dessas medidas são voltadas à pessoa que pratica a violência, como por exemplo: afastamento do lar, proibição de chegar perto da vítima ou de frequentar determinados locais e Suspensão de porte de armas.

Configura enaltecer que homem nativo é composto em uma sociedade diversa a que a lei citada faz jus. Os mesmos possuem vários tipos de armamento para sua caça e sobrevivência. Diante disso deixa um perfil mais ameaçador as mulheres que convivem sob reflexo de violência.

Conseqüentemente se entende que as mediadas não são aplicáveis aos povos indígenas que se coabita em coletividade assim ressalta que a ineficácia da lei é marcada pelo choque de cultura, e ausências da informação sobre a lei sob a relação multicultural em que seus povos vivem comunidade.

Diante é válido avaliar que esse povo precisa de estudos para que a lei aplicada da melhor forma, sem ferir a cultura e a própria justiça. Até de alguma forma a medida protetiva não é totalmente eficaz no contexto urbano imagina em um contexto da área indígena.

5 A COMPLEXIDADE É A IMPORTÂNCIA DE SE INSERIR AS AÇÕES AFIRMATIVAS ÀS MULHERES INDÍGENAS E A SUA CLASSE MINORITÁRIA

Pondera refletir que a ações afirmativas tem um poder social de democratização inserir a classe minoritária em paridade, assim, é de ressaltar como a política de cotas foi inserida no corpo social, da mesma maneira, às entidades de órgãos indigenistas e estado deverão influenciar em políticas antidiscriminatórias, diante disso, deve desenvolver uma linha de ação específica voltada para a proteção e promoção dos direitos das mulheres indígenas no contexto das políticas públicas.

É sem dúvida uma questão complexa, que se complica ainda mais quando inserida no debate envolvendo noções como "direitos individuais" e "direitos coletivos"; ou "direitos universais" e "direitos culturais". Trata-se de uma questão que deve ser tratada com os cuidados necessários às mulheres indígenas, direitos e políticas públicas se tornar mais uma forma de ingerência sociocultural e política nessas sociedades.

Expressa Rita Laura Segato (2003), que assessorou todo o processo de preparação, implementação e avaliação da Oficina de Capacitação e Discussão sobre Direitos Humanos, Gênero e Políticas Públicas para Mulheres Indígenas, realizada em Brasília, no período de 4 a 9 de novembro de 2002, observa:

O direito das mulheres dos povos indígenas é, portanto, uma área de dificuldades múltiplas. Depois de iniciado o período de contato intenso com a sociedade nacional, a mulher indígena padece todos os problemas e desvantagens da mulher brasileira, mais um: o mandato inapelável e inegociável de lealdade ao povo a que pertence, pelo caráter vulnerável desse povo. Se elas reclamam seus direitos baseados na ordem individualista, elas parecem ameaçar a permanência dos direitos coletivos nos quais se assenta o direito comunitário à terra e à divisão do trabalho tradicional na unidade doméstica como base da sobrevivência. Isso torna frágil a sua vontade e legitimidade na reclamação de direitos individuais, que são, por definição e natureza, "universais", e cujos pleitos dirigem-se aos foros de direito estatal e de direito internacional, ultrapassando a jurisprudência tradicional do grupo étnico (Idem, p. 31).

Concludente que as ações afirmativas se desempenham com o papel principal no combate à desigualdade social e às segregações. Elas permitem que pessoas de origens distintas alcancem espaços de influência no âmbito educacional, político, econômico, socioprofissional e cultural. Não

se trata de concessão de benefícios ou privilégios, mas da efetivação de direitos assegurados pela Constituição.

A princípio, pode parecer que essas ações são vantajosas somente para os indivíduos que, por meio delas, alcançam novos espaços. Todavia, as instituições e a sociedade também saem fortalecidas desse processo.

Assim se permite que pessoas com origens e vivências distintas participem da construção do conhecimento acadêmico, da formulação e operação das leis, das funções de Estado, da associação política, das diversas posições, significa construir o caminho para que o perfil demográfico da sociedade seja representado em todas as suas atividades produtivas e decisórias e que essas sejam consideradas legítimas perante a população como um todo.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho se faz análises sobre a ineficácia da Lei Maria da Penha 11.340/2006 em comunidades indígenas, assim foram apresentados os fatores negativos em que a mulher indígena é vista na sociedade de forma desprezível, expressando às diversas e sucessivas discriminação histórica que propuseram diversos resultados de violações de direitos humanos em seu âmbito de vida, como os seus direitos civis e políticos, o direito a justiça, até os direitos econômicos, sociais e culturais e direito de viver sem violência.

Além do mais, o proposto artigo tem como objetivo de buscar por uma lei mais democratizada em acesso às mulheres indígenas e investidura de políticas públicas, sem com a necessidade especial a proteção de mulher indígenas. Se apresentar e refletir sobre a luta das mulheres indígenas frente ao preconceito enraizado na sociedade, visando contemplar a luta de democratizar a lei Maria da Penha no âmbito de comunidades indígenas com o estudo mais amplo da legislação vigente no direito brasileiro no que tange à proteção dessas mulheres de presença histórica tão resistente e significativa.

Portanto tivemos vertentes conclusivas que a determinada lei para a população indígena não foram alcançados de forma plena, deixando diversas lacunas, entre elas a falta de registro legal que considere as particularidades e as diversidades das mulheres indígenas, uma vez que, mediante uma breve análise de aspectos culturais, ficam evidentes as falhas do Estado no que diz respeito à proteção dessas mulheres.

Como pudemos entender, a questão cultural se perfaz em um sistema delimitado de convívio dos indígenas, sendo inapropriada a interferência direta da norma sem que a própria indígena vítima da violência doméstica. É preciso destacar ainda que o direito à cultura não deve sobrepor a norma, mas esta deve se adequar ao contexto cultural para não interferir e desautorizar as convenções já instituídas pelo direito dos indígenas de se auto determina.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. **As Mulheres Indígenas e Seus Direitos Humanos nas Américas (2017), da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)**. Disponível em: URL. <http://cidh.org/MulheresIndigenas/Brochure-MujeresIndigenas-pt.pdf>. Acesso em: 27, junho e 2022.

FACCIONI, Eloi Francisco Zatti. **O tratamento jurídico-penal do indígena em face do direito fundamental à diversidade cultural**. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Temas aprofundados Ministério Público Federal. 2º Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 379-402

FERNANDA RIBEIRO, Maira,. **Mulheres indígenas e a Lei Maria da Penha, Longas distâncias e idioma dificultam acesso à denúncia e a direitos entre mulheres indígenas**. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/Comportamento/noticia/2020/03/mulheres-indigenas-e-lei-maria-da-penha.html>. Acesso em: 04, abril e 2022.

LOPES, Ana Maria D Ávila. **A contribuição da teoria do multiculturalismo para a defesa dos direitos fundamentais dos indígenas brasileiros**. Disponível em <www.publicadireito.com.br> Acesso em 10 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Discurso da representante da ONU Mulheres Brasil, Anastasia Divinskaya, na audiência pública “Violações e violências contra as mulheres indígenas no Brasil”**. Brasília – 9 de setembro de 2021, Câmara dos Deputados – Comissão de Direitos Humanos e Minorias e Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher.

RIBEIRO, Maira. **Pra gente não funciona: Mulheres indígenas e a Lei Maria da Penha**. Por Az Mina, Ago 2, 2021. Disponível em: URL. <https://www.casaum.org/pragente-nao-funciona-mulheres-indigenas-e-a-lei-maria-da-penha/>? Acesso em: 04, abril e 2022.

VEDRUM. Ricardo. **Mulheres indígenas, direitos e políticas públicas**. Disponível: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/mulheres_indigenas_direitos_pol_publicas.pdf. Acesso 24 out. 2022.

MULTICULTURALISMO E NOVOS DIREITOS

MARIA CRISTINA ALMEIDA PINHEIRO DE LEMOS:

Graduada em Direito, Pós graduada e mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo -Fadisp

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo conceituar, suscitar e debater a respeito da diversidade cultural, à luz do direito e suas novas formas de atendimento às demandas que surgem do chamado Multiculturalismo, partindo do exame das reverberações dessa coexistência de expressões culturais plurais, dentro de uma mesma atmosfera jurídica, sem que isso se torne um fator de conflito social. Para tanto, aborda-se o surgimento dos Novos Direitos como reverberação jurídica mais expressiva do Multiculturalismo, os quais vem como resposta objetiva, normativa e eficaz às exigências de uma sociedade pautada na diversidade e inserida em um sistema democrático de direito.

PALAVRAS CHAVE: Multiculturalismo – Reverberações – Diversidade – Diferenças – Novos Direitos – Exemplificações – Neurodireitos – Bioética – Proteção de Dados.

ABSTRACT: This scientific article aims to conceptualize and raise the debate about cultural diversity, in the light of Law and its new ways of meeting the demands that arise from the so-called Multiculturalism, starting from the examination of the reverberations of this coexistence of plural cultural expressions within the same legal atmosphere without this becoming a factor of social conflict. Therefore, the emergence of New Rights as the most expressive legal reverberation of Multiculturalism is approached, which comes as an objective, normative and effective response to the demands of a society based on diversity inserted in a democratic state of law.

KEYWORDS: Multiculturalism – Reverberations – Diversity – Differences – New Rights – Examples – Neurorights – Bioethics – Data Protection.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 MULTICULTURALISMO. 2.1 Reverberações do Multiculturalismo. 3 NOVOS DIREITOS. 3.1 Exemplificações dos Novos Direitos. 4 CONCLUSÃO. 6 BIBLIOGRAFIA.

O Pluralismo Cultural, assim denominado Multiculturalismo, presente numa região, cidade ou país dá ensejo a novas formas de coexistência que não devem passar despercebidas pelo Direito, a fim de se garantir por intermédio de uma constante renovação jurídica a primazia dos princípios de um Estado Democrático.

1.INTRODUÇÃO

A fim de moldar alicerces para a trajetória de Mestrado que se inicia, apresenta-se à Faculdade Autônoma De Direito De São Paulo este artigo científico, com o objetivo de enriquecer os valiosos debates acadêmicos a respeito da diversidade cultural e necessidade de normatização que desta se erige.

A diversidade individual é uma constante social desde os primórdios da humanidade, a partir do momento em que o conceito humano encerra por si a ideia de que não existe um indivíduo igual ao outro.

Todavia, enquanto grupo social coabitante de um território limitado (país, estado, cidade, por exemplo), é, tão somente, a partir do Estado Contemporâneo que se vislumbra uma diversidade cultural.

Isto é, no âmbito do Estado Antigo vislumbrava-se uma sociedade culturalmente homogênea, cultivando naquele território um conjunto de crenças, costumes e religião idênticos, de modo que para se observar diferentes formas e meios de vida, ter-se-ia que atravessar fronteiras territoriais muito extensas.

Sob este prisma, na Antiguidade, sempre que uma cultura diversificada ousava adentrar aquele território era de pronto rechaçada. Grandes guerras eclodiram dos choques culturais. A coexistência harmoniosa da diversidade cultural tem como quesito prístino a existência de uma democracia e constitucionalismo, que existe, tão somente, desde o surgimento do Estado Moderno (MAMED, 2015).

“A democracia ainda é a fomentadora das discussões, pois permite o acontecimento de debates e questionamentos. E refletir, de bater e discutir sobre a questão do multiculturalismo, compreendendo a importância da diversidade cultural presente nas sociedades contemporâneas, é um ato de extrema urgência no cenário da modernidade. É justamente a partir do questionamento da democracia pelo multiculturalismo que nasce a necessidade de se reconhecer a diversidade cultural que constitui o espaço público de uma sociedade. Ou seja, a necessidade de reconhecimento da diversidade cultural pelas instituições públicas das sociedades contemporâneas. Logo, a diferença é essencial, dentro do multiculturalismo, para a definição da democracia como um espaço genuinamente heterogêneo” (ARBOS, 2010).

A etimologia da palavra cultura desvela um significado para além de mero arcabouço de costumes, isto porque traz consigo a mesma raiz da palavra “cultivo”. Assim, tal qual o arado na agricultura, o conjunto de sementes e ferramentas cognitivas, artísticas e religiosas *cultiva* em determinado povo sua própria identidade.

Desta feita, o cultivo de tão diversas sementes e espécies de expressões sociais encontram solo fértil, por consectário lógico, em um Sistema Democrático de Direito capaz de responder normativamente, por intermédio dos Novos Direitos, às necessidades das múltiplas diversidades culturais.

A partir dessa visão, busca-se averiguar quais as origens, elos e justificativas desses dois conceitos tão intrínsecos, frutos da evolução social rumo à convivência entre as mais variadas formas do existir humano.

Cedição é que desde a superação da Antiguidade, esse Existir Humano começa a aventurar-se em ideais que ultrapassam a mera sobrevivência, onde a individualidade que naturalmente carrega em si a diferença, calava-se diante de uma cultura autoritariamente una, para vislumbrar uma exaltação das diferenças.

Assim, considerando o nodo central do cognitivo vanguardista de que a sociedade enquanto ente tem como rosa dos ventos o Multiculturalismo, conclui-se que os Novos Direitos vem como resposta inteligente do Estado em atendimento, ao invés de uma diversidade de matizes culturais, a qual – *quanto não reprimida e, sim, qualificada por intermédio de normas bem ajustadas* – tem a enriquecer o ordenamento social como um todo.

2. MULTICULTURALISMO

Multiculturalismo trata-se de um termo polissêmico, passível de significação sob o prisma da educação, religião, antropologia, sociologia, filosofia, economia, política, artes, literatura, história, ciência, etc.

À luz do Direito, o multiculturalismo está intimamente ligado à quintessência de um Sistema Democrático, que defende a interdisciplinaridade dos mais diferentes matizes culturais existentes nas sociedades. Ele visa ao desenvolvimento humano e a justiça e à diversidade (UNESCO, 2002).

O eixo lógico do multiculturalismo não poderia ser outro, senão a diferença. Muito embora tal eixo seja intrínseco à própria condição humana, tem-se nos conflitos socioculturais, religiosos e até mesmo econômicos, fatos geradores de grandes guerras, razão pela qual após a II Guerra Mundial foi editada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tendo como bandeira basilar o ecletismo:

“A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades,

e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.” (ONU, 1948).

Não por acaso, a referida Declaração adveio após à teratologia estampada nos motores da referida Grande Guerra. Em consonância, após o período ditatorial, adveio no ordenamento jurídico brasileiro a festejada Constituição Federal de 1988, alicerçada nos Direitos Humanos.

Com o estopim da democracia, ampliou-se o leque da dimensão político/cidadã com suas múltiplas possibilidades de expressão, desenvolvimento e ação. Com efeito, o exercício estatal passou a pautar-se justamente nos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (BRASIL, 1988).

Deste modo, oficializou-se o ideal de respeito às particularidades, arquitetando-se meios políticos para a adaptação entre os taninos da diversidade e as notas do direito individual. Dessa forma, sem perder de vista os Direitos Individuais, situa-se a institucionalização constitucional do multiculturalismo no respeito à alteridade.

Então, erigiu-se com a Carta Magna de 1988, um marco histórico pela tolerância. Esta, por sua vez, passo prístino para os mais almejados Direitos Constitucionais, a igualdade e liberdade.

2.1 Reverberações do Multiculturalismo

À primeira vista, o principal efeito do multiculturalismo seria o reconhecimento das diferenças enquanto característica fundamental e natural para a construção e manutenção do arcabouço e da identidade social.

A normalização de um determinado comportamento e/ou grupo e a desmoralização daquilo que destoa do primeiro, com o advento do multiculturalismo passa a ser tomado como fator de atraso à evolução humana.

Isto é, o multiculturalismo não apenas reconhece, mas posiciona a diversidade como constante dentro de um organismo social como um todo e não mais como exceção a ser isolada. Há, a partir de seu reconhecimento, uma necessária valorização da diversidade.

Com efeito, o reconhecimento das diferenças, traz consigo motivação factual à aceitação do organismo social enquanto ente heterogêneo, por força da pungência que a manifestação da própria identidade traz:

“A ideia de movimento, de articulação de diferenças, de emergência de configurações culturais baseadas em contribuições de experiências e de histórias distintas tem levado a explorar as possibilidades emancipatórias do multiculturalismo, alimentando os debates e iniciativas sobre novas

definições de direitos, de identidades, de justiça e de cidadania. (SANTOS; NUNES, 2003).

Inconveniente em sistemas de governo autoritaristas, o multiculturalismo ganha espaço em democracias à medida que se sedimenta não como respingos de uma doutrina anárquica, onde a diversidade coexiste na contramão do direito individual e coletivo. Pelo contrário:

“O multiculturalismo não é nem uma fragmentação sem limites do espaço cultural, nem um *melting pot* cultural mundial: procura combinar a diversidade das experiências culturais com a produção e a difusão de massa dos bens culturais” (TOURAINÉ, 1998).

Seja de forma inicial ou avançada, institucionalizada ou não, o fator multicultural alcança de forma geral a todos os países fundamentados em um sistema democrático, numa população heterogênea e numa economia pós-industrial globalizada ou em vias de globalização. Como exemplo, no Canadá, México, Austrália e Brasil, as minorias discriminadas já reivindicam de maneira veemente reconhecimento e direitos (SEMPRINI, 1999).

Em decorrência da normalização da diversidade de culturas, surge a aproximação do ordenamento social como um todo às matizes práticas do Princípio da Igualdade, isto é *“todos são iguais perante a lei”* (BRASIL, 1988); mas, no contexto do multiculturalismo, “todos” não se trata apenas de uma maioria encaixada em determinado padrão cultural majoritário e sim do arcabouço social como um todo, abarcando em sua gama as diferentes formas culturais, as quais gozam dos mesmos direitos fundamentais.

A materialização da igualdade enseja o respeito às diferenças. Este é o degrau imprescindível para se alcançar a efetivação da igualdade, que, em seu sentido literal, é uma ilusão.

Aparentemente discrepantes os conceitos de diferença e igualdade, plausível é o questionamento de que talvez a primazia rígida da igualdade, uma garantia constitucional, não nivelaria a identidade tão peculiar de determinados grupos étnicos e suas expressões, perdendo-se aqui valioso patrimônio cultural e humano. Face ao questionamento, basta frisar-se que a igualdade da qual trata a Constituição Federal significa justamente *“tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”* (NERY JUNIOR, 1999).

3. NOVOS DIREITOS

Dando continuidade as reverberações do Multiculturalismo, tem-se que o atendimento jurídico às demandas desta não poderia ser outro senão os chamados Novos Direitos.

A necessária oxigenação do conceito de cidadania torna-se possível pela participação de uma diversidade de cidadãos, com suas demandas específicas e lutas que forçosamente rompem as barreiras do Direito meramente operacional e genérico.

A incessante busca por respostas específicas capazes de atender a uma sociedade plural, ao final, não beneficiarão apenas um grupo específico, mas abrirão caminho a uma cidadania universal (VIEIRA, 2001).

Com o reconhecimento do Multiculturalismo o conceito de cidadania ganha novos ares para comportar, para além do exercício de direitos já existentes, também as reivindicações de novos e diversos movimentos e grupos culturais específicos.

“A cidadania, no âmbito desse esforço coletivo, não pode mais ser vista como um conjunto de direitos formais, mas sim como um modo de incorporação de indivíduos e grupos no contexto social” (VIEIRA, 2001).

Dessa ampliação do conceito de cidadania surgiram os Novos Direitos oriundos das lutas por reconhecimento e inclusão, dando azo às mudanças no ordenamento jurídico, para que os projetos de lei se adaptem às novas conjunturas e necessidades, politizando exigências que antes não eram sequer reconhecidas.

Em análise mais que perfunctória da Histórica do Direito, depreende-se degraus de evolução ou dimensões, segundo alguns doutrinadores, a saber: a primeira dimensão, referente aos direitos civis e políticos, ligados às liberdades individuais; a segunda, que diz respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, à luz fundamentalmente do princípio da igualdade; a terceira, abrangendo os direitos metaindividuais, coletivos e difusos, referentes à solidariedade; a quarta dimensão, que diz respeito aos “novos direitos” referentes à biotecnologia, bioética e engenharia genética, conectados diretamente à questão da vida humana; e, a quinta dimensão, relativa aos “novos direitos” advindos da tecnologia da informação, ciberespaço e realidade virtuais (WOLKMER e LEITE, 2003).

Das mencionadas dimensões, afluem os Novos Direitos pré-existentes, tomando para si novos prismas e matizes.

3.1 Exemplificações de Novos Direitos

Sedimentado o cognitivo de que os Novos Direitos justificam-se pela necessidade de respostas hodiernas à heterogeneidade, importante analisar, de maneira técnica, as justificativas basilares de seu surgimento. Para alguns doutrinadores, a multiplicação das novas formas de se operar o direito surgem porquanto:

“a) aumentou a quantidade de considerados mercedores de tutela; b) estendeu-se a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do

homem; c) o homem não é mais concebido como ser genérico, abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente”. (BOBBIO, 2010).

De outra banda, alguns doutrinadores alicerçam-se – *quando no tratamento das origens da vanguarda jurídica em comento* – no aprofundamento e na afirmação histórica dos Direitos Humanos (COMPARATO, 2000).

Dessas diretrizes, como um dos exemplos dos Novos Direitos, temos os chamados Neurodireitos, os quais advém do direito fundamental à privacidade e visam à proteção do patrimônio neurológico do indivíduo, ou seja, suas faculdades mentais e acervo de dados metafísicos, sobre os quais o avanço tecnológico já torna iminente o acesso, manipulação e apropriação por intermédio das vindouras interfaces virtuais (SPERB *apud* YUSTE, 2020).

Nessa esteira, caminha também o Direito Genético e a Bioética, os quais carregam a missão de assegurar a dignidade da pessoa humana no que tange ao patrimônio genético de um indivíduo e de um povo, temática pertencente a discussões já avançadas no âmbito do direito Internacional, assim elucidadas:

“a) Limite à aplicação e utilização indevida de material genético humano (Equador) e garantia a identidade genética frente ao desenvolvimento, criação e uso das tecnologias e na experimentação científica (Portugal, Ucrânia), proteção à identidade genética (Grécia). b) Não a experimentos médicos ou científicos sem consentimento da pessoa (Armênia, Bielorrússia, Croácia, Chechenia, Egito, Eslovênia, Estônia, Fiji, Guatemala, Lituânia, Paraguai, Rússia, Argentina – Santa Fé, Polônia, África do Sul, Turquia, Venezuela, Zimbábue). Todas as pessoas serão protegidas das intervenções biomédicas (Grécia). c) Preservação da integridade do patrimônio genético do país (Brasil, Equador) e regulação da biossegurança dos organismos voluntariamente modificados (Equador). d) Proteção especial à reprodução humana (Nicarágua, Portugal, África do Sul), controle das novas práticas de reprodução (Projeto Constitucional de Quebec) e igualdade de todos os filhos inclusive dos procriados por assistência científica (Colômbia). e) Promoção do direito de investigar a paternidade (Bolívia, Costa Rica, Cuba, Espanha, El Salvador, Guatemala, Honduras, Itália, Panamá, Uganda, Venezuela) e reconhecimento do direito a identidade biológica (Venezuela), de origem (Argentina – Buenos Aires)” (ROSPIGLIOSI, 2003).

Recentemente, em um caso concreto que chamou a atenção nacionalmente, o STJ proibiu a implantação de embriões após morte de um dos cônjuges, ao fundamento de que a implantação

necessita de manifestação inequívoca, expressa e formal do cônjuge falecido, plasmando assim a normatização do Novo Direito que orbita a biogenética. (MIGALHAS, 2021).

Finalmente, traz-se à pauta a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), sancionada em 2018, implementando um importante e histórico marco legal que trouxe a total proteção aos dados das pessoas naturais, sobretudo dentro do volátil território digital.

A lei visa a proteção de dados intrínsecos à própria identidade humana, tais como o nome, telefone, localização, hábitos de consumo e navegação, etnia, digitais, crença religiosa, características físicas e de quaisquer outros elementos que identifiquem um indivíduo ou possibilitem a sua identificação.

Com sua entrada em vigor em 14 de agosto de 2021, todas as organizações públicas ou privadas do país já se encontram obrigadas à adoção de boas práticas no tratamento e proteção de dados, controlando os fatores de risco de seus desvios e manipulações viciosas (BRASIL, 2018).

Feitas tais considerações, vê-se uma pungente manifestação dos Novos Direitos, oriundas das novas conformações culturais advindas do pluralismo cultural e suas mais veementes manifestações e demandas.

4. CONCLUSÃO

Conclui-se que as múltiplas culturas inseridas dentro de uma só atmosfera jurídica não mais se tratam de exceções a serem forçosamente encaixadas em um sistema de crenças majoritário, mas, sim, naturalizadas por uma aceitação do conceito de diversidade enquanto elemento catalizador da evolução social.

Superados períodos históricos mais arcaicos, a vanguarda de um sistema democrático de direito ultrapassa a concepção meramente operacional outrora atribuída ao indivíduo em regimes ditatoriais e/ou exacerbadamente industriais. Relevante é, neste ponto, a Filosofia:

“Age de tal modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa dos outros, sempre e ao mesmo tempo, como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 1785).

Deste modo, a preocupação hodierna em se tratar o ser humano e sua pristina característica – *a diferença* – como constante necessária ao bom deslinde social, político e científico, encontrando formas factuais – *os Novos Direitos* – de se responder às válidas demandas que emanam da evolução natural dos diversos matizes sociais traduz-se em importantíssimo passo dado pelo Ordenamento Jurídico.

5. BIBLIOGRAFIA

ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais.** Prismas., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 7, n. 1, p. 57-58, jan./jun. 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília, Presidência da República, Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1988. Disponível em: . Acesso em: 16 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** Brasília, Presidência da República, Casa Civil - Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2018. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 17 de outubro de 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2.ed. rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. WOLKMER, Antonio Carlos. **Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas.** Editora Saraiva: São Paulo, 2003.

MAMED, Danielle de Ouro. **La modernidad y la mercantilización de la naturaleza: buscando nuevos caminos frente a la crisis socioambiental.** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales, v. 1, p. 101-120, 2015.

MIGALHAS, Redação. **STJ proíbe implantação de embriões após morte de um dos cônjuges,** 2021. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges> > acesso em 17 out 2021.

NERY JÚNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em: < <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> > acesso em 16 out 2021.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **La bioética y el derecho genético em el derecho constitucional comparado: elementos básicos del derecho constitucional que deben tomarse em cuenta e uma futura normatividade.** Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 4, n.15, jul/set. 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. **Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade.** In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.).

Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3).

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo.** Tradução: Laureano Pelegrin. Bauru, SP: Edusc, 1999.

SPERB, Paula. **Os neurodireitos são os novos direitos humanos,** 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2020/08/os-neurodireitos-sao-os-novos-direitos-humanos.shtml>> acesso em 17 out 2021.

TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?** Lisboa: Instituto Piaget, 1997. Igualdade e diversidade: o sujeito democrático. Tradução: Modesto Florenzano. Bauru, SP: Edusc, 1998.

UNESCO. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural,** 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>,> acesso em 16 out 2021.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

AMPARO POLÍTICO E JURÍDICO BRASILEIRO COM OS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO MUNICÍPIO DE PALMAS – TO

GABRIELLE OLIVEIRA PAIVA:

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

LÍVIA HELENA TONELLA³⁵

RESUMO: O presente trabalho teve como principal objetivo analisar a existência de leis que amparam os imigrantes venezuelanos no município de Palmas, e qual a extensão da garantia desses direitos. O número de imigrantes venezuelanos tem aumentado consideravelmente, tendo em vista as inúmeras crises que acometem a Venezuela, assim como o descumprimento dos Direitos Humanos em tal país. Ressaltamos que o foco do estudo foi a extensão das leis e tratados que garantem os direitos e deveres do venezuelano em território brasileiro, bem como sua execução. Abordamos também a questão histórica da Venezuela, e as leis existentes que vêm sendo aprimoradas com o passar dos anos. A metodologia empregada consiste em uma pesquisa bibliográfica com uma revisão das obras publicadas sendo abordados estudos de doutrinadores, matérias constitucionais e outras revisões já existentes, tendo como base o Google Acadêmico. Concluímos que as leis existentes em Palmas necessitam de uma melhor efetividade de execução, tendo em vista ainda encontrarmos muitos moradores de rua em situações precárias. Obstante, notamos a existência de leis que garantem aos venezuelanos direitos e deveres como um cidadão brasileiro, tendo suporte na área da saúde e demais áreas que garantam a plena sobrevivência dos mesmos.

Palavras-chave: Brasil, Estado do Tocantins, Imigrantes venezuelanos, Lei de imigração, Direitos humanos.

ABSTRACT: The present work aimed to analyze the existence of laws that support Venezuelan immigrants in the municipality of Palmas, and what is the extent of guarantee of these rights. The number of Venezuelan immigrants has increased considerably, in view of the numerous crises that affect Venezuela, as well as non-compliance with human rights in such a country. We emphasize that the focus of the study was the extension of laws and treaties that guarantee the rights and duties of the Venezuelan in Brazilian territory, as well as their execution. We also address the historical issue of Venezuela, and the existing laws that have been improved over the years. The methodology employed consists of a bibliographic research with a review of the published works and studies of indoctrinators, constitutional subjects and other existing revisions are addressed, based on Google Academic. We conclude that the laws on Palmas need better execution effectiveness, as we still find many homeless people in precarious situations. However, we note the

35 Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil (2021). Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

existence of laws that guarantee Venezuelans rights and duties as a Brazilian citizen, having support in the area of health and other areas that guarantee their full survival.

Keywords: Brazil, State of Tocantins, Venezuelan immigrants, Immigration Law, Human Rights.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar quais são os mecanismos que o sistema político e jurídico brasileiro tem para com os imigrantes com ênfase nos venezuelanos. Para isso será feito um breve histórico político econômico da Venezuela nos últimos anos, analisando o atual contexto do país, a fim de entender o porquê os venezuelanos pedem refúgio ao Brasil e também como era a vida dos refugiados na Venezuela e agora no Brasil.

A Venezuela tem passado por inúmeras crises decorrentes da transição governamental de Nicolás Maduro e Hugo Chávez, aonde os índices inflacionários chegam a ultrapassar 800% ao ano. Marcados por grandes instabilidades e associadas a um forte autoritarismo, população infeliz, falta de produtos básicos para sobrevivência, altíssima taxa de desemprego e miséria a Venezuela sob o governo de Maduro sofreu um grande colapso econômico e social. Por meio de protestos, muitas vezes violentos, a população se manifesta contra o atual presidente, que acabou por se reeleger, sendo acusado por outros países como Brasil, México e Estados Unidos de totalitarismo. Porém, a crise venezuelana não é recente, nos últimos anos, os venezuelanos, perderam devido à fome, em média 11 quilos por pessoa. De tal forma, a violência toma de conta de algumas cidades e o êxodo em proporções elevadas acontece. O PIB do país diminuiu 37% entre 2013 e 2017.

Grande parte dos refugiados fogem de seus países em decorrência de guerras civis, regimes repressivos, instabilidades políticas e violação dos direitos humanos, e como isso acaba perdurando por décadas, os refugiados buscam meios e estratégias para reestabelecerem suas vidas, reconstruídos relações sociais, e laços afetivos nos países escolhidos, o que dificulta seu regresso à sua terra natal.

Atualmente no Brasil são cerca de 325000 refugiados, conforme levantamento feito de janeiro de 2017 a março de 2022. Como existe uma falta de interesse político em proceder-se à interiorização dessas pessoas, as cidades tendem a receber concentrações de refugiados venezuelanos, o que ocasiona um aumento da miserabilidade, aumento da demanda por atendimentos nas unidades de saúde, aumentos das taxas de desemprego.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura o direito de ir e vir, e também o direito ao asilo, porém não deu ênfase no refugiado. Porém, podemos dizer que os direitos humanos e os direitos dos refugiados relacionam-se, tendo em vista que universalmente os direitos são semelhantes a ambos. Como exemplo desses direitos podemos citar, proteção contra tratamento cruel ou tortura, direito à nacionalidade, direito a vida, direito de ir e vir, direito de voltar ao país de origem bem como de não ser forçado também a voltar ao país que fugiu por perseguição, o que é o caso de muitos venezuelanos, que fugiram de seus países pelos motivos já citados acima.

Desta forma, devemos pensar e analisar quanto aos mecanismos que o sistema político e jurídico brasileiro, com ênfase no município de Palmas - TO tem para com os imigrantes venezuelanos. Buscar sobre as leis nacionais e internacionais de proteção das garantias e direitos para com estes imigrantes. Bem como também, analisar se estas leis estão sendo aplicadas corretamente trazendo amparo legal, ao saber como age o ordenamento jurídico e quais as posições e decisões tem tomado o sistema jurídico diante de uma situação que envolva um refugiado. Levantando a seguinte questão: "O Brasil possui amparo político e jurídico com os imigrantes venezuelanos?".

Devemos analisar e discutir a eficácia e aplicabilidade da nova lei, principalmente devido a nova crise na Venezuela, e também sobre os novos conceitos e regras aos imigrantes que agora passam a ser vistos não mais como uma ameaça e sim como um sujeito de direito que necessita de amparo, compreensão e acolhimento.

Abordaremos também a lei 9.474/97, que trata sobre aspectos caracterizadores do refúgio e sobre a criação do CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados), que é um órgão responsável pelo processo de pedido de refúgio e análise documental dos refugiados, que conta com milhares de solicitações.

O presente trabalho será realizado após um levantamento bibliográfico, que consiste na revisão de obras publicadas de caráter teórico, onde abordaremos estudos de doutrinadores, jurisprudências e matérias constitucionais, leis e afins, que analisam a situação do imigrante na seara do direito.

No primeiro capítulo trataremos sobre o Histórico do Fluxo Migratório, para adentrarmos e conhecermos o assunto. O segundo capítulo tratará dos Tratados Internacionais, onde analisaremos o panorama mundial no tocante aos imigrantes. O terceiro capítulo aborda as Leis Brasileiras da Imigração no Brasil, e o quarto capítulo sobre as Políticas Públicas de Palmas, restringindo dessa forma o tema ao objetivo proposto.

2. HISTÓRICO DO FLUXO MIGRATÓRIO

De início, é imprescindível para uma melhor compreensão deste trabalho, diferenciarmos as terminologias utilizadas quanto aos processos migratórios: refugiados, migrantes e asilados políticos. Fica destacado que segundo a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados em 1984, o refugiado é todo aquele indivíduo que, em razão da violência, risco à sua vida, integridade física ou mental, segurança e liberdade, ou pela violação maciça aos Direitos Humanos, é forçado a fugir de seu país de origem (SOUZA e ALFAYA, 2022).

O asilo político é regulamentado pelo art. 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNICEF, 1948) e previsto no artigo 4º, inciso X da Constituição Federal de 1988, é concedido pelo Presidente da República a um indivíduo singular, que por perseguição política solicita asilo em seu novo destino, que pode ou não, após análise do Presidente, conceder ou revogar o pedido.

Por sua vez, o migrante é o indivíduo que está em trânsito, não possui nenhum dos motivos citados acima, sendo levado a sair de seu país em busca de oportunidades de emprego, situações sociais melhores, ou motivos meramente pessoais, ou seja, busca por melhores condições de vida em outro país que não o seu de origem (SOUZA e ALFAYA, 2022).

Para uma melhor compreensão dos fatos, devemos voltar à década de 1920, época em que segundo Martins (2017), devido às diversas reservas petrolíferas existentes na Venezuela ocorreu uma mudança no padrão energético mundial, o que favoreceu o salto econômico do país., já que possuía a maior concentração de reservas petrolíferas do mundo.

Dessa forma, Neves (2010) destaca que a economia venezuelana que antes era essencialmente agrícola tornou-se exportadora de petróleo e logo em 1926 o produto passou a assumir o primeiro lugar nas exportações do país, o que contribuiu para sua urbanização e em menos de 30 anos teve sua população duplicada e um papel ativo da burguesia na economia venezuelana.

Porém, em 1945 a Venezuela passava por um regime ditatorial que após um golpe de Estado em 1947 foi derrubado e realizada a primeira eleição direta para presidente do país (NEVES, 2010, p.44-45). Para Lamounier (2019), mesmo após a instituição das eleições diretas, o país continuou a sofrer instabilidades políticas, tendo sua era democrática somente consolidada após o ano de 1958, onde Rómulo Bittencourt assumiu o poder e pode cumprir integralmente seu mandato, após uma eleição livre e honesta.

A economia da Venezuela nas décadas de 60, 70 e 80 esteve intrinsecamente ligada com a oscilação do preço do petróleo no comércio mundial. Na década de 70 deu-se uma alta valorização do petróleo e da nacionalização do mesmo, o que ocasionou uma abundância de lucros para o país, embora problemas com déficit público e o aumento da dívida interna e externa ainda assolassem o país (CANO, 2002). Porém, não durou muito e nas décadas seguintes como o país dependia em mais de 80% do setor petrolífero, após a queda dos preços, a Venezuela começou a sofrer consequências devastadoras:

A comparação dos indicadores sociais do início e do final da década de 1980 expressam a gravidade da crise: a porcentagem da população abaixo da linha de pobreza nas áreas urbanas aumentou, entre 1980 e 1990, de 18% para 33%, quando agregado o setor rural, a situação é ainda pior: a população abaixo da linha de pobreza passou de 22% em 1981, para 34% em 1990, enquanto a população abaixo da linha de indigência passou de 7% para 12%; entre 1980 e 1990, o desemprego aberto sobe de 6% para 11%; o subemprego urbano, de 1989 a 1994, aumentou de 39% para 49%. Entre 1980 e 1990 o PIB caiu 6,8% e, com isso, a renda média por habitante, que em 1980 ainda era a quarta maior da América Latina (32% acima da média) caía para a sétima posição em 1990, ficando apenas 4% acima da média regional; e a informalização de 35,4% para 41,8%; o salário médio real em 1990 equivalia a 49,8% do de 1978.30 [...]. A taxa de delitos por mil habitantes/ano aumenta 70% entre 1979 e 1990, passando, de pouco mais

de 7 mil para quase 12 mil. Nos indicadores econômicos, podemos verificar fenômenos parecidos: a porcentagem do PIB gasto com investimento baixou para 0,6% nesse período, a inflação atingiu 84,5% ao mês e o aumento do câmbio privou a maioria da população de consumir os produtos importados: as importações em 1989 foram 45% menores do que as de 1980, inclusive alimentos, resultando na piora na disponibilidade nutricional do período, regredindo seu nível ao do início da década de 1970.[...] A produção industrial e agrícola venezuelana que já era muito baixa, houve retrações em diversas áreas: a mineração teve queda acumulada de 7,9% na década, em face da contração nos preços do petróleo. (NEVES, 2010, p.48-49)

Desta forma, com inúmeras crises políticas e econômicas a afetar o país nos anos seguintes, o líder da tentativa de golpe de 1992 coronel Hugo Chávez, venceu as eleições de 1998 com 56% dos votos válidos (LAMOUNIER, 2019). Segundo Martins (2017), suas principais propostas consistiam na criação de um modelo humanista e auto gestor, onde as necessidades humanas seriam priorizadas frente ao neoliberalismo e ao capitalismo. Por conseguinte, o combate a desnacionalização, pobreza e a promoção de uma democracia participativa foram prometidos pelo presidente.

Em 2002, Hugo Chávez, foi destituído do poder por 48 horas após um golpe civil-militar, após a demissão dos gestores do PDVSA (Petróleos de Venezuela S.A) onde os substituiu por pessoas de sua confiança e a aprovação dos decretos das leis de hidrocarbonetos, da terra e da pesca que visavam impulsionar o protagonismo popular. O governo provisório foi reconhecido pelos Estados Unidos e pela Espanha o que levantou suspeitas de que o golpe já era de conhecimento de ambos, com benesses para a política externa da Venezuela. (NEVES, 2010, p.67-68).

Após sua recondução ao poder, Hugo Chávez, colocou em prática o projeto de socialismo do século XXI, o qual trazia modificações na política externa e interna, lançando uma transição em 2004, para um novo socialismo que não cometesse os erros cometidos no passado (MARTINS, 2017).

O governo de Hugo Chávez deu-se de 1999 a 2013, e obteve aceitáveis índices de diminuição da desigualdade social, um aumento da participação política da população e a erradicação do analfabetismo. Porém, a economia do país continuou dependente da exportação de hidrocarbonetos, com um aumento da dependência de 80,9% para 96% (MARTINS, 2017).

Após a morte de Chávez em 5 de março de 2013, seu atual vice-presidente Nicolás Maduro, assumiu a presidência em 14 de abril do mesmo ano, em uma eleição conturbada e acirrada, com 50,61% dos votos, não sendo reconhecido por seu rival como vitorioso, o que exigiu uma recontagem dos votos, o que demonstrava a bipolaridade política instaurada no país. (LAMOUNIER, 2019).

Marcados por grandes instabilidades e associadas a um forte autoritarismo, população infeliz, falta de produtos básicos para sobrevivência, altíssima taxa de desemprego e miséria, a Venezuela sob o governo de Maduro sofreu um grande colapso econômico e social. Atualmente, a Venezuela acumula oito anos de recessão e permanece na miséria, possuindo o menor salário mínimo da América Latina, 3 dólares em média. Em agravamento à situação venezuelana, a dependência quase exclusiva de importações, aliada com grandes sanções internacionais e embargos, fez com que a inflação estourasse e a dívida pública alavancasse o que provocou a fome em massa da população, bem como o êxodo para países vizinhos (SOUZA e ALFAYA, 2022).

Como a Venezuela é um país assumidamente de extrema-esquerda e houve em seus países vizinhos um fortalecimento da extrema-direita, a falta de diálogo com os mesmos, ocasionou a criação do Grupo de Lima, um bloco político de oposição ao governo de Maduro, apoiando o líder anti-governista, Juan Guaidó, reconhecendo-o como presidente interino da Venezuela, favorecendo assim, um caos político. Em consonância a essa situação, a fome também enfrentada pela população em decorrência da sua perda de poder aquisitivo, altos índices inflacionários, desabastecimento, iniciou-se uma grande diáspora, onde em menos de três anos, mais de três milhões de venezuelanos deixaram o país, segundo dados da Organização das Nações Unidas – ONU (SOUZA e ALFAYA, 2022).

A produção de petróleo na Venezuela diminuiu fortemente devido a crise energética, falta de investimentos financeiros na área e de recursos para esse fim. Obstante a crise mencionada, e dificuldade em garantir subsistência à população, o governo venezuelano rejeitou auxílio da comunidade internacional, inclusive a ajuda humanitária oferecida pelo Brasil em 2018, chegando até a fechar os portões da fronteira com o Brasil, uma ordem direta do presidente Maduro, para evitar o êxito de tais ajudas. Tal medida não durou muito e três meses depois as fronteiras foram reabertas (CONARE, pp. 11-12, 2019).

Dessa forma, diante do exposto acima, da crise na Venezuela e do crescente aumento de imigrantes venezuelanos no Brasil, tal estudo mostra-se relevante para analisarmos os dados dessa imigração e também os direitos que estes adquirem ao chegar no Brasil, bem como seu devido cumprimento.

3. TRATADOS INTERNACIONAIS

O Brasil é conhecido por fazer parte de vários Tratados e Convenções Internacionais, no que diz respeito ao atendimento à estrangeiros com motivos políticos, étnicos, religiosos e socioculturais, sobressaindo motivos econômicos e a sobrevivência (OLIVEIRA E PAULETTI, 2020).

No ano de 1964, o Brasil enfrentou um golpe de estado, que deu início à ditadura militar, a qual durou 21 anos. Diante da dureza ditatorial, a perseguição política frente a emigração era enorme, o que impedia o desenvolvimento da política de proteção internacional, assim qualquer incentivo para a recepção de imigrantes era barrado pela instabilidade e o receio político.

Para Oliveira e Pauletti (2020), como o Brasil é um país jovem no sentido da abolição da escravidão, com apenas 134 anos, os migrantes eram vistos como inimigos territoriais ou mão de obra escrava e não necessitavam de nenhuma ajuda humanitária, tampouco serem tratados com

dignidade. De acordo com Oliveira e Pauletti (2020), os migrantes eram vistos como ameaça para a segurança e as fronteiras dos Estados, desde o princípio do século XXI, particularmente após o fim da Guerra Fria, o que tomou proporção após os atentados de 11 de setembro de 2001.

Após sua redemocratização a partir da década de 80, o Brasil passou a se envolver mais na questão dos refugiados, com a criação do Decreto nº 1.994/96 que trata do Programa Nacional de Direitos Humanos, que tinha por base a II Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU, em 1993, versando sobre o surgimento de uma lei para refugiados (OLIVEIRA E PAULETTI, 2020).

Conforme analisado por Redin e Minchola (2013), a Convenção de Genebra e o Protocolo de Nova York de 1967 foram marcos importantes no segmento jurídico da proteção à pessoa humana, pois trata-se de um documento que dispõe sobre o Estatuto dos Refugiados e tem por objetivo estabelecer princípios básicos como a não devolução dos refugiados de seu país de origem enquanto não findar os riscos de morte e a perseguição que estes sofrem. Logo sobreveio a Declaração de Cartagena em 1984 com impacto direto na Lei de Refúgio Brasileira (Lei 9474/97), que abrange uma gama maior de pessoas, pois a Convenção de Genebra e o Protocolo de Nova York abrangiam apenas grupos vulneráveis pós Segunda Guerra Mundial, enquanto a de Cartagena passa a abranger também pessoas em situações de perseguições individuais e pessoas obrigadas a sair de seus países por violações maciças aos direitos humanos, ou perturbação da ordem pública. Embora possua um caráter não vinculante, a Declaração de Cartagena foi incorporada no ordenamento jurídico interno por meio de leis, como é o caso do Brasil, na Lei 9474/97.

Em novembro de 2018, no Panamá, um acordo internacional intergovernamental para a governança da migração internacional e das crises migratórias no mundo (BAENINGER, 2021), foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, nomeado de Pacto Global da Migração que veio concomitantemente com a lei 13.445 intitulada como a lei da migração.

O Pacto Global leva em conta diferentes formas de migração no século XXI internacionais como a migração de refúgio, migração de fronteiras, estudantil, a migração não qualificada e a qualificada entre outras formas de deslocamentos. Seu objetivo principal era estabelecer compromissos, entendimentos, e princípios entre os países a respeito da migração, com uma abordagem em aspectos humanitários, de desenvolvimento e de direitos humanos (BAENINGER, 2021).

Todavia, de acordo com Sposato e Lage (2020), em janeiro de 2019 com a mudança governamental o Brasil tomou por decisão não mais adotar o Pacto Global sendo este não vinculativo, mas sim de cooperação e responsabilidade internacional com grande respeito aos direitos dos migrantes como os direitos humanos essa decisão pode ser considerada.

4. LEIS BRASILEIRAS DA MIGRAÇÃO NO BRASIL

A Nova Lei de Migração Brasileira, ou a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, disciplinou o processo migratório no Brasil e estabeleceu diretrizes e princípios para as políticas públicas referente aos imigrantes. Comparada com leis anteriores, podemos ver inicialmente uma mudança

emblemática com a alteração da nomenclatura: de —estrangeiro, que possuía uma certa restrição e desconfiança ao ser citado na lei anterior, para —imigrante, que passa a ser possuir direitos e obrigações, priorizando-se a defesa dos direitos humanos (MENDES; BRASIL, 2020, p.67).

Os imigrantes que venham a residir no Brasil com a característica de *animus* definitivo, têm seus direitos e deveres disposto na lei nº 13.445/2017, que também regula a sua entrada no Brasil e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas. Tal lei versa também quanto à definição de emigrante e imigrante (MACEDO *et. al*, 2019). Observamos de tal forma que os venezuelanos que adentram no território brasileiro são imigrantes e seus direitos são elencados de tal forma:

Art. 4o Ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como são assegurados:

I - direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos;

II - direito à liberdade de circulação em território nacional;

III - direito à reunião familiar do migrante com seu cônjuge ou companheiro e seus filhos, familiares e dependentes;

IV - medidas de proteção a vítimas e testemunhas de crimes e de violações de direitos;

V - direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável;

VI - direito de reunião para fins pacíficos;

VII - direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos;

VIII - acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, nos termos da lei, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

IX - amplo acesso à justiça e à assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

X - direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XI - garantia de cumprimento de obrigações legais e contratuais trabalhistas e de aplicação das normas de proteção ao trabalhador, sem discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória;

XII - isenção das taxas de que trata esta Lei, mediante declaração de hipossuficiência econômica, na forma de regulamento;

XIII - direito de acesso à informação e garantia de confidencialidade quanto aos dados pessoais do migrante, nos termos da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011;

XIV - direito a abertura de conta bancária;

XV - direito de sair, de permanecer e de reingressar em território nacional, mesmo enquanto pendente pedido de autorização de residência, de prorrogação de estada ou de transformação de visto em autorização de residência; e

XVI - direito do imigrante de ser informado sobre as garantias que lhe são asseguradas para fins de regularização migratória. § 1º Os direitos e as garantias previstos nesta Lei serão exercidos em observância ao disposto na Constituição Federal, independentemente da situação migratória, observado o disposto no § 4º deste artigo, e não excluem outros decorrentes de tratado de que o Brasil seja parte (BRASIL, 2017).

Importante ressaltar que conforme esclarecido por Fernandes e Silva Rodrigues (2018, p24):

Os direitos individuais e sociais fundamentais estão previstos, em condição de igualdade com os nacionais, além do direito à reunião para fins pacíficos; de associação, inclusive sindical – o que constitui um grande avanço em comparação com o Estatuto do Estrangeiro; aos serviços públicos de saúde e assistência e previdência social; o amplo acesso à justiça e assistência jurídica gratuita; à educação pública; ao acesso à informação (art. 4º). É previsto, ainda, o direito à manifestação política, sem incluir o direito ao voto, sendo o Brasil o único país da América do Sul que não permite a participação eleitoral dos migrantes, em nível municipal, regional ou nacional, enquanto as demais nações sul-americanas preveem a participação de migrantes em pelo menos um desses níveis.

A Lei n. 13.445/2017 teve seu regulamento no Decreto Regulamentador n. 9.199/2017, o qual não contou com a participação da sociedade como ocorreu com a lei, e por isso foi bastante criticado, tendo em vista ter deturpado e contrariado pontos já anteriormente estipulados na lei. (RICCI; SILVA, 2018, p. 35).

Segundo o Instituto Igarapé (2017), 47 organizações civis apresentaram em formato de carta aberta diversos pontos preocupantes na minuta do decreto da nova Lei da Migração. Foram ressaltadas as lacunas que vilipendiam atos ministeriais posteriores, bem como condições e

critérios para o acesso aos direitos, possíveis prisões administrativas, o que é proibido pela CF 88, assim como a prisão de migrantes com base em sua condição migratória, o que contradiz diretamente o teor da lei.

Para Ricci e Silva (2017, p. 35), o retrocesso no decreto regulamentador são os trechos regulamentadores como a previsão de prisão do “imigrante clandestino”, ou seja, aquele que não possui visto regulamentado, tampouco autorização de residência por questões humanitárias, também um regresso no tocante às reuniões familiares e a cobrança de taxas para aqueles que solicitarem refúgio.

Obstante todos os vetos realizados e um decreto duramente criticado, a Lei n.13.445/2017 continua a representar um avanço na legislação pertinente ao assunto, tendo em vista que em grande parte houve uma participação civil em sua elaboração, possui também um viés humanitário além do combate à xenofobia (LOCATELLI, 2019).

5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE PALMAS

O fluxo dos imigrantes no Brasil começou a ser distribuído não somente pelo governo, mas pelos próprios indivíduos que buscaram outros estados em busca de melhores oportunidades e condições de vida, dessa forma, antes Roraima era o grande centro escolhido por eles, devido à proximidade com o país venezuelano, agora os demais estados brasileiros também passam a receber imigrantes. Como é o caso da cidade de Palmas no Tocantins, que em novembro de 2019 recebeu um grupo de 7 famílias indígenas, imigrantes venezuelanos da etnia Warao. De acordo com o relatório da Secretária de Assistência Social do Município de Palmas-Tocantins de 2021-2022, o município conta com 9 famílias, totalizando 73 pessoas, sendo que a grande maioria é constituída de indivíduos adultos, com 52%, 38% crianças e 10% de adolescentes (Fig. 1).

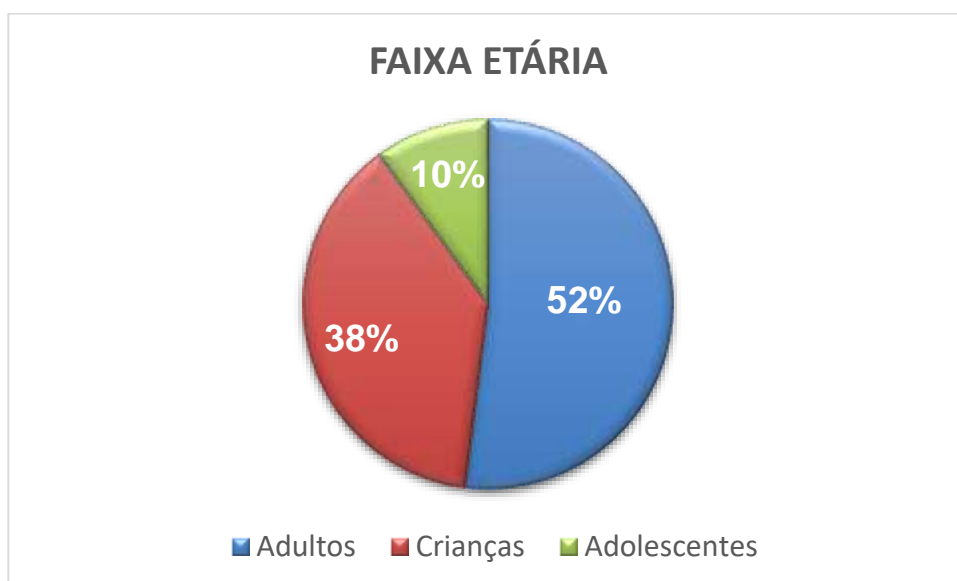


Figura 1: Faixa etária de imigrantes Venezuelanos no Município de Palmas-TO no ano de 2022.
(Fonte: Relatório Secretaria de Assistência Social)

Dessas famílias, apenas 4% possuem o ensino superior completo (Fig. 2), evidenciando que mais políticas públicas devem ser adotadas para o ingresso dos imigrantes nas Universidades brasileiras. Mais ainda, 41% possuem emprego formal, e 41% desses venezuelanos estão desempregados (Fig. 3), sendo que, 59% recebem menos que um salário mínimo (Fig. 4). Conforme analisado, ainda é precária a situação desses Venezuelanos no Município.



Figura 2: Escolarização de imigrantes Venezuelanos no Município de Palmas-TO no ano de 2022
(Fonte: Relatório Secretaria de Assistência Social)

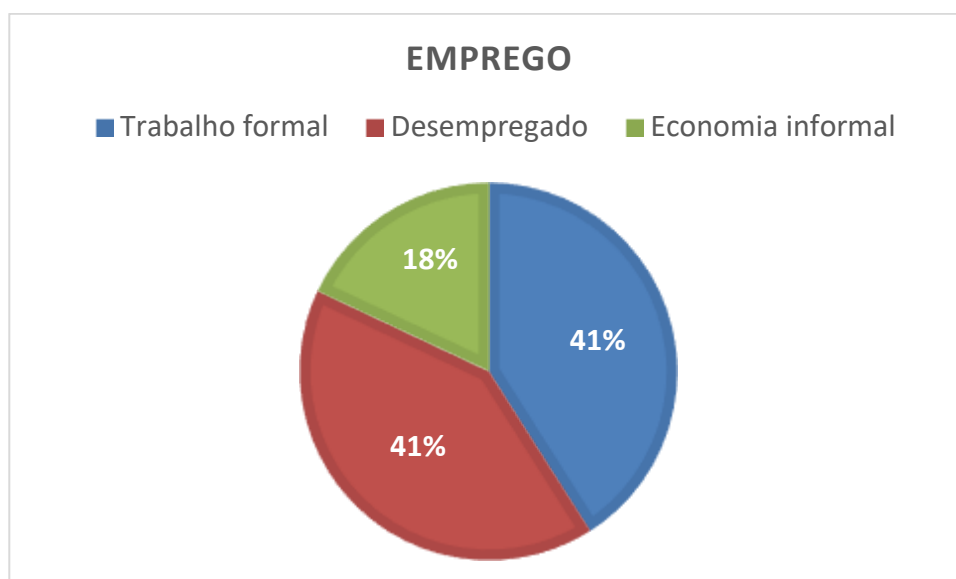


Figura 3: Porcentagem de imigrantes Venezuelanos empregados no Município de Palmas-TO no ano de 2022 (Fonte: Relatório Secretaria de Assistência Social).

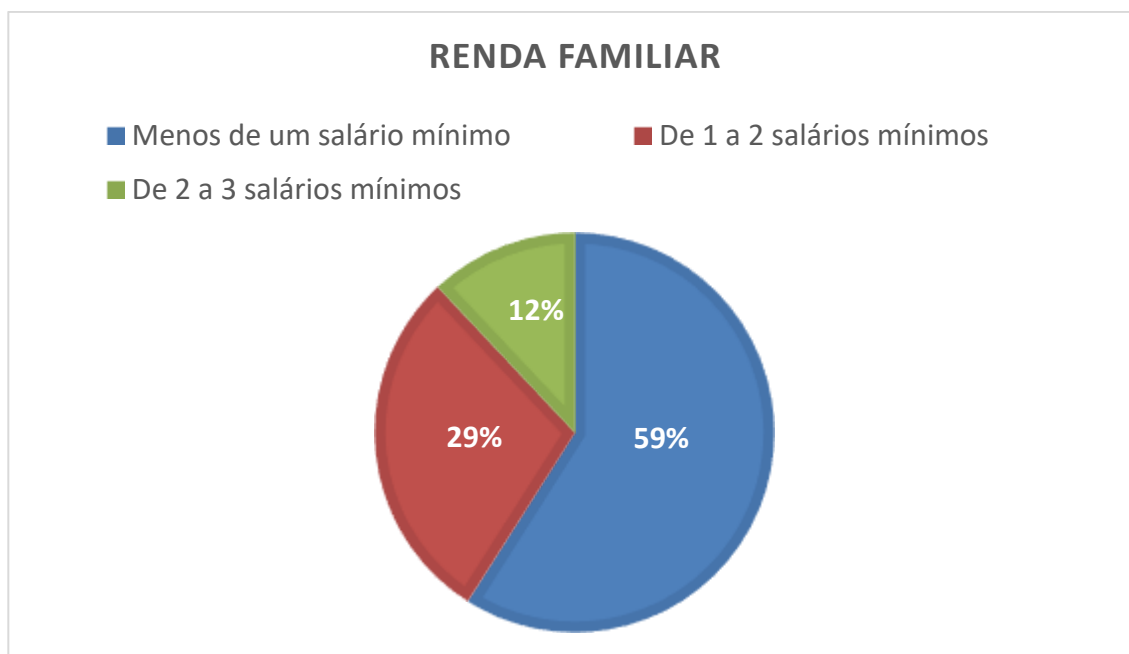


Figura 4: Renda familiar dos imigrantes Venezuelanos no Município de Palmas-TO no ano de 2022 (Fonte: Relatório Secretaria de Assistência Social).

Nesta senda, o Plano Integrado para acolhimento desses imigrantes tem sido o principal objetivo em assegurar o acesso aos serviços socioassistenciais que se encontram disponíveis por meio da Política de Assistência Social e articular com outras políticas públicas para que todas as possíveis demandas emergentes possam ser supridas por completo. Com isto, será possível identificar a população alvo e quais serviços são necessários, o que gera uma otimização de tempo e recursos, com um serviço mais ágil e integrado.

O atendimento ao migrante deve ser garantido em todos níveis de proteção presentes na Rede Socioassistencial de Palmas. Por meio da Proteção Social Básica onde serviços essenciais são oferecidos por meio de programas, projetos, serviços e benefícios a todos em situação de vulnerabilidade social, onde se englobam também os imigrantes. Os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) são unidades onde tais serviços são colocados em prática. Palmas possui 7 unidades do CRAS onde encontramos também o Programa de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF), o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), também cadastro do antigo Bolsa Família, hoje Auxílio Brasil, são feitos, o que assegura uma renda a famílias migrantes em condição de equiparação aos nativos.

Onde há a presença de imigrantes, o serviço do PAIF e do SCFV são de fundamental importância e devem ser prontamente ofertados buscando prover uma criação de vínculos com a comunidade em que estão inseridos e também dessa forma, diminuindo sua vulnerabilidade.

O município de Palmas não possui unidades de acolhimento institucional de longo prazo para adultos, o que dificulta para os imigrantes que necessitam de abrigo, sendo por isso, comum encontrarmos em locais abertos. Por meio de reuniões com todas as Secretarias do Estado, a cidade de Palmas está ainda traçando um plano mais efetivo no acolhimento geral aos imigrantes. Tendo em vista o aumento recente dos casos em Palmas, alternativas emergências são ofertadas, no que diz respeito aos abrigos oferecidos. Os demais serviços são ofertados continuamente.

6. CONCLUSÃO

Este estudo trouxe uma temática com certa relevância, tendo vista o crescente aumento de imigrantes venezuelanos em território brasileiro, visto que os motivos que os trazem infringem os Direitos Humanos. Observamos a existência de leis que surgiram como um aprimoramento de tratados anteriores, como a Lei n.13.445/2017, que derivou dos Tratados de Cartagena, da Convenção de Genebra, e do Tratado de Nova York, consistindo em um grande avanço na garantia dos direitos e deveres dos imigrantes em qualquer esfera.

Conforme analisado por diversos autores, as leis e tratados internacionais existentes, abrangem o imigrante de uma maneira geral. Os projetos ofertados a estes imigrantes refugiados se dão início nas atividades de atenção básica, onde o acesso à saúde é garantido, tendo em vista as necessidades do imigrante e a garantia de seus direitos pelos Direitos Humanos até como projetos de ofertas de empregos.

O município de Palmas – TO recebe imigrantes venezuelanos e garante acesso à saúde, inclusão social e suprimentos essenciais para a sobrevivência, podendo dessa forma garantir ao imigrante uma maneira de buscar seu desenvolvimento pessoal e laboral. Os Planos de Acolhimento ao Imigrante estão em constante atualização e desenvolvimento, conforme a necessidade emerge, o plano é atualizado, buscando sempre dar garantia dos serviços e proteção ao imigrante.

Por ultimo, analisar e estudar sobre os imigrantes venezuelanos principalmente na característica de refugiados foi de um tanto quanto esclarecedor, visto observar os motivos que os trazem a abandonar o seu país de origem para buscar acolhimento, oportunidades e direitos que os assegurem uma melhor condição de dignidade humana.

7. REFERÊNCIAS

BAENINGER, Rosana. **Pacto Global da Migração e Direitos Humanos**. Unicamp, São Paulo, 2021.

BRASIL. Lei 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Imigração**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em 26 de setembro de 2022

CANO, Wilson. **Venezuela: limites para uma nova política econômica. Economia e Sociedade**. Campinas, v. 11, n. 1, p. 95-127, jan./jun. 2002.

COMITÊ NACIONAL PARA REFUGIADOS. BRASIL. **Nota técnica**. n. 03/2019/CONARE. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1564080197.57/sei_mj-8757617-estudo-de-pais-de-origem-venezuela.pdf. Acesso em: 01 set. 2022

FERNANDES E SILVA, Luiza; RODRIGUES, Gilberto M. A. **Legislação migratória nos países do MERCOSUL: um novo paradigma com enfoque em Direitos Humanos?** Brasília, pp. 17-32, 2018.

INSTITUTO IGARAPÉ. **Carta aberta sobre o processo de participação social na regulamentação da Lei 13.455/17 e pontos preocupantes na minuta do decreto da nova Lei de Migração**. São Paulo, 15 nov. 2017. Disponível em: <<https://igarape.org.br/cartaaberta-sobre-o-processo-de-participacao-social-na-regulamentacao-da-lei-13-45517-e-pontospreocupantes-na-minuta-do-decreto-da-nova-lei-de-migracao/>> Acesso em: 10 set. 2022

LAMOUNIER, Sasha. **Uma reflexão sobre a história e os destinos da Venezuela**. ILMG, [s.l], 02 fev. 2019.

LOCATELLI, Rodolfo Cúrcio, **Aplicação da autorização de residência temporária aos imigrantes venezuelanos no brasil e as implicações quanto à garantia dos direitos humanos**. Tubarão, Santa Catarina, 2019.

MACEDO, Jayrton Noleto de. **Venezuelanos No Brasil: Direitos Dos Imigrantes E A Saúde Pública Local**. Interfaces Científicas, Aracaju, v.7, n.2, p. 73-81, abril/maio/junho – 2019

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Aylle de Almeida; BRASIL, Deilton Ribeiro, **A Nova Lei de Migração Brasileira e sua Regulamentação da Concessão de Vistos aos Migrantes**. Seqüência, Florianópolis, n. 84, p. 64-88, abr. 2020

NEVES, Rômulo Figueira. **Cultura política e elementos de análise da política venezuelana**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://funag.gov.br/biblioteca/download/682-Cultura_politica_e_elementos_de_analise_da_politica_venezuelana.pdf> Acesso em: 01 set. 2022.

OLIVEIRA, Bruna Nubiato, PAULETTI, Maucir. **A Perspectiva Da Migração Sob A Luz Da Nova Ordem Internacional**. In: Iv Congresso Internacional De Direitos Humanos De Coimbra, 4., 2019, Jundiaí: Fibra, 2019. 293 p.

PALMAS, Prefeitura de, **Plano Integrado para acolhimento de imigrantes venezuelanos da etnia Warao em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório por crise humanitária**. Palmas - TO, 2020

REDIN, Giuilana, MINCHOLA, Luís Augusto B., **Proteção dos Refugiados na Declaração de Cartagena de 1984 : Uma análise a partir dos casos dos haitianos no Brasil**. Revista de Estudos Internacionais, v.4, n.1, p.30-45, 2013

RICCI, Carla; SILVA, Jéssica Monteiro Clementino da. **Atualizações da lei migratória brasileira: um novo paradigma das migrações? O Social em Questão.** n. 41, p. 23-44, 2018.

SOUZA, Patrícia de; ALFAYA, Natalia Maria **A Crise Migratória Dos Refugiados Venezuelanos No Brasil E A Garantia Dos Direitos Humanos: Possibilidades Criadas Pelas Novas Tecnologias.** CONFLUÊNCIAS, Niterói , v.24, n.2, p. 210-229, maio/ago. 2022

SPOSATO, Karyna Batista, LAGE, Renata Carvalho Martins, **A Retirada Do Brasil Do Pacto Global Para Migração Segura: Um Olhar Crítico Pela Ótica Do Transconstitucionalismo.** Caderno de Relações Internacionais, v. 11, n. 20, p. 217-245 jan-jun. 2020

ASPECTOS JURÍDICO-SOCIAIS ACERCA DA DOAÇÃO E TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL

WELLIGTON SOUSA SANTOS DE MORAIS:

Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC

EDY CESAR DOS PASSOS JUNIOR³⁶

(orientador)

RESUMO: Tendo em vista que nosso país possui um número significativo de pessoas na fila de espera por transplantes de órgãos e tecidos, e que essa demanda poderia ser suprida se o número de potenciais doadores aumentasse, e se os familiares passassem a autorizar em maior número a retirada de órgãos de entes falecidos, pesquisa-se sobre os aspectos jurídico-sociais acerca da doação e transplantes de órgãos no Brasil, a fim de analisar como o tema é tratado em nosso território. Para tanto, é necessário estudar dados oficiais sobre o número de doações realizadas anualmente no país e quais são os principais fatores impeditivos da concretização de transplantes, bem como analisar fatores éticos e sociais a respeito do tema, à luz da bioética e do biodireito. Realiza-se, então, uma pesquisa exploratória, com levantamentos bibliográficos da legislação, livros e artigos científicos já publicados sobre o tema, bem como a análise de estatísticas quantitativas. Diante disso, verifica-se que o principal problema enfrentado atualmente para a efetivação da realização dos transplantes no Brasil é a autorização familiar, juntamente com a obscuridade informacional do assunto para uma parcela da sociedade, o que impõe a constatação de que uma maior capacitação interpessoal por parte das equipes realizadoras de entrevistas com familiares de potenciais doadores, aliada com o aumento da veiculação de informações educativas sobre o tema, seriam fatores determinantes para elevar o número de transplantes efetivados no país.

Palavras-chave: Bioética. Doação. Órgãos. Tecidos. Transplantes.

INTRODUÇÃO

Atualmente, de acordo com a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos – ABTO, existem mais de 50 mil pessoas na fila de espera por órgãos no Brasil. De acordo com a mesma associação, um único doador falecido pode ajudar mais de oito pessoas que estão nessa lista de espera. Com isso, verifica-se que essas pessoas teriam seu problema resolvido se não fosse pelos diversos impasses jurídico-sociais a serem abordados ao longo deste artigo.

Apesar de o Brasil ter o maior programa público de transplantes de órgãos, tecidos e células do mundo, ainda é grande o número de famílias que desautorizam a retirada dos órgãos de um indivíduo que manifestou, em vida, sua vontade de ser um doador após a morte. Para se ter uma ideia, seria possível acabar com a fila das pessoas que esperam um órgão compatível, se as

³⁶ Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamerica. Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Advogado e Professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

famílias de todos os possíveis doadores autorizassem a retirada dos órgãos. Hoje, de acordo com levantamento feito pela ABTO, cerca de 44% dessas famílias ainda se recusa a permitir a remoção.

Além disso, ainda é grande o número de pessoas que se recusa a ser um doador, seja por não possuir informações claras a respeito do tema, seja por motivos religiosos, etc.

O direito brasileiro regulamenta o tema com base na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei de Transplantes (Lei 9.434/97), bem como na doutrina pátria. Trata-se de um direito personalíssimo, pois a pessoa é livre para decidir sobre o próprio corpo e acerca da destinação de seus órgãos após a morte, quando esses já não são necessários para si, mas ainda tem potencial para suprir necessidades de outras pessoas.

Antes da alteração ocorrida na Lei de Transplantes, o ordenamento jurídico brasileiro utilizava-se do consentimento presumido, logo, todo indivíduo era presumidamente considerado doador de órgãos se não se manifestasse em contrário. Contudo, no ordenamento pátrio atual, a manifestação de vontade do doador não é formalizada corretamente, ficando para a família, após a sua morte, a decisão de autorizar o prosseguimento do feito.

Diante do que foi exposto, nota-se um conflito entre a vontade do indivíduo e a vontade da família, visto que essa detém o poder de autorização legal para decidir sobre a remoção dos órgãos de uma pessoa que em vida possa ter decidido ser um doador.

O presente artigo tem como objetivo identificar a forma que o instituto da doação e transplantes de órgãos e tecidos são tratados no Brasil, de modo a analisar como a legislação e os doutrinadores veem o tema de forma global, bem como analisar estatísticas oficiais acerca do número de potenciais doadores e o número de transplantes realizados anualmente.

O trabalho irá utilizar-se do método exploratório de pesquisa, fazendo um levantamento bibliográfico sobre o assunto, por meio de fontes de pesquisa primárias e secundárias, como livros, legislações e artigos científicos já publicados sobre o tema, bem como analisando estatísticas quantitativas sobre o tema.

Tal análise tem a finalidade de contribuir com reflexões acerca do problema, de modo que estimule uma maior aderência da sociedade ao assunto, para que se aumente o número de potenciais doadores, bem como os familiares passem a autorizar a retirada de órgãos de seus entes falecidos, tendo em vista que é a família que detém o respaldo legal para decidir sobre o assunto.

A redação do artigo se iniciará abordando o assunto de forma mais geral, analisando suas especificidades, regulamentação no ordenamento jurídico e requisitos de aplicabilidade, bem como o modelo de consentimento adotado no Brasil. Após, irá aprofundar de forma mais específica sobre o assunto, e trazer uma ótica quantitativa ao tema, com dados oficiais sobre o número de doações realizadas anualmente no país e fatores impeditivos de concretização de transplantes. Por fim, buscará estudar o assunto à luz da bioética e do biodireito, trazendo reflexões acerca da aplicabilidade, regulamentação e o respeito à vida humana nesses procedimentos.

1. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS

O processo de doação começa por meio de uma livre manifestação de vontade de um indivíduo que decide doar para outrem parte(s) do seu corpo de forma gratuita, sejam elas órgãos ou tecidos. A doação pode ocorrer em vida (normalmente ocorre em casos em que um parente próximo necessita de doação) ou após a morte. O instituto tem previsão legal na Constituição Federal, no Código Civil e na Lei 9.434/97 (Lei de Transplantes).

Na constituição, está previsto em seu art. 199, §4º, que diz:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

Para Tavares, (2022, p.96), o texto do artigo acima refere-se ao que a doutrina denomina de norma constitucional de eficácia limitada, que são aquelas que dependem da criação de uma norma infraconstitucional futura para produzir seus efeitos, ou seja, é necessário que o legislador infraconstitucional edite uma norma que venha a completar e dar eficácia à vontade do constituinte, de modo que não produzem efeitos apenas com a entrada em vigor da constituição, necessitando de uma legislação ordinária posterior para tanto.

No caso do artigo da Constituição Federal citado, este dependeu da edição da Lei 9.434/97 para produzir seus efeitos.

A doação de órgãos e tecidos, por ser um ato de manifestação de vontade individual, tem respaldo jurídico também no Código Civil, que em seu art. 14 valida o ato de dispor do próprio corpo.

É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)

Após a análise dos institutos legais citados, podemos conceituar a doação de órgãos e tecidos como uma manifestação de vontade, gratuita e altruísta, com a finalidade de dispor de uma parte ou partes do corpo, para que esses órgãos ou tecidos possam ser utilizados no corpo de outrem.

1.1 Doação em vida

A doação em vida é legalmente possível, desde que cumpridos alguns requisitos: o doador deve ser considerado, por meio de uma avaliação médica, uma pessoa saudável; ser civilmente capaz; e sua vontade de doar deve ser livre e expressa. Outro requisito é referente a quem pode ser o receptor da doação em vida, que de acordo com a Lei 9.434/97 (Lei de Transplantes), é permitida para "cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea." (art. 9º, Lei 9.434/97).

Ou seja, os demais, que não forem parentes consanguíneos até o quarto grau do doador, necessitarão de autorização judicial para que possa ser realizada a doação, ressalvados os casos de doação de medula óssea, os quais não necessitam de tal autorização.

Ainda, de acordo com a referida lei, em seu art. 9º, §3º:

Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)

Para Gonçalves (2022, p.404):

O art. 9º e parágrafos da Lei n. 9.434/97, regulamentada pelo Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997, permitem à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes, desde que o ato não represente risco para a sua integridade física e mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável. Só é permitida a doação em caso de órgãos duplos (rins), partes regeneráveis de órgão (fígado) ou tecido (pele, medula óssea), cuja retirada não prejudique o organismo do doador nem lhe provoque mutilação ou deformação. (GONÇALVES, 2022, p.404)

Logo, verifica-se que para que seja realizada a doação em vida, é requisito indispensável que a retirada dos referidos órgãos ou tecidos não atrapalhe a saúde e a integridade física do doador.

Por fim, temos mais uma exceção à doação em vida, tal ressalva diz respeito às gestantes:

É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em

transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto. (art. 9º, §7º, Lei 9.434/97)

Essa exceção existe com a finalidade de preservar a saúde do nascituro, haja vista que uma intervenção invasiva no corpo da gestante colocaria em risco a vida intrauterina.

1.2 Doação *post mortem* e morte encefálica

A doação *post mortem* (após a morte) ocorre com uma manifestação em vida por parte do doador, que exprime o desejo de que seus órgãos e tecidos sejam retirados e doados após a sua morte, ou por vontade da família do *de cuius*, onde um membro familiar manifesta o desejo de doar e comunica ao hospital a sua autorização.

Gonçalves (2022, p.404) mais uma vez leciona que:

Nesse caso, a retirada das partes doadas para transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada na forma da lei (art. 3º). Os mencionados dispositivos legais consagram, nitidamente, o princípio do consenso afirmativo, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois de sua morte, com objetivo científico ou terapêutico, tendo o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente essa doação feita para tornar-se eficaz após a morte do doador. (GONÇALVES, 2022, p.404)

De acordo com o Conselho Federal de Medicina, a morte encefálica é diagnosticada quando há ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral (Resolução CFM 2.173, de 23 de novembro de 2017). Além disso, os exames que verificam essas ausências seguem rigorosos critérios, sendo realizados no mínimo duas vezes e cada um deles por um médico diferente, para que não restem dúvidas acerca do diagnóstico.

O art. 3º da Lei 9.434/97 dispõe sobre a constatação e registro da morte encefálica, que deve ser:

[...] constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (art. 3º Lei 9.434/97)

Para Moraes (2007, p.70), devido à dificuldade de compreensão do conceito de morte encefálica – em que uma pessoa pode morrer e ter um coração que continua batendo – alguns familiares acreditam que o ato de doar órgãos para transplante é o mesmo que matar uma pessoa. Nesse caso, os batimentos cardíacos são interpretados como um indicativo de que a pessoa ainda possa estar viva, pois há dificuldade de diferenciar morte encefálica de coma, o que alimenta uma certa esperança de que a situação ainda possa ser revertida.

1.2.1 Remoção de órgãos e tecidos pós morte em pessoas juridicamente incapazes

A lei possibilita a remoção pós morte de órgãos e tecidos de pessoas juridicamente incapazes, desde que autorizada de forma expressa pelos pais ou representantes legais do incapaz.

A remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais. (art. 5º, Lei 9.434/97)

Aqui, vemos uma exceção à regra referente à doação em vida, posto que nessa última, o doador deve necessariamente ser juridicamente capaz, ressalvados os casos de transplante de medula óssea, quando cumpridos os requisitos do art. 9º, §6º do já referido instituto legal: compatibilidade imunológica comprovada, consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais, autorização judicial e o ato não oferecer risco para a saúde do incapaz.

1.3 Alterações na Lei de Transplantes

Antes da alteração da Lei 9.434/97 pela Lei n. 10.211/2001, seu art. 4º tinha a seguinte redação:

Art. 4.º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

Nesta época, o direito brasileiro adotava o *sistema do consentimento presumido*.

Gagliano e Filho (2022, p.381) explicam que, nesse sistema de consentimento, a doação *post mortem* era presumidamente autorizada por todas as pessoas. Logo, para que alguém não tivesse seus órgãos retirados após a sua morte, teria que fazer constar expressamente em seus documentos pessoais a opção por não ser um doador de órgãos.

Entretanto, ante a dificuldade de se precisar o exato momento da morte do doador, e para impedir irreparáveis erros médicos (como, por exemplo, alguém ter um órgão retirado sem estar realmente morto), houve descontentamento por parte da sociedade com relação ao referido dispositivo legal, o que motivou a edição da Medida Provisória n. 1.959, posteriormente convertida na Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, a qual alterou o art. 4º da Lei 9.434/97, passando a ter a seguinte redação:

Art. 4.º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Com a nova redação do seu art. 4º, a Lei de Transplantes abandonou o consentimento presumido e passou a exigir a autorização expressa dos familiares do falecido para a remoção de seus órgãos e/ou tecidos.

2. ESTATÍSTICAS SOBRE DOAÇÕES E TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS REALIZADOS NO BRASIL

O Brasil é um dos países com o maior número de transplantes no mundo. Contando com um sistema referência no assunto, o Ministério da Saúde, por meio do Sistema Nacional de Transplantes – SNT, somente entre os meses de janeiro a junho de 2022, realizou mais de 10 mil transplantes de órgãos e tecidos (isso sem contar dados de transplantes de ossos, pele e valva), conforme gráfico abaixo retirado do Registro Brasileiro de Transplantes - RBT (segundo trimestre de 2022):

ÓRGÃOS				
Órgãos	Total	Vivo	Falecido	Nº Equipes
Coração	176	-	176	32
Fígado	1007	80	920	70
Intestino	0	-	0	0
Multivisceral	0	-	0	0
Pâncreas	68	-	68	9
Pulmão	45	-	45	6
Rim	2.381	344	2.037	141
Total	3.677	424	3.246	-
TECIDOS				
Tecidos		Total		
Córnea		6.690		
Total		6.690		

Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes - RBT (Ano XXVIII, Nº 2)

Isso decorre principalmente devido as políticas realizadas pelo SNT, que promove a logística de doação, captação e transplante, focando em reduzir o tempo em que os pacientes esperam para a realização dos procedimentos e tenham sua qualidade de vida melhorada. O Sistema Único de Saúde - SUS também tem atuação crucial nesse feito, pois é quem financia 95% dos transplantes realizados no Brasil, de acordo com o Ministério da Saúde.

Apesar de grande o número de transplantes realizados, é bem maior a quantidade de pessoas que aguardam na lista de espera. Segundo o mesmo registro, este número chegou a mais de 50 mil pessoas em junho do corrente ano. Vejamos o gráfico abaixo:

Pacientes ativos em Lista de Espera (Junho de 2022)								
Órgão	Rim	Fígado	Coração	Pulmão	Pâncreas	Pânc/Rim	Córnea	Total
Total	29.130	1.247	293	197	100	291	20.416	51.674
Pacientes Pediátricos ativos em Lista de Espera (Junho de 2022)								
Órgão	Rim	Fígado	Coração	Pulmão	Pâncreas	Pânc/Rim	Córnea	Total
Total	385	77	47	9	0	0	491	1.009

Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes - RBT (Ano XXVIII, Nº 2)

Comparado ao número de pessoas esperando por um transplante, o número de doadores em que é concretizada a retirada e transplantação ainda é pequeno. Entre janeiro e junho de 2022, a quantidade de doadores cujos órgãos foram transplantados foi de 1.371, dos quais 889 eram doadores de múltiplos órgãos, conforme dados do RBT.

Ainda, outro grande problema para a efetivação da doação de órgãos *post mortem* é a recusa dos familiares, os quais possuem a decisão final sobre o corpo do *de cuius*, por força do já abordado art. 4º da Lei de Transplantes. De acordo com o RBT, atualmente 44% das famílias ainda se recusa a autorizar a retirada de órgãos aptos para transplante, o que traz abalo significativo na quantidade de transplantações realizadas no Brasil.

Os gráficos abaixo são claros em demonstrar que o maior motivo para a não efetivação das doações de órgãos é a recusa familiar:

Número de notificações de potenciais doadores, doadores efetivos e doadores cujos órgãos foram transplantados no Brasil, entre janeiro e junho de 2022.						
Brasil	Notificações (potenciais doadores)	Não Doadores	Doadores Elegíveis	Doadores Efetivos	Doadores cujos órgãos foram transplantados	Doadores de Múltiplos Órgãos
-	Nº	Nº %	Nº	Nº	Nº	Nº %
Total	6.335	4.551 (72%)	3.083	1.638	1.371	889 (65%)

Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes - RBT (Ano XXVIII, Nº 2)

Causas da não concretização da doação de órgãos de potenciais doadores notificados no Brasil, entre janeiro e junho de 2022.

					Afastados por:			
Brasil	Notificações	Entrevistas			Contraindicação Médica	Parada Cardíaca	Morte encefálica não confirmada	Outros
-	Nº	Realizadas	Recusa	%	Nº %	Nº %	Nº %	Nº %
Total	6.335	3.633	1.608	44%	1.140 (18%)	454 (7%)	430 (7%)	924 (15%)

Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes - RBT (Ano XXVIII, Nº 2)

São vários os fatores que colaboram para a recusa familiar no processo de remoção dos órgãos, entre eles estão: conflitos familiares; pouca informação sobre a manifestação em vida do falecido em ser um doador; desconfiança; etc.

É razoável entender que os familiares se encontram fragilizados com a morte de um ente querido, o que é um dos fatores que motivam o elevado número de recusas. Para Cajado (2011, p.13,14), existe uma grande pressão àqueles que estão em um momento emocionalmente instável, para que autorizem a realização da retirada dos órgãos, baseada em fatores subjetivos que podem ser difíceis de entender se não explicados da forma e com a abordagem adequada.

Por isso, é necessário que seja realizada uma boa entrevista com estes familiares. De acordo com Bittencourt (2011, p.439), a equipe de entrevista deve prestar informações claras acerca do processo de retirada dos órgãos, de modo que se passe maior segurança à família e consequentemente se consiga o consentimento destes, devendo ser essa decisão voluntária e livre de quaisquer pressões externas.

Com a realização de boas entrevistas com os familiares, a efetivação das doações e transplantes de órgãos e tecidos no Brasil terá um número muito mais significativo, diminuindo a quantidade de pessoas na fila de espera e aumentando o êxito do sistema de doações.

3. ANÁLISE DAS TRANSPLANTAÇÕES DE ÓRGÃOS E TECIDOS ATRAVÉS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

3.1 Conceito de bioética

A bioética baseia-se em estudar, multidisciplinarmente, os aspectos éticos envolvendo o tratamento à vida como um todo. Para Maluf (2020, p.14,15):

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia, e direito que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal, e responsabilidade ambiental. (MALUF, 2020, p.14,15)

Esse ramo do estudo surgiu para ponderar os experimentos e rápidos avanços científicos e tecnológicos relacionados à vida, para que essas explorações se pautem em questões éticas e no respeito à dignidade humana, de modo que não extrapolem suas atribuições, causando inseguranças jurídicas e sociais.

A matéria fundamenta-se, de modo geral, em três princípios e três pilares básicos (médico, indivíduo e sociedade). Os princípios são:

- Beneficência e não maleficência (médico), que significa fazer o melhor causando o mínimo de dano;
- Autonomia (indivíduo), nos traz a ideia de que todos possuem liberdade para tomar suas próprias decisões e dispor do próprio corpo como bem entender;
- Justiça (sociedade): garantia de que os serviços de saúde devam ser distribuídos para todos de forma justa, equitativa e universal.

Partindo desses três princípios, podemos extrair que a bioética se preocupa em trazer avanços relacionados a exploração da vida humana, porém com algumas ressalvas, como o respeito às liberdades individuais e às consequências jurídicas e sociais que possam vir a acontecer.

3.1.1 Importância da bioética nas transplantações de órgãos e tecidos

Os procedimentos envolvendo o transplante de órgãos e tecidos devem pautar-se fundamentalmente em aspectos éticos e jurídicos, haja vista a complexidade do assunto com relação ao respeito à vida humana (nos casos de transplante em vida) e na comprovação inquestionável da morte encefálica (a qual deve seguir os rígidos protocolos definidos pela Resolução nº 2.173/17 do Conselho Federal de Medicina), ligados ao obediência total ao que a Lei de Transplantes e os princípios constitucionais determinam.

Apesar de o ato de ser um doador representar uma conduta humana e altruísta, não devemos achar que isso foi totalmente incorporado pela moral comum, e vários são os motivos, tais como: o descrédito no sistema de saúde, a insuficiente alocação dos recursos necessários, dúvidas na relação de confiança entre profissional da saúde e paciente, possibilidade de acesso equânime e justo ao sistema, a confidencialidade receptor-doador no consentimento livre-esclarecido, o respeito à autonomia e o caráter inovador e recente dessa prática médica. (GARBIM, 2019, p. 76,77)

Ou seja, seria muito maior a efetivação das transplantações no Brasil se esses fatores fossem mais aperfeiçoados e mais transparentes à sociedade como um todo.

O nosso sistema de doação e transplantes é indiscutivelmente um dos maiores e melhores do mundo, mas, ainda assim, há muito no que se aperfeiçoar. A começar pelo aumento das capacitações, eventos, produção científica, parcerias público-privadas, pois quanto mais esses pontos forem melhorados, mais eficiente será o sistema. (GARIBIM, 2019, p. 77)

Não se pode deixar de abordar o fator ético relacionado à conduta do profissional responsável por realizar a entrevista com os familiares do doador falecido, a qual deve ser realizada com muita cautela, respeito e informação clara, para que se traga mais segurança e transparência àqueles que estão em um momento de fragilidade, e que precisam tomar uma importante decisão.

Outro ponto que o Brasil peca é na propaganda relacionada ao assunto, haja vista ser um tema ainda pouco difundido, se comparado à outras questões de saúde pública de igual importância (como ocorre com a doação de sangue, que é muito mais divulgada e também envolve aspectos bioéticos importantes).

Portanto, com o aumento de divulgações governamentais informativas e educativas a respeito dos aspectos éticos relacionados ao tema, ligados a uma entrevista bem realizada, seria certo que a população estaria muito mais segura em aderir à doação; familiares também se sentiriam muito mais tranquilos a autorizar a retirada de órgãos e/ou tecidos de um ente falecido.

3.2 Biodireito e transplantes de órgãos e tecidos no Brasil

Primeiramente, antes de passar a abordar o biodireito, faz-se necessário conceitua-lo. Maluf (2020, p.25,26) sintetiza que:

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do direito público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia. (MALUF, 2020, p.25,26)

Disso se subtrai que o biodireito é um ramo jurídico que segmenta as ferramentas jurídicas à disposição dos conflitos estudados pela bioética, de modo a buscar entender esses conflitos pelo viés jurídico, pois a ética é fundamento basilar do direito, e o direito busca ser a posituação da ética.

Vale ressaltar que o biodireito não está codificado em uma única matéria, ou seja, ele engloba várias áreas de estudo do direito e diversas são as codificações. Tem base, obviamente, na Constituição Federal, mas também caminha pelo Código Civil, Código Penal, e todas as leis infraconstitucionais que tratem do direito à vida.

Os princípios basilares desse ramo do direito são o Princípio da Autonomia (ideia de que o indivíduo tem autogoverno para dispor do próprio corpo), e o Princípio da Dignidade da Pessoa humana, que é o metaprincípio constitucional mais importante, por tratar da proteção à vida e dignidade humanas em sua magnitude.

Após entender o objeto de estudo do biodireito e como ele está intrinsecamente ligado à bioética, percebe-se que esse ramo jurídico se faz extremamente necessário à abordagem dos transplantes de órgãos e tecidos, pois é tênue a linha entre o respeito às liberdades dos indivíduos e eventuais abusos médicos e científicos.

É sabido, porém precisa ser reforçado, que os procedimentos de captação e transplantes de órgãos devam seguir rigorosos critérios, porém faz-se necessária a atuação do direito nessa questão, de modo a analisar se os ditames jurídicos estão sendo respeitados, e se não estão havendo abusos científicos em detrimento da vida humana, pois é função do direito atuar como regulador do poder científico sobre o indivíduo.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico buscou identificar como a doação e transplantes de órgãos e tecidos é abordada no Brasil, por ser um tema de suma importância para a sociedade, tendo em vista o grande número de pessoas que aguardam na fila de espera para receber um transplante no país, e levando em conta o renomado Sistema Nacional de Transplantes mantido pelo SUS.

Utilizou-se de artigos já publicados sobre o tema, bem como da doutrina civilista e constitucionalista moderna brasileira para abordar o assunto, assim como o uso de estatísticas dos órgãos oficiais, de modo a elucidar qualitativa e quantitativamente o assunto em questão.

Além disso, trouxe reflexões para o meio acadêmico a respeito do estudo da legislação e doutrinas pertinentes ao tema, bem como fazer uma análise do assunto à luz dos princípios da bioética e do biodireito.

Como resultado da pesquisa realizada, descobriu-se que o principal problema enfrentado atualmente para a efetivação da realização dos transplantes no Brasil é a autorização, por parte dos familiares, da retirada de órgãos e/ou tecidos de um ente falecido, pois a lei determina que pertence à família o poder de decisão para dispor do corpo do *de cujus*. Com isso, buscou-se abordar modos de solucionar o problema, como o aperfeiçoamento das entrevistas realizadas pelas equipes dos hospitais e o aumento do número de propagandas governamentais sobre o tema, de modo a trazer mais segurança e clareza para a sociedade sobre o assunto, e consequentemente aumentar o percentual de transplantes realizados com sucesso no país.

Por fim, após a análise de todas as questões tratadas neste trabalho, vislumbro e sugiro a possibilidade de uma nova abordagem de pesquisa para o tema em questão, qual seja: a possibilidade de interpretação da Lei de Transplantes à luz do atual ordenamento constitucionalista e civilista brasileiro, de modo a retirar dos familiares o poder de decidir sobre o corpo do falecido, e trazer essa autonomia para o indivíduo.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. **Registro Brasileiro de Transplantes - RBT (Ano XXVIII, Nº 2)**. Disponível em: <<https://site.abto.org.br/publicacao/xxviii-no2/>> Acesso em: 17 set. 2022.

BITTENCOURT, Ana Luiza Portela; QUINTANA, Alberto Manuel; VELHO, Maria Teresa Aquino de Campos. A perda do filho: luto e doação de órgãos. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, v. 28, p. 435-442, 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/estpsi/a/rrPx3TrVLY5TwsMQ4fPYvQJ/?lang=pt&format=html>> Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm> Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 10.211**, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.htm> Acesso em: 15 set. 2022.

CAJADO, Maria Constança Velloso et al. **Doar ou não doar, eis a questão: impasses subjetivos no processo de doação de órgãos e tecidos para transplantes**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador. Disponível em: <<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/1500>> Acesso em: 28 set. 2022.

FILHO, R. P.; GAGLIANO, P. S. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FRANCA, Genival Veloso D. **Direito Médico**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book.

GARBIM, Ana Lélis de Oliveira. Transplantes de órgãos e tecidos humanos no Brasil: uma contextualização bioética. 2019. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/192371>> Acesso em: 12 set. 2022.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

GOV.BR. **RESOLUÇÃO Nº 2.173, de 23 de novembro de 2017.** Disponível em: <<https://in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-2-173-de-23-de-novembro-de-2017-1065980-1065980>> Acesso em: 20 jun. 2022.

GOV.BR. **Sistema Nacional de Transplantes.** Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/snt>> Acesso em: 17 set. 2022.

MALUF, A. C. D. R. F. D. **Curso de Bioética e Biodireito.** 4. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

MORAES, Edvaldo Leal de. **A recusa familiar no processo de doação de órgãos e tecidos para transplante.** 2007. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/7/7131/tde-13072007-092002/en.php>> Acesso em: 15 set. 2022.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

VICTORINO, João Paulo; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Bioética e biodireito: da doação ao transplante de órgãos. **Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics**, v. 6, n. 1, p. 72-83, 2016. Disponível em: <<https://www.bjfs.org/bjfs/index.php/bjfs/article/view/614>> Acesso em: 28 set. 2022.

HERANÇA DIGITAL NO BRASIL: A SUCESSÃO DE DIREITOS RELATIVOS ÀS REDES SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ISABELLY PACHECO BRANDÃO:
graduanda do curso de Direito pelo
Centro Universitário Fametro
(FAMETRO).

RESUMO: O presente trabalho, baseado em pesquisa bibliográfica nacional, bancos de dados e pesquisas na Internet, teve por objetivo analisar o cenário legislativo brasileiro no que se refere à questão da herança digital, instituto que considera a extensão do sofrimento causado ao indivíduo que é desconectado dos ativos digitais quando membros da família morrem ou ficam incapacitados. Dessa forma, a partir das mudanças de hábitos sociais, questiona-se a necessária adequação (atualização) do ordenamento jurídico vigente e, por conseguinte, a discussão e legislação acerca de assuntos, como o da herança digital, a fim de se acomodar o Direito à realidade atual, tendo em vista sua capacidade de evolução e adaptação. Para esse fim, utilizando-se do método dedutivo, partiu-se da análise histórica dos direitos e garantias fundamentais no Brasil, a fim de estipular o nascimento e afirmação dos direitos, até o surgimento do meio digital e a evolução tecnológica alcançada.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo Científico. Direito Sucessório. Internet. Herança Digital.

ABSTRACT: The present work, based on national bibliographic research, databases and internet research, aimed to analyze the Brazilian legislative scenario regarding the issue of digital heritage, an institute that considers the extent of suffering caused to the individual who is disconnected from the digital assets when family members die or become disabled. Thus, based on changes in social habits, the necessary adequacy (updating) of the current legal system is questioned and, therefore, the discussion and legislation on subjects, such as digital inheritance, in order to accommodate the Law to the current reality, in view of its capacity for evolution and adaptation. To this aim, using the deductive method, it started with the historical analysis of fundamental rights and guarantees in Brazil, in order to stipulate the birth and affirmation of rights, until the emergence of the digital medium and the technological evolution achieved.

KEYWORDS: Scientific article. Succession Law. Internet. Digital Heritage

1 INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico das últimas décadas que, resultou no desenvolvimento de equipamentos cada vez mais eficazes de armazenamento de dados, possibilitou a expansão global e popularização da rede mundial de computadores: a Internet. Dentre as plataformas virtuais destinadas à comunicação, surgem as chamadas “redes sociais” que, no ambiente online, são sites e aplicativos que operam em níveis diversos (tais como relacionamento, profissional e outros), sempre permitindo o compartilhamento de informações entre pessoas e/ou empresas.

As redes sociais assumem grande relevância na sociedade moderna pois, além de serem utilizadas como forma de comunicação e relação social, sua popularização entre as massas

aumentou de forma exponencial o alcance das informações compartilhadas dentro de cada plataforma.

Nesse contexto, surge uma espécie de propriedade intelectual até então pouco regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro, referente aos perfis destas redes que adquirem valor especial conforme o engajamento gerado pelas interações.

No âmbito jurídico, um dos termos utilizados para se referir a esta espécie de propriedade intelectual é o de “bens virtuais” e o presente estudo visa discutir a relevância destes bens virtuais na sociedade atual e a sua destinação após o falecimento do proprietário da respectiva conta na plataforma, a chamada Herança Digital.

Considerando que esses bens digitais estão presentes em quantidade cada vez maior em nossa sociedade, cresce a relevância do debate sobre a melhor destinação para as contas e dados armazenados virtualmente após o falecimento do proprietário.

Portanto, busca-se através da presente pesquisa realizar um levantamento quanto à herança digital no Brasil e o direito de sucessão dos bens virtuais, especificamente no que se refere às redes sociais e dados pessoais do *de cuius*.

A problemática principal que surge nessa temática refere-se aos questionamentos em relação à transmissão dos ativos digitais dos indivíduos *post mortem*, vez que a legislação brasileira é escassa e não abrange de forma satisfatória as demandas que surgiram com os avanços tecnológicos.

Importante, assim, realizar o presente estudo sobre a maneira com que as normas da atual legislação brasileira tutelam o direito de herança digital das redes sociais, buscando-se identificar em quais pontos essa tutela é bem-sucedida e onde se faz necessária sua atualização normativa.

2 BREVE HISTÓRICO NO BRASIL DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento dos direitos fundamentais, a partir de sua positivação, encontrou guarida na condecoração da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, segundo Bittar (2015), tal positivação ocorre por meio do entendimento de que “[...] a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima”, era a forma de serem mantidos intactos tais direitos, ilesos às situações ou momentos históricos adversos ao devido respeito ao homem.

Para Barroso (2012), a cristalização dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que demonstra, também, que os direitos fundamentais não se mantêm os mesmos no decorrer do tempo, não correspondendo, meramente, a imperativos de coerência lógica. Desde a Constituição do Império, de 1824, o Brasil reconhece as Declarações de Direitos Individuais e Garantias, apesar da escravidão e das ditaduras. A Constituição de 1891 inovou ao trazer a indicação de que o seu rol de direitos não era exaustivo, o que continuou

presente nas Constituições posteriores. No entanto, há de se frisar que até aquele momento só se tutelavam direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1934, por sua vez, continha direitos de nacionalidade, políticos, econômicos e sociais. Logo após a Constituição de 1937, propositalmente descuidada em relação à proteção de direitos fundamentais (em especial, os políticos), a Constituição de 1946 emergiu bem estruturada nesse tocante, contendo um capítulo sobre nacionalidade e cidadania e outro sobre direitos e garantias individuais, assegurando, ainda, os direitos econômicos e sociais (RUARO w RODRIGUES, 2010).

Ainda, de maneira contraditória, as Constituições de 1967 e 1969 foram generosas quanto à previsão de direitos fundamentais, de maneira específica e setorizada em três títulos, sobre a Declaração de Direitos (com capítulos versando sobre a nacionalidade, os direitos políticos e os direitos e garantias individuais); outro sobre a ordem econômica e social; e um terceiro sobre a família, a educação e a cultura.

Por fim, a Constituição de 1988 deu mais relevo aos direitos fundamentais, albergando um número maior deles e assentando os logo no início, imediatamente após a apresentação dos princípios basilares da República. Em seu Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, abriga os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I), os direitos sociais (capítulo II), os direitos da nacionalidade (capítulo III) e os direitos políticos (capítulos IV e V). Ainda, se estabelecem fora do Título II outros direitos fundamentais, de natureza tributária (Título VI), econômica (Título VII) ou relacionados à saúde, à educação, à comunicação social, ao meio ambiente ou à família (Título VIII) (BITTAR, 2015).

Nesse sentido, percebe-se claramente que os direitos fundamentais estão dispersos na Constituição de 1988 e não somente no Título II. Tais direitos, dessa maneira, devem se basear, como esclarece Garcia (2020), na própria pré-compreensão que a comunidade tem da ideia de direito que a rege, ou seja, decorrem do próprio conceito de direito fundamental, sempre em consonância com o art. 5º, § 2º da Constituição. Assim, o traço de fundamentalidade de um direito não provém de sua localização na Constituição, mas sim em razão do fato de se tratar de um direito que, por sua natureza, configura parte integrante da estrutura fundamental do Estado.

Ainda abordando a questão dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, Sarlet et al (2019, p. 102) afirmam que:

Talvez a inovação mais importante tenha sido a do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, quando não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. De qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão deste no rol das 'cláusulas pétreas' (ou 'garantias de eternidade') do art. 60, § 4º da Constituição Federal, impedindo a

supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.

Assim sendo, na visão de Garcia (2020), a inserção do supracitado artigo na Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida, uma das mais importantes inovações trazidas pela Constituição vigente, uma vez que a determinação da aplicabilidade imediata das normas de direito fundamental, fez com que essas normas assumissem posição superior à que ocupavam nas Constituições anteriores, no patamar de classificação da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Nota-se, portanto, a constante evolução de tais direitos que, ao longo do tempo, vem ocupando e aumentando sua efetividade e reconhecimento, em especial, no caso do Brasil, como o supracitado exemplo na Constituição vigente.

Por sua vez, Bittar (2015, p. 66) destaca que:

os direitos fundamentais contêm elementos essenciais não só do sistema democrático (igualdade, liberdade opinião, liberdade de reunião, igualdade de oportunidades), mas também do próprio Estado de Direito (vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais). Também as regras básicas sobre casamentos, família, propriedade e direito de sucessão configurariam, os fundamentos da ordem jurídica privada.

Assim, os direitos fundamentais acabam por estabelecer um conjunto especial de direitos que trazem, aos seus destinatários, consequências jurídicas próprias. Tanto as regras que conferem limitação – em amparo à liberdade individual – como as que promovem os direitos sociais e de solidariedade, destinam-se, sempre, à concretização do princípio da dignidade humana.

Sarlet et al (2019), também em uma tentativa de conceituação dos direitos fundamentais, em última análise, concluem que o elemento característico que poderia definir um direito fundamental seria a intenção de explicitar o princípio da dignidade humana.

Nesse contexto, pode-se afirmar que os direitos fundamentais compõem um grupo especial de direitos que atribuem, aos seus titulares, situações jurídicas específicas, ou seja, as normas impostas ao Estado (de limitação – em respeito à liberdade individual –, ou de promoção dos direitos sociais e de solidariedade), que se destinam, sempre, à realização do princípio da dignidade humana, visando atender às necessidades e condições mínimas para que sejam efetivados o desenvolvimento da liberdade e da dignidade, já que se encontram estabelecidos na Constituição Federal, sendo este documento considerado o núcleo para onde tudo deve convergir, e não o centro de onde tudo deriva.

3 DEFINIÇÃO DE REDES SOCIAIS

Para a compreensão eficiente de redes sociais é fundamental compreender o estabelecimento de relações entre pessoas e grupos. Para Castells (2003), rede social pode ser entendida como uma metáfora estrutural para a compreensão dos grupos expressos na internet, para a observação das conexões de grupos sociais a partir das conexões estabelecidas entre seus diversos atores.

Em sentido semelhante, Lara (2016, p. 47) afirma que é possível falar-se em redes sociais como “estruturas que não apresentam um tipo específico de organização física, mas que se tornam visíveis pelos relacionamentos estabelecidos entre os sujeitos ou grupos que assim se organizam”. Sendo, pois, esses relacionamentos entre indivíduos e grupos possibilitados pelo uso da internet, alguns autores, como Medina (2013), preferem utilizar a expressão “sites de redes sociais” (social network sites), que alude à junção do meio utilizado (internet) com as estruturas sociais (redes, comunidades) que se edificam a partir desse meio.

Castells (2003) entende que a rede se projeta para suportar qualquer grau de destruição de componentes individuais, sem perder a comunicação “ponto a ponto”. Assim, uma vez que se tem vários computadores conectados em rede, se qualquer ligação venha a falhar, não se “perde o controle” da mesma, justamente por não haver um “controle central”. Com efeito, a rede é mantida por seus diversos nós, ganhando estruturas diferenciadas. Medina (2019) levanta a formação de três estruturas distintas: centralizada, descentralizada e distribuída.

Lara (2016) sustenta que essas três estruturas básicas propostas por Baran são “possíveis de serem encontradas em redes na internet e já foram aplicadas a estudos de outros autores, de uma forma especial, nos recentes trabalhos da chamada ‘teoria das redes’”. Uma percepção como essa sobre a internet acaba servindo de apoio a uma tese de Pierre Lévy³⁷, quando este afirma que a melhor forma de manter e desenvolver uma coletividade “não é mais construir, manter ou ampliar fronteiras, mas alimentar a abundância e melhorar a qualidade das relações” no seio dessas coletividades.

Assim, o poder e a identidade de um grupo na internet passam a depender mais da qualidade e da intensidade de sua conexão consigo mesmo do que da sua resistência em se comunicar com o seu meio.

4 VIDA DIGITAL POST MORTEM

Assim como poucos se lembram de fazer *backups* regulares de seu computador para evitar uma perda desastrosa de dados, ninguém pensa sobre para onde os nossos perfis, e-mails, fotos, músicas, Facebook e tweets vão quando morreremos, uma questão que envolve direitos de personalidade.

Entretanto, uma coisa é certa: esses dados e bens digitais não vão embora com seu dono, como gostariam alguns, quando este vem a falecer. Esta vida digital permanece livre e disponível

³⁷Filósofo e sociólogo francês. Pesquisador em ciência da informação e da comunicação, Lévy tem como foco a inteligência coletiva focando em um contexto antropológico, e é um dos principais filósofos da mídia atualmente. Suas pesquisas se concentram principalmente na área da cibernética. (WIKIPEDIA, 2022).

para acesso, inclusive para os membros da família ou herdeiros que podem buscar judicialmente preservar e/ou ter acesso a seu legado digital. Entretanto, com a morte física e seu prolongamento no plano digital, surgem alguns inconvenientes, uma vez que esta situação traz consigo problemas complexos em relação à privacidade, propriedade e valor dos seus dados – seja no âmbito sentimental ou no financeiro. Nas palavras de Medina (2019, p. 32):

A morte não é um facto bruto, um fenômeno puramente biológico. A biografia humana não é a morte biológica. É precisamente a morte que revela que o homem não é prisioneiro do espaço-tempo, separando do seu despojo corporal, única parte submetida ao tempo. A morte é a observância de um rito de despojamento do 'eu' enquanto 'ter'. O homem, compreendido através das suas funções, desaparece no momento da morte. Mas, se for levado em conta o ser e não o ter, a vida é também a morte.

Percebe-se que, mesmo com a morte, muitos dos direitos do falecido continuam vivos, especialmente os direitos da personalidade. Nesse mesmo sentido, inclusive, entende o Superior Tribunal de Justiça que, mesmo aceitando que os direitos da personalidade são intransmissíveis, estes não deixam de merecer proteção, já que materializam a memória daquele que morreu, lembrança esta que permanece imortal e se prolonga para além da vida da pessoa falecida.

No tocante ao intenso processo de digitalização pelo qual temos passado, importa destacar que, em face da exposição pública da vida promovida por todos na internet, temos que ter em foco também seus reflexos em relação à morte.

O que se percebe, nesse sentido, é que, a partir da extensão da vida no plano digital, a morte tem reflexos transformados que, a nosso ver, superam a barreira da existência do indivíduo. Segundo Pereira e Costa (2019), hoje se morre e, além da memória e bens de valoração patrimonial, se deixam bens personalíssimos que perduram à morte do titular, como por exemplo, seu perfil em uma rede social que materializava, justamente, a extensão de sua vida no plano virtual. A partir disso, nos deparamos com novas situações não regulamentadas pelo direito que merecem atenção, como é o caso do objeto do presente trabalho.

Nesse diapasão, o que se testemunha, cada vez mais, são exposições de sentimentos (saudades, dor da perda de um ente querido etc.) alocadas em redes sociais, que permitem aos usuários exibirem, demonstrarem, exteriorizarem publicamente seus sentimentos acerca de seus mortos, o que, sob um olhar mais atento, demonstra que a privacidade que diminuiu em relação à vida, também está valendo para a morte; o que, para alguns serve como forma de se exorcizar a dor da perda, ainda que se expondo de tal maneira, aponta uma mudança socio comportamental das pessoas a partir de uma nova maneira de se encarar o luto em que, através da internet se compartilha e se presta suas homenagens.

A forma como a morte é encarada no decorrer da história viveu grandes transformações: enquanto era vivenciada nos séculos XVIII e XIX como uma cerimônia pública, com cortejos e visitas

carregados por fortes demonstrações como choro e jejum, a partir do século XX, tais demonstrações tornaram-se mais comedidas e constrangedoras (MEDINA, 2013).

Dessa forma, ainda que lentas, tais transformações têm mudado a maneira como as pessoas encaram a morte e como experimentam seu luto; nesse contexto, a internet tem se mostrado uma ferramenta essencial de exteriorização e publicação àqueles que desejam prestar homenagens, discutir ou, simplesmente, expor a todos seus sentimentos, transformando o modo como os indivíduos dão forma a seu sofrimento, antes comumente com rituais tradicionais (como por exemplo, uma missa), hoje com exposições na rede (como por exemplo, a criação de um perfil no Facebook).

5 HERANÇA DIGITAL

Quando se admite que, dentro do conceito de vida digital, esta suplanta a vida física, é visível a ocorrência de eventuais discussões patrimoniais, em especial, na área de direito de família e sucessões, o que concede ao tema em apreço extrema relevância e urgência na definição e positividade a fim de haver regulamentação que elucide entendimento acerca do mesmo – inclusive para, em casos onde não exista declaração de última vontade do de cujus, saber como se deve proceder.

O instituto da herança, de acordo com Diniz (2020, p. 50), é “[...] o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres transmitidos aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem inerentes à pessoa do de cujus”.

Nesse sentido, no âmbito jurídico, entende-se que o patrimônio pode ser entendido como um conjunto de bens e direitos que pertence a alguém e que, ao falecer, é transferido aos herdeiros, materializando, dessa maneira, a herança que deve ser inventariada (DINIZ, 2020). Já por herança digital podemos compreender como o conteúdo, imaterial, intangível, incorpóreo, de titularidade do falecido, composto pelo acervo de bens digitais, acumulados e armazenados pelo de cujus no plano virtual, no decorrer de sua vida (GARCIA, 2020).

Entretanto, quando o assunto é herança digital, não se mostra possível a admissão ou restrição da discussão apenas aos bens que possuem valoração econômica. De acordo com Pereira e Costa (2019), ainda que seja difícil de perceber, cada indivíduo, em conjunto com milhões de outras pessoas, cria e coleciona um rico acervo digital. Isso ocorre sem que seja tão perceptível, talvez, porque esses bens digitais não ocupam praticamente nenhum espaço físico, mas em razão da contínua (e cada vez mais acentuada) digitalização de nossas vidas, essa coleção de bens aumenta a cada dia.

Como exemplos desses bens que constituem o patrimônio digital de uma pessoa, além de coleções de livros e músicas, domínios de internet, sistemas adquiridos, transações bancárias, contratos eletrônicos de compra e venda; pode-se utilizar como exemplo também, filmes e fotos pessoais, postagens feitas em blogs, documentos, e-mails, códigos fonte, ou seja, bens de caráter pessoal que não possuem valor patrimonial.

Inserido nesse universo de pertences digitais criados e colecionados por todos nós, vale destacar que a tecnologia mudou o modo de criação das coisas, a maneira como produzimos. Naturalmente, com a facilidade e ferramentas proporcionadas pela tecnologia, hoje se cria muito mais, por exemplo, fotos, músicas, obras de arte etc. que, certamente, fazem parte do conteúdo digital de cada um (MEDINA, 2013).

Nesse diapasão, a nosso ver, podemos incluir outros bens como, por exemplo, o perfil do Facebook, os tweets, os e-mails que compõem formas de expressão do titular, cujos sites sequer existiriam sem a contribuição de seus usuários que os criam. Dessa maneira, individualmente e cumulativamente, as pequenas criações de cada um, passam a ser parte importante de seu conteúdo digital.

Lara (2016) ressalta que na maioria dos casos, o conteúdo digital sobre o qual aqui ora se comenta, não é criado no isolamento e está sempre ligado aos demais usuários dentro de um ecossistema digital e, ainda, que tais interações não são oriundas de um processo profundo de análise, ou seja, esta interação acontece rapidamente. O Twitter é um grande exemplo disso; para muitos, o Twitter é uma rede de informação, é como permanecem conectados com os acontecimentos entre os seus amigos e ao redor do mundo. Assim, novas formas de comunicação continuam a quebrar a separação entre criação e reflexão e esses atos de criação de conteúdo digital fogem à nossa compreensão da posse.

Ocorre que, pelo que se pôde observar durante a realização deste trabalho, a maioria das pessoas não tem por objetivo acumular pertences digitais, sendo que esse fenômeno de criação e acúmulo desses bens acontece naturalmente e, diferentemente de quem coleciona moedas, placas, carros, por exemplo, no caso desse acervo, o tema é o próprio indivíduo.

Lara (2016) aponta que a mudança de hábitos sociais oriundos das intensas transformações tecnológicas ocorridas nos últimos anos, mostra-se necessária a adequação (atualização) do ordenamento jurídico vigente e, por conseguinte, a discussão e legislação acerca de assuntos, como o da herança digital, a fim de se acomodar o direito à realidade atual.

A utilização em nível global e de forma massiva dos computadores, que tem proporcionado relacionamento entre pessoas separadas fisicamente por quilômetros de distância, ainda sente a falta de legislações específicas.

Por outro lado, o Direito mostra-se como um fenômeno cultural e histórico com capacidade de evolução e adaptação infinita. Nesse sentido, nas palavras de Alarcón (2004, p. 97):

O Direito, como toda construção do homem, não é perfeito, mas é perfectível, é dizer, susceptível de ser reconstruído, levando em conta a inteligência, a prudência e reflexão do ser humano, que é seu artífice e, simultaneamente, seu objeto. É o ser humano que lhe outorga razão de ser, mas também quem o torna possível com a sua genialidade. Ainda que seja um fenômeno que acompanhe o decurso da história, o que o faz singular é que,

embora seu incrível caudal, a cálida angústia e pretensão do Direito consista sempre em ordenar normativamente a realidade. E a realidade é a realidade viva, é dizer, a realidade da vida, do admirável mundo do passado e do presente, e também, o prognóstico do futuro.

Nessa linha, o presente artigo buscou analisar o vácuo legislativo existente, em especial no tocante à herança digital: o que está sendo feito diante da ausência de lei específica; quais as medidas que as pessoas têm tomado em vida em relação à destinação de seus bens digitais; a possibilidade de se fazer um inventário digital; o dissenso quanto ao tratamento de bens passíveis de valoração econômica e afetiva; o respaldo que esse tema tem em leis já existentes e o aparente conflito entre o direito sucessório e os direitos da personalidade do de cujus.

6 A HERANÇA DIGITAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A legislação brasileira não tem previsão expressa em relação ao tema da herança digital, no entanto, em específico ao seu conceito e a possibilidade de esta ser albergada por analogia à legislação constitucional pátria vigente, podemos citar a menção constante do art. 5º, incs. XXVII e XXX da Constituição Federal.

Já em relação ao Código Civil, do art. 1.784 ao art. 1.828 – que corresponde ao Livro V, Do Direito das Sucessões –, encontra-se regulamentado o instituto da herança. Da mesma maneira, o citado código não traz definição explícita sobre o tema da herança digital, haja vista que tal legislação vigora desde 2002, mostrando-se desatualizada neste aspecto (MEDINA, 2019).

6.1 Marco Civil da Internet

Nos últimos anos, o crescente aumento do acesso à internet pelos brasileiros e os inúmeros casos concretos levados ao Judiciário trouxeram a necessidade de regulamentação do seu uso. Uma extensa discussão ocorreu na própria rede entre o último trimestre de 2009 e maio de 2010, para que a sociedade participasse da elaboração de um projeto de lei sobre o assunto.

Antes da discussão sobre o assunto, já havia sido criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br – por meio do Decreto 4.829, de 03.09.2003. O projeto foi apresentado em outubro de 2009 e ficou parado por mais de dois anos na Câmara dos Deputados. No entanto, as denúncias relacionadas à espionagem realizada por órgãos ligados ao governo dos Estados Unidos deram destaque ao tema, fazendo com que o projeto tramitasse em regime de urgência, nos termos do art. 64, § 1º da Constituição Federal (AMORIM, 2020).

Em seu art. 3º, o Marco Civil da Internet determina quais são os princípios que disciplinam o uso da internet no Brasil, quais sejam:

Art. 3º. [...]

I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

- II – proteção da privacidade;
- III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;
- IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;
- V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;
- VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;
- VII – preservação da natureza participativa da rede;
- VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta lei.

Nesse sentido, o CGI possui papel de grande relevância para a viabilização e aplicação dos citados princípios, uma vez que o órgão tem como propósito realizar estudos, debates e promover resoluções e orientações sobre a utilização da internet. No entanto, conforme aponta Lara (2016), tais resoluções e orientações, bem como as demais normas previstas, não são suficientes para esgotarem os inúmeros casos concretos que surgem sobre a utilização da internet, fazendo-se necessário a criação de normas mais específicas, como é o caso do tema objeto do presente trabalho (a herança digital e a proteção dos direitos da personalidade após a morte do indivíduo).

6.2 Projetos de Lei 4.099/2012 e 4.847/2012 – Alteração de Artigos do Código Civil

Segundo Lobo (2019), uma das mais festejadas mudanças da parte geral do novo Código Civil brasileiro, quando da sua promulgação em 2002, consistiu na inserção de um capítulo próprio, a tratar dos direitos da personalidade – arts. 11 a 21 – ainda que, a bem da verdade, não se tratava bem de uma novidade, tendo em vista a Constituição Federal trazer uma proteção até mais abrangente, principalmente no seu art. 5º, caput, que consagra alguns dos direitos fundamentais da pessoa natural

Um dos projetos de lei a que se faz menção é o Projeto de Lei 4.099-A de 2012, proposto pelo Deputado Federal Jorginho Mello, cujo tema principal é a herança digital. Tal projeto teve sua tramitação encerrada em face do término da legislatura de seu autor, em 21.12.2018 e tinha por objetivo a alteração do art. 1.788 do Código Civil, a fim de se fazer constar a herança digital, por meio da expressa garantia de transmissão de todo o acervo digital do de cujus aos seus herdeiros.

Dessa forma, caso o citado projeto fosse aprovado, o art. 1.788, passaria a ter o acréscimo de um parágrafo, ficando com a seguinte disposição: “Art. 1.788. [...]. Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.

A justificativa sustentada pelo Deputado Jorginho Mello mencionava a necessidade de adequações da legislação à nova realidade tecnológica que vivenciamos e as inúmeras situações levadas à apreciação do Poder Judiciário pelos herdeiros acerca do acervo digital deixado por seu ente falecido. Nesse sentido, o deputado ainda faz menção à disparidade testemunhada entre as decisões judiciais proferidas e vislumbra na alteração legislativa, um meio de pacificação de conflitos sociais crescentes (AMORIM e OLIVEIRA, 2020).

O segundo projeto de lei mencionado é o Projeto de Lei 4.847, de 2012 de autoria do Deputado Federal Marçal Filho, e que, no mesmo sentido do PL 4.099/2012, visava fazer constar a previsão expressa da herança digital, por meio do acréscimo do capítulo II-A e os arts. 1.797-A, 1.797-B e 1.797-C ao Código Civil, cujo teor era o seguinte:

Capítulo II-A

Da Herança Digital

Art. 1.797-A.

A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

I – senhas

II – redes sociais;

III – contas da internet;

IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I – definir o destino das contas do falecido;

a) transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) apagar todos os dados do usuário ou;

c) remover a conta do antigo usuário.

No mesmo sentido do PL 4.099/2012, a justificativa então defendida pelo Deputado Marçal Filho enfocava a importância do tema devido ao alto grau de digitalização em que vivemos e se

fundamenta na necessidade de aperfeiçoamento da legislação civil, no tocante aos bens digitais e sua sucessão (LOBO, 2019).

Vale destacar que, ainda que ambos os projetos tenham o mesmo objetivo – herança digital – o PL 4.847/2012, apesar de ser menos genérico no tocante ao conceito do tema, fora dispensado do PL 4.099/2012 e teve seu arquivamento anteriormente determinado pela Mesa Diretora da CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania) da Câmara dos Deputados. No entanto, apesar de seu arquivamento, verifica-se que, a partir do caput e incisos do art. 1.797-A teríamos a previsão legal do conceito de herança digital. E mais, ainda, a partir do constante do caput do art. 1.797-B, teríamos a expressa menção e materialização da figura do testamento digital.

Os dois projetos estipulam a sucessão do acervo digital como o acesso irrestrito a todos os bens do falecido, inclusive os personalíssimos e sem valor econômico (já exemplificados linhas atrás), o que, a nosso ver, mostra-se absurdo.

Além desses projetos acima delimitados, há dois projetos de lei em andamento atualmente: um deles é o projeto de lei 5.820/2019, que prevê a instrumentalização da disposição de última vontade no que tange à transmissibilidade dos bens digitais, visando com isso alterar, atualizar e tornar comum o codicilo³⁸ (ZAMPIER, 2020).

O mais recente destes projetos é o projeto de lei nº 3050/2020, que tem como intuito acrescentar um parágrafo único ao art. 1.788 do Código Civil, dispondo sobre a transmissibilidade aos herdeiros de todos os conteúdos de qualidade patrimonial, inclusive as contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança (ZAMPIER, 2020).

7 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetos de estudo os temas referentes ao direito sucessório, direito na internet e herança digital, visando atender ao cumprimento dos objetivos propostos anteriormente na pesquisa, especialmente relacionando-os com a doutrina e normas vigentes em território nacional.

O trabalho demonstrou que, a partir do advento e maior acesso à internet, novas situações foram criadas, como o fato do prolongamento da vida humana no plano digital, mesmo após a morte física, bem como suas consequências, em especial, e foco desta pesquisa, no plano sucessório de bens digitais.

Demonstrou-se que a tutela de pessoas falecidas é plenamente protegida no direito brasileiro e, em se tratando de direitos da personalidade póstuma, é já reconhecida a possibilidade de determinar a extensão de alguns direitos para além da morte (como o nome, a honra, a imagem, a privacidade, a intimidade etc.).

38O codicilo, ou pequeno codex, é disciplinado nos artigos 1.881 a 1.885 do Código Civil (Lei 10.406/02) e pode então ser compreendido com um escrito em vida que terá efeitos após a morte (CASTELLS, 2003).

Nesse diapasão, a presente pesquisa analisou o cenário legislativo existente, em especial no tocante à herança digital e demonstrou, de forma exemplificativa, o que está sendo feito diante da ausência de lei específica, o dissenso quanto ao tratamento de bens passíveis de valoração econômica e afetiva e o respaldo que esse tema tem em leis já existentes.

Foi discutido, assim, questão importante ainda não pacificada, que diz respeito aos bens que não possuem valoração econômica e que também configuram parte do acervo digital do de cujus requerido pelos herdeiros, como é o caso do acesso a contas com informações pessoais (e-mails e redes sociais, por exemplo).

Ficou claro que, considerando que a herança digital abrange todo o conteúdo imaterial, de titularidade do falecido, composto pelo acervo de seus bens digitais e que estes bens abarcam senhas, perfis em redes sociais, e-mails e outros bens personalíssimos não suscetíveis de valoração econômica, permitir o acesso irrestrito a todo esse acervo pode ofender os direitos da personalidade do falecido.

8 REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1998**. São Paulo: Método, 2004.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e partilha**: teoria e prática. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. rev. mod. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet**: reflexões, negócios e sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 6 – direito das sucessões**, 34, ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

GARCIA, Lara Rocha. **Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)**: guia de implantação. São Paulo: Fundação Vanzolini, 2020.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: Clube dos Autores, 2016.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Herança Digital e os Bens Guardados na Nuvem**. São Paulo. 2013. Disponível em: <<http://professormedina.com/2011/11/03/heranca-digital-e-os-bens-guardados-na-nuvem/>>. Acesso em: 03 out. 2015.

PEREIRA, Jorge Daniel de Albuquerque; COSTA, João Santos. **Herança Digital**: as redes sociais e sua proteção pelo direito sucessório brasileiro. As Redes Sociais e sua Proteção Pelo Direito Sucessório Brasileiro. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/heranca-digital-as-redes-sociais-e-sua-protecao-pelo-direito-sucessorio-brasileiro/>. Acesso em: 18 set. 2022.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção dos dados pessoais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, Rio Grande do Sul, p. 163-180, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v4i11.438>. Acesso em: 10 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paul: Saraiva, 2019.

PIERRE LÉVY. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Pierre_L%C3%A9vy&oldid=64296516. Acesso em: 28 ago. 2022.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. São Paulo: Foco, 2020.

DA MONOGAMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: UMA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

PEDRO TERRA AMÂNCIO DE RESENDE CAIXETA:

Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Pós-graduado em Advocacia Cível, pela Escola Superior da Advocacia (ESA). Pós-graduado em Direito de Família e Sucessões pela Fundação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP/RS) e em Direito Civil Aplicado de Família, pelo Instituto de Educação Continuada (IEC), da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduando em Direito Processual Civil, pelo Instituto de Educação Continuada (IEC), da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

RESUMO: Com a nova ordem constitucional e, mais modernamente ainda, a Emenda Constitucional nº 66, bem como com o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo Supremo Tribunal Federal, o Direito familiarista pátrio viu reforçado algo que, há algum tempo, já se mostrava presente na doutrina da espécie, a saber, o afeto como elemento constitutivo dos mais variados grupos familiares. Essa questão, no entanto, em que pese o considerável e reconhecido avanço jurídico sobre o tema, trouxe consigo outros assuntos, já antigos, porém, talvez, nunca devidamente discutidos, dentre os quais se pode citar a monogamia, tema deste artigo. Objetiva-se, então, analisar o papel da monogamia na Carta Cidadã, bem como sobre a sua influência na legislação infraconstitucional, tentando-se apontar, se possível, se a monogamia, de fato, se apresentaria como um princípio constitucional ou, em caso negativo, se a sua presença nos diplomas inferiores estaria de acordo com a atual ordem constitucional. Para tanto, utiliza-se, em sua integralidade, de bibliografia documental, seja por análise de doutrina, seja por meio de verificação de dispositivos legais, seja por meio de transcrição de jurisprudência. Por fim, justifica-se o presente tema justamente pela sua relevância no ordenamento jurídico pátrio e pela sua posição de destaque no Direito das famílias atual, ficando não haver, nesta oportunidade, por óbvio, a pretensão de se esgotar o tema.

Palavras-chave: Monogamia. Direito das Famílias. Princípio. Ordenamento Jurídico.

1 INTRODUÇÃO

Ab initio, cumpre verificar que “com a Constituição da República as relações familiares adquiriram novos contornos” (DIAS, 2020, p. 69), tendo se aumentado as possibilidades do que se entende por família, a partir do momento em que se afastou, como única configuração familiar reconhecida, a família matrimonializada (DIAS, 2020). Tal alteração, por óbvio, representou um novo paradigma para o Direito das famílias contemporâneo, que passou a se encontrar fundado na ideia do afeto como “balizador e catalizador das relações familiares” (CUNHA, 2020, p. 97), tratando-se, portanto, hoje, de verdadeira “base de sustentação do Direito de Família” (CUNHA, 2020, p. 97).

Esse pluralismo, em princípio amplo, advindo da elevação do patamar do afeto no ordenamento jurídico pátrio, não foi de todo suficiente para afastar algumas questões que ainda se encontram intimamente ligadas ao tema das configurações familiares, a saber, a monogamia. Surgida como resultado de uma tentativa econômica de famílias abastadas, ou seja, com o fim de se permitir a continuidade da riqueza de determinada família, por meio do instituto da herança (ENGELS, 2020), a monogamia se tornou parte, pelo menos conforme a doutrina pátria majoritária, indissociável do ordenamento nacional. O próprio casamento, por exemplo, que dá início ao que se chama de entidade matrimonializada, tem, como um de seus impedimentos, a existência, entre os nubentes, de pessoa casada, conforme o artigo 1.521, VI, do Código Civil vigente (BRASIL, 2002).

Hoje, no entanto, tendo em vista a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, prevista na Carta Cidadã, um dos pressupostos trazido por Engels (2020) para o fim da monogamia, haveria sentido em se falar na continuidade da monogamia? E mais, já que não prevista na CRFB/1988, qual seria sua natureza? Seria um princípio? De qualquer forma, utilizando-se da teoria da norma jurídica, desenvolvida por Bobbio (2020), que determina, em resumo, que há uma hierarquia de normas e que se deve, num determinado ordenamento jurídico, haver harmonia entre tais normas, se se reconhecer por inexistente a monogamia como princípio constitucional, levando-se em conta, ainda, todas as demais questões ora pautadas, haveria que se admitir, na legislação infraconstitucional, a sua existência, como regulador da autonomia privada, em detrimento do afeto? Ou, ao contrário, a conclusão mais apropriada, por assim dizer, seria, ao fim de toda a exposição, o reconhecimento do necessário afastamento da monogamia das relações familiares, por incompatibilidade com os anseios constitucionais modernos da ordem vigente nacional, por força, por exemplo, da abertura textual do instituto do casamento, previsto na CRFB/1988, vista, aqui, como norma inclusiva e exemplificativa, e da pluralidade do afeto?

2 DESENVOLVIMENTO

2.2 Da monogamia em Engels

Antes que se passe a tratar da monogamia e do seu espaço no ordenamento jurídico, mostra-se necessário trazer à baila, mesmo que, eventualmente, de forma sintética, o que se entende por monogamia. Segundo Engels, “surge [...] da família pré-monogâmica, no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie” (ENGELS, 2020, p. 85), fundamentada na dominação do homem, com o fim de procriação, sendo certo que a paternidade dos filhos havidos a partir de tal modelo relacional seria tida por indiscutível, devendo, quando da fase adulta, tomar posse dos bens paternos, por meio da sucessão (ENGELS, 2020). Trata-se, então, de entidade familiar com laços conjugais mais sólidos, que não poderão ser rompidos por vontade da mulher, mas tão somente por aquela do homem (ENGELS, 2020). Sobre o tema, aliás, assevera, ainda, que:

A existência da escravidão junto à monogamia, a presença de jovens e belas prisioneiras que pertencem, com tudo o que têm, ao homem, é o que define desde a origem o caráter específico da monogamia que é monogamia para a mulher e não, para o homem. E ainda hoje tem esse caráter. (ENGELS, 2020, p. 86).

De se observar, por oportuno, que a monogamia “[...] não foi, de modo algum, fruto do amor sexual individual, com o qual nada tinha a ver, já que os casamentos continuavam sendo, como antes, casamentos de conveniência” (ENGELS, 2020, p. 89). Foi, então, segundo o autor, “a primeira forma de família que não se baseava em condições naturais, mas em condições econômicas e, de modo específico, no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva [...]” (ENGELS, 2020, p. 89). Continua, afirmando que “a monogamia, portanto, não entra de modo algum na história como uma reconciliação entre o homem e a mulher e, menos ainda, como a forma mais elevada de casamento” (ENGELS, 2020, p. 89), mas, sim, ao contrário, como uma forma de submissão de um sexo ao outro, a saber, da mulher ao homem (ENGELS, 2020).

Nesse diapasão, ao lado do surgimento da monogamia, viu-se aparecer o fenômeno do heterismo, termo entendido como “as relações sexuais extraconjugais que ocorrem junto da monogamia e que os homens mantêm com mulheres não casadas” (MORGAN apud ENGELS, 2020, p. 90), sendo sua forma extrema a prostituição, de acordo com o citado teórico austríaco. Tal fato social, como reconhecido pelo próprio Engels, visava possibilitar a manutenção da liberdade sexual de outrora, a favor, por evidente, da classe masculina burguesa. Essa prática, importante que se diga, mais do que tolerada, era amplamente praticada pelas classes abastadas masculinas, somente sendo dirigida eventual reprovação a mulheres, reforçando, conforme já dito, o patamar superior que o homem se encontrava à época, o que resultava, por óbvio, na rejeição da mulher à posição de desprezo (ENGELS, 2020), “para que se proclame uma vez mais como lei fundamental da sociedade a supremacia absoluta do homem sobre o sexo feminino” (ENGELS, 2020, p. 91).

O desenvolvimento gradual da monogamia, no entanto, ao lado do heterismo, forma, como visto, de alívio do homem casado, fez criar, para a esposa, a figura do abandono, o que, na visão de Engels (2020), se trata de verdadeira contradição. Foi nesse ambiente, então, que “apareceram duas figuras sociais constantes e características, até então desconhecidas: o inevitável amante da mulher casada e o marido traído” (ENGELS, 2020, p. 91), dizendo, em continuidade, que “os homens haviam conseguido vencer as mulheres, mas as vencidas se encarregaram, generosamente, de coroar os vencedores” (ENGELS, 2020, p. 91).

A monogamia, porém, como bem observa Engels (2020), não seu deu, nos mais variados povos, de maneira exatamente igual. A título de exemplo, pode-se mencionar, por exemplo, a sociedade romana, na qual “a mulher era mais livre e mais considerada” (ENGELS, 2020, p. 92), já que a fidelidade, nesse caso, estava muito mais ligada ao poder do homem romano sobre a vida de sua mulher. Curioso observar, no entanto, que, em que pese o poder que o homem romano possuía sobre a vida e morte da mulher romana, esta poderia romper o vínculo matrimonial, se assim quisesse (ENGELS, 2020).

Verifica-se, então, nessa toada, em continuidade, que “o maior progresso no desenvolvimento da monogamia ocorreu decididamente com a entrada dos germânicos na história” (ENGELS, 2020, p. 92). Essa nova monogamia, por assim dizer, resultante da mistura dos povos e da influência do povo germânico, “revestiu a dominação do homem de formas mais suaves e atribuiu às mulheres uma posição muito mais respeitada e livre, pelo menos aparentemente, do que aquelas que já conhecera na Antiguidade clássica” (ENGELS, 2020, p. 93), permitindo, dentro

de tal cenário histórico, o amor sexual individual moderno, o que, segundo Engels (2020), era, até então, desconhecido no mundo.

Acerca do amor sexual individual moderno, destaca o referido pensador que não há que se confundir o seu surgimento com a existência de amor mútuo dos cônjuges, o que, conforme ele, restava afastada, pela própria natureza de submissão feminina imposta pela monogamia (ENGELS, 2020). Aduz, em prosseguimento, que o casamento burguês, em seus dias³⁹, assumiu duas feições, a saber: 1) Decisão dos pares pela família do nubente homem, ou seja, cabe aos pais decidir com quem seu filho casará, ensejando, por evidente, diante da ausência de amor e afeto, em “heterismo exuberante por parte do homem e adultério exuberante por parte da mulher” (ENGELS, 2020, p. 94), hipótese clara, portanto, de casamento de conveniência, isto é, de contrato; 2) Noutra giro, em países protestantes, aumenta-se, até certo ponto, a liberdade do filho burguês em escolher sua própria mulher, desde que dentro de sua classe social, diminuindo-se, assim, substancialmente, o seu heterismo e, de igual modo, a infidelidade da mulher (ENGELS, 2020). Registra, o filósofo, porém, que, “em ambos os casos, o matrimônio é condicionado pela posição social dos contraentes e, nessa medida, é sempre um matrimônio de conveniência” (ENGELS, 2020, p. 95), passando a análise, anteriormente, pelo romance, contrapondo o romance francês ao romance alemão, deixando, no entanto, de se mencionar, de forma mais profunda, tal diferenciação, por entender desnecessário à pretensão do presente artigo.

Se a monogamia surgiu por uma preocupação patrimonial, notadamente, por força da tentativa de se garantir a continuidade da riqueza de determinada família, por evidente, sentido não haveria na existência da monogamia para as famílias mais pobres e para aquelas da classe operária, ficando certo, então, que faltariam em tais núcleos familiares “todos os fundamentos da monogamia clássica. Faltam aí, por completo, os bens e as riquezas, para cuja conservação e transmissão por herança foram instituídas precisamente a monogamia e a dominação do homem” (ENGELS, 2020, p. 96). Na família proletariada, portanto, assevera Engels (2020), como em comento, as bases ensejadoras da supremacia masculina restariam afastadas, motivo pelo qual, para ele, “a família do proletário já não é uma família monogâmica no sentido estrito da palavra” (ENGELS, 2020, p. 96), restando igualmente afastadas, por conseguinte, “o heterismo e o adultério, enternos companheiros da monogamia” (ENGELS, 2020, p. 96).

Em sua análise histórica, ao tratar da família individual, entidade que se poderia dizer como seguinte na evolução das famílias, Engels (2020) não demonstra entender por existentes avanços. Ao contrário, tomando mão, por analogia, da antiga economia doméstica comunista, afirma que, juridicamente, no casamento, no concernente à igualdade de direitos, não se notaria nenhuma melhora, observando, ainda, que, mesmo nos ordenamentos jurídicos mais avançados, o legislador se daria por satisfeito com a declaração formal de vontade dos nubentes, pouco importando, então, à lei e ao jurista, “com o que se passa por trás dos bastidores jurídicos, em que corre a vida real, nem como se tenha chegado a esse consentimento de livre vontade” (ENGELS, 2020, p. 97).

³⁹ A primeira edição da obra “A origem da família, da propriedade privada e do estado” data, originalmente, do ano de 1.884.

Nessa toada, merece destaque o seguinte trecho:

A família individual moderna está baseada na escravidão doméstica, transparente ou dissimulada, da mulher e a sociedade moderna é uma massa cujas moléculas são compostas exclusivamente por famílias individuais. Hoje em dia é o homem que, na maioria dos casos, tem de ser o suporte, o sustento da família, pelo menos nas classes possuidoras, e isto lhe dá uma posição de dominador que não precisa de nenhum privilégio legal específico. Na família, o homem é o burguês e a mulher representa o proletário. (ENGELS, 2020, p. 98).

Com efeito, para Engels (2020), do mesmo modo que a república democrática moderna não teria tido o condão de afastar o antagonismo e a luta de classes, o mesmo teria se dado em relação ao domínio do homem. Em outras palavras, tem-se que “[...] o domínio do homem sobre a mulher na família moderna, assim como a necessidade e o modo de se estabelecer uma igualdade social efetiva entre ambos, não se manifestarão com toda a nitidez senão quando homem e mulher tiverem, por lei, direitos absolutamente iguais” (ENGELS, 2020, p. 99).

Em resumo, depreende-se de sua obra, no que diz respeito às formas de casamento, presentes e notadas ao longo da evolução humana, que três seriam as principais, tendo verificado que:

Ao estado selvagem corresponde o casamento por grupos; à barbárie, o casamento pré-monogâmico e à civilização corresponde a monogamia com seus complementos, o adultério e a prostituição. Entre o casamento pré-monogâmico e a monogamia, inserem-se, na fase superior da barbárie, a sujeição das mulheres escravas aos homens e a poligamia (ENGELS, 2020, p. 99).

E o que se poderia esperar do futuro? Para o autor em tela (ENGELS, 2020), o futuro seria caracterizado por uma revolução social, no qual os pilares fundantes econômicos da monogamia desaparecerão, assim como, em sua visão, desapareceria a prostituição, já que, ressalte-se, conforme visto, “a monogamia surgiu da concentração de grandes riquezas nas mesmas mãos - as de um homem - e do desejo de transmitir essas riquezas, por herança, aos filhos desse homem, excluídos os filhos de qualquer outro” (ENGELS, 2020, p. 100), sendo crucial, para tanto, a monogamia da mulher, porém, por evidente, não a do homem, já que a monogamia da mulher não teria representado nenhum empecilho à poligamia desse (ENGELS, 2020).

Isso posto, em atenção à alteração dos meios de produção, tem-se, por certo, que a situação dos homens haverá, sobremaneira, de se modificar, assim como a das mulheres (ENGELS, 2020), “quando os meios de produção passarem a ser propriedade comum, a família individual deixará de ser a unidade econômica da sociedade” (ENGELS, 2020, p. 100), momento em que “a economia doméstica converter-se-á em indústria social” (ENGELS, 2020, p. 100), passando o tratamento e educação dos infantes a ser verdadeiro tema de política pública (ENGELS, 2020). De se perceber,

igualmente, que, nesse cenário, se dispensará aos filhos, legítimos ou não⁴⁰, igual tratamento, por parte da sociedade, fazendo desaparecer, assim, “o temor das consequências que é hoje o mais importante fator social, tanto do ponto de vista moral como do ponto de vista econômico, e que impede uma jovem solteira de se entregar livremente ao homem que ama” (ENGELS, 2020, p. 101).

Relevante contribuição ainda deve ser trazida à baila, por importante para a abordagem da liberdade contratual do casamento, mesmo que em apertada síntese. Ao se debruçar sobre o tema da prostituição, questionando-se sobre o seu fim, um novo elemento aparece em sua obra, qual seja, o amor sexual individual. Trata-se, de maneira muito resumida, do que se teria hoje na sociedade, isto é, a liberdade total do indivíduo, que poderia se relacionar com quem entendesse, levando em conta seus anseios, desejos, vontades e atrações. Em outras palavras, se está a dizer do afastamento das regras econômicas do casamento para dar lugar, por assim dizer, a temas metafísicos, como os sentimentos e, notadamente, o próprio amor, algo que já era regra nas classes dominadas, em oposição à classe dominante (ENGELS, 2020), que, por sua vez, continuava, em grande parte, “submetida às influências econômicas conhecidas e, por esse motivo, só em casos excepcionais apresenta casamentos contraídos com real liberdade” (ENGELS, 2020, p. 106).

Nesse diapasão, só se poderia verificar total liberdade ao contrair matrimônio “quando a eliminação da produção capitalista e das relações de propriedade por ela criadas tiverem removido todas as considerações econômicas [...] que ainda hoje exercem uma influência tão poderosa na escolha dos esposos.” (ENGELS, 2020, p. 107), hipótese em que o matrimônio, então, “já não terá outra causa determinante além da inclinação recíproca”.

Nesse sentido, interessante perceber que Engels se aproxima muito do direito familiarista moderno, ao concluir pelo afeto como ponto mais importante das relações amorosas. Para ele, “se somente o casamento baseado no amor é moral, só pode ser moral o casamento em que o amor persiste.” (ENGELS, 2020, p. 107). Assim, “quando o afeto desaparece ou é substituído por um novo amor apaixonado, a separação será um benefício tanto para ambas as partes como para a sociedade” (ENGELS, 2020, p. 107).

Diante disso, extremamente notável é o seguinte trecho, que ora se colaciona, com o qual se encerra o presente capítulo:

Quando se aceitar o fato de que a família passou por quatro formas sucessivas e agora se encontra na quinta, surge logo a pergunta se essa forma pode ser permanente no futuro. A única resposta que pode ser dada é que a família terá de progredir na medida em que a sociedade progride que terá de mudar na medida que a sociedade se modificar, exatamente o mesmo aconteceu no passado. A família é produto do sistema social e refletirá sua cultura. Como a família monogâmica se aperfeiçoou consideravelmente desde o começo da civilização e, de maneira realmente notável nos tempos modernos, é lícito pelo menos supor que seja capaz de

⁴⁰ Termo usado pelo próprio Engels.

continuar seu aperfeiçoamento até que a igualdade entre os dois sexos seja atingida. Se, num futuro distante, a família monogâmica não mais atender às exigências sociais, é impossível prever a natureza da família que irá sucedê-la. (ENGELS apud MORGAN, 2020, pp. 108/109).

2.3 Das teorias de Bobbio, da monogamia no ordenamento jurídico pátrio e do afeto como elemento constitutivo das famílias

Feita tal contextualização do instituto da monogamia, passa-se a verificar, a partir das teorias da norma jurídica e do ordenamento jurídico, produzidas por Bobbio, mesmo que de maneira resumida, acerca de seu lugar e aplicação Direito nacional.

Para tanto, em primeiro lugar, necessário determinar o que se entende por norma. De início, o jurista faz um alerta, senão vejamos:

Se me proponho a conhecer não qual é a estrutura formal das normas jurídicas que aqui se desenvolve não exclui absolutamente outros modos de considerar o direito. Se me proponho a conhecer não qual é a estrutura da norma jurídica, mas qual é a oportunidade ou a conveniência ou a justiça das normas jurídicas que compõem um determinado sistema, ou qual é a eficácia social que certas normas exercem em um determinado ambiente histórico, o objetivo da minha investigação não será mais a forma ou a estrutura, ou seja, para usar uma metáfora, o invólucro, o recipiente, mas o conteúdo, o que o recipiente contém, isto é, os comportamentos regulados. (BOBBIO, 2019, p. 70).

Superado o aviso supra, Bobbio leciona ser a norma “uma proposição” (BOBBIO, 2019, p. 72). Para ele, então, “um código, uma constituição, são um conjunto de proposições” (BOBBIO, 2019, p. 72). Questão importante, no entanto, residiria na característica ou, para se utilizar um termo de sua preferência, *status* das referidas proposições que compõem um diploma legal (BOBBIO, 2019).

Sustenta Bobbio (2019), ao explicar a repartição teórico-conceitual de sua análise, que as normas jurídicas seriam uma espécie do gênero proposição prescritiva⁴¹. Já por proposição, descreve ser “um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade” (BOBBIO, 2019, p. 72).

Adiante, ao tratar sobre as três funções fundamentais da linguagem, a saber, descritiva, expressiva e prescritiva, Bobbio (2020) reitera aquilo que, em oportunidade anterior, já havia restado claro de que, em sua obra, interessará, de modo especial, por óbvio, a função prescritiva, constituindo, para ele, como exemplo mais interessante de linguagem normativa, “um conjunto de leis ou regulamentos, um código, uma Constituição” (BOBBIO, 2019, p. 77). Saliente-se, por relevante, que a função prescritiva, além do que já restou em comento, consistiria “em dar

⁴¹ Bobbio não utiliza, de forma específica, no início do capítulo da norma como proposição (3.2), o termo “gênero”, limitando-se a dizer “categoria geral”, ao se referir às proposições prescritivas.

comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*” (BOBBIO, 2019, p. 77).

Uma vez esclarecido o conceito de norma, na visão de Bobbio, forçoso se proceder à distinção entre as normas jurídicas e outros tipos normativos. Precipuamente, lança mão da primeira teoria, aplicada ao tema e à questão do que seria o Direito, a qual afirma que o elemento caracterizador do Direito e, portanto, das normas jurídicas seria o de que regulam situações intersubjetivas, isto é, entre sujeitos, o que, para Bobbio (2019), não seria suficiente, já que as normas sociais também servem ao mesmo fim. Essa teoria, vez que incompleta, daria subsídio para que se originasse um novo pensamento, focado no fim da norma (BOBBIO, 2019), no qual se teria que “o direito regula sim, como as normas sociais, relações intersubjetivas, mas não relações intersubjetivas genéricas” (BOBBIO, 2019, p. 146), o que acabaria, também, por se mostrar insuficiente. Por fim, ao caminhar por vários critérios, o jusfilósofo chega, finalmente, à sanção, definida, por ele, “como o expediente por meio do qual se busca, em um sistema normativo, salvaguardar a lei da erosão das ações contrárias (BOBBIO, 2019, p. 151), ou seja, de modo mais breve, trata-se de “resposta à violação” (BOBBIO, 2019, p. 151).

Noutro giro, a sanção, como novo critério, ainda restaria, demasiadamente, aberta em sua acepção. Por isso, passa o filósofo a se debruçar sobre qual tipo de sanção seria aquela característica e existente nos ordenamentos jurídicos, isto é, qual seria a essência de tal sanção. Como não se trata do objeto do presente artigo, toma-se a liberdade de deixar de se manifestar sobre os dois tipos de sanções abordados pelo autor, antes de se chegar, propriamente, naquilo que chama de sanção jurídica, a saber, sanções moral e social, bastando, para os devidos fins, saber que foram objeto de sua obra.

Sobre a sanção jurídica, especificamente, Bobbio, em resumo, alega se distinguir “da moral por ser externa, isto é, por ser uma resposta de grupo, e da sociedade por ser *institucionalizada*, isto é, por ser regulada, em geral, com as mesmas formas e por meio das mesmas fontes de produção das regras primárias” (BOBBIO, 2019, p. 157). Dito de outra forma, caracterizam-se por possuírem, como consequência, se violadas, “uma resposta *externa e institucionalizada*” (BOBBIO, 2019, p. 157). Acrescenta, ainda, que:

A presença de uma sanção externa e institucionalizada é uma das características daqueles grupos que constituem, segundo uma acepção que foi se tornando cada vez mais comum, os ordenamentos jurídicos. Podemos, portanto, considerar esse tipo de sanção como um novo critério para identificar as normas jurídicas. (BOBBIO, 2019, pp. 157/158).

Sabe-se, já, por meio do apanhado levado a efeito, qual é o conceito de norma jurídica para Bobbio. Ocorre, no entanto, que ainda cumpre questionar qual seria o seu entendimento acerca do ordenamento jurídico, o que passa a abordar.

Agora, em sua “Teoria do Ordenamento Jurídico”, o ilustre doutrinador de Turim trabalha, inicialmente, com a ideia de “as normas jurídicas não existem isoladamente, mas sempre em um

contexto de normas que guardam relações particulares entre si”, o que ele chama de ordenamento (BOBBIO, 2020, p. 35). Renova, ainda, na oportunidade, sua lição acerca da teoria da instituição, tema, como se demonstrará do trecho abaixo, intimamente afeto ao conceito de ordenamento jurídico, assim se expressando:

A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito [...] de pôr em relevo o fato de que só se pode falar em direito onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o direito não é a norma, mas um conjunto ordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo. (BOBBIO, 2020, p. 37).

Isso, porque a teoria do ordenamento jurídico constitui, verdadeiramente, uma teoria da norma jurídica (BOBBIO, 2020), de sorte que qualquer definição do direito que se pretenda somente será, de fato, satisfatória se tomar como prisma de análise o ordenamento jurídico (BOBBIO, 2020).

Mais adiante, o jurista retoma o estudo da norma, objeto de sua última obra, referenciada neste artigo, opondo-a, agora, porém, à conceituação do ordenamento jurídico, tendo, como primeira conclusão, de que todo teórico do direito teria, necessariamente, um caminho a ser trilhado, que teria seu início na parte e chegaria ao todo (BOBBIO, 2020). Transpondo-se essa explanação genérica para o campo das teorias da norma e do ordenamento jurídico, tem-se que, “mesmo partindo da norma, chega-se, quando se quer entender o fenômeno do direito, ao ordenamento” (BOBBIO, 2020, p. 42). O citado autor, agora de forma mais clara, toma, para fins de entendimento do instituto da norma, um novo elemento, qual seja, o ordenamento jurídico. Passa-se, então, a se deslocar o problema do direito, antes presente na norma, para o ordenamento jurídico, local, o que, segundo ele, seria seu local apropriado (BOBBIO, 2020).

Encerrado o resgate inicial, se ocupa, novamente, do tema da sanção, porém, agora também, sob a óptica do ordenamento, senão vejamos:

Quando se fala de uma sanção organizada como elemento constitutivo do direito, nos referimos não às normas em particular, mas ao *ordenamento normativo tomado em seu conjunto*, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que *todas* as normas daquele sistema sejam sancionadas, mas somente que o são *em sua maioria*. (BOBBIO, 2020, p. 43).

Em vista disso, o direito seria um fenômeno, por óbvio, complexo e que se vincularia sempre a um sistema normativo inteiro, o qual seria seu ponto de referência (BOBBIO, 2020). Tal ordenamento, no entanto, por evidente, não seria perfeito. Ao contrário, estaria sujeito a problemas, já que composto de várias normas, o que resultaria, por conseguinte, em possibilidades eventuais de conflitos advindos das relações das normas entre si (BOBBIO, 2020). Aliás, sobre a referida complexidade, enunciou que “a complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de a necessidade de regras de conduta em uma sociedade ser tão grande que não há qualquer poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la isoladamente” (BOBBIO, 2020, p. 50).

Após sua fala inicial, passeia, com a propriedade que é a ele característica, pelas fontes do ordenamento, bastando, para os fins pretendidos neste texto acadêmico, se atentar para o fato de que, quando cuida das fontes delegadas, cita, como exemplo, dentre outros, a relação existente entre as normas constitucionais e as leis ordinárias, “as quais podem ser, por vezes, consideradas como regulamentos executivos das diretrizes de máxima contidas na Constituição” (BOBBIO, 2020, p. 51), sendo certo que “à medida que se sobe na hierarquia das fontes, as normas se tornam sempre menos numerosas e mais genéricas” (BOBBIO, 2020, p. 51).

De qualquer forma, seja lá como for o ordenamento jurídico sobre o qual se esteja a falar, para Bobbio (2020), o ponto de referência de toda e qualquer norma desse ordenamento seria, claro, o poder originário, ou seja, “o poder para além do qual não existe outro sobre o qual o ordenamento jurídico possa encontrar justificção” (BOBBIO, 2020, p. 52), tratando-se, diga-se de passagem, de elemento necessário, principalmente, “para fundar a unidade do ordenamento” (BOBBIO, 2020, p. 52), chamado, por ele, “de *fonte das fontes*” (BOBBIO, 2020, p. 53).

Já sobre as fontes do Direito em si, assevera que “o conhecimento de um ordenamento jurídico (e mesmo de um setor particular desse ordenamento) começa sempre da enumeração das suas fontes” (BOBBIO, 2020, p. 55). Esse ordenamento, vale ressaltar, “além de regular o comportamento das pessoas, *regula ainda o modo como se devem produzir as regras*” (BOBBIO, 2020, p. 56), ou seja, pode-se dizer que “o ordenamento jurídico regula a própria produção normativa” (BOBBIO, 2020, p. 56).

Aprofundando-se no objeto da construção do ordenamento jurídico, Bobbio (2020), de pronto, ao perceber a existência de normas superiores e inferiores, reconhece que o ordenamento jurídico apresentaria em si uma estrutura hierárquica. Com o fim de validar sua teoria, lança mão da teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, construção de Kelsen, e comumente conhecida, na prática jurídica e acadêmica, como a pirâmide de Kelsen, teoria, aliás, que “se presta a dar uma explicação sobre a unidade de um ordenamento jurídico complexo” (BOBBIO, 2020, p. 58). Em continuidade:

O núcleo dessa teoria é que as normas de um ordenamento não estão todas em um mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As normas inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores até aquelas que se encontram mais acima, chega-se enfim a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Todo ordenamento possui uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; isto é, faz das normas esparsas e de variada proveniência um todo unitário, que se pode chamar, a justo título, de “ordenamento”. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas, das quais falamos até agora, constituiriam um acumulado de normas, não um ordenamento. Em outras palavras, conquanto sejam numerosas as fontes do direito em um

ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem ser deduzidas de uma única norma. [...] Quanto às normas legislativas, essas são editadas seguindo as regras estabelecidas pelas leis constitucionais para a edição das leis.

Pertinente colacionar as palavras de Bobbio, ao aludir, mais profundamente, sobre a pirâmide de Kelsen, o que faz nos seguintes termos:

Quanto à pirâmide que representa o ordenamento jurídico, dado que poder e obrigação são termos correlativos, se a considerarmos de cima para baixo, veremos uma série de poderes sucessivos: o poder constitucional, o poder legislativo ordinário, o poder regulamentar, o poder jurisdicional, o poder negocial e assim por diante; se considerarmos de baixo para cima, veremos uma série de obrigações que se seguem umas às outras: a obrigação de um sujeito de executar a sentença de um magistrado; a obrigação do magistrado de ater-se às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a constituição. [...] Na passagem da norma constitucional para a ordinária, são frequentes e evidentes tanto os limites materiais quanto os limites formais. Quando a lei constitucional atribui aos cidadãos, digamos, o direito à liberdade religiosa, limita o conteúdo normativo do legislador ordinário, isto é, proíbe-o de editar normas que tenham por conteúdo a restrição e a supressão da liberdade religiosa. [...] Quando uma constituição estabelece que o Estado deve prover a instrução até certa idade, atribui ao legislador ordinário um limite positivo; quando, ao contrário, atribui certos direitos de liberdade, estabelece um limite negativo, isto é, proíbe a edição de leis que reduzam ou eliminem aquela esfera de liberdade. (BOBBIO, 2020, pp. 61/63).

Outro tema de extrema relevância é o da validade, em comparação com a sua pertinência ao ordenamento jurídico. Explica o jurista que “uma norma é válida quando puder ser reconectada, não importa se através de um ou de vários elos, à norma fundamental” (BOBBIO, 2020, p. 68), razão pela qual pode se dizer que “a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer a pertinência de uma norma a um ordenamento, em outras palavras, é o *fundamento de validade de todas as normas do sistema*” (BOBBIO, 2020, p. 68).

Se, porém, o que responde ao questionamento do que se teria por direito não mais seria a norma, mas, sim, o ordenamento e, mais, se se sabe que o ordenamento jurídico ideal deve ser harmônico, em que pese o fato da possibilidade de conflito de normas, questão importante, então, residiria na unidade de tal ordenamento e nas formas de solução de antinomias. Notadamente às formas de solução de antinomias, Bobbio (2020) cita três, a saber, critério cronológico, hierárquico e da especialidade. Aqui, também, se deixará de mencionar sobre os critérios cronológico⁴² e da

⁴² Para Bobbio (2020), deve ser entendido como a prevalência da norma posterior.

especialidade⁴³, sendo suficiente entender que “o critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*” (BOBBIO, 2020, p. 95), o que resulta, justamente, na possibilidade de normas superiores revogarem inferiores, não sendo, no entanto, o contrário verdadeiro.

Isso posto, cumpre trazer as lições do jurista italiano para análise do ordenamento jurídico pátrio, notadamente, numa tentativa de se tentar compreender se, de fato, haveria alguma proibição constitucional em desfavor da monogamia, tendo em vista a unidade de todo ordenamento.

Para tanto, por evidente, parte-se, tomando mão da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) (BRASIL, 1988). A Carta Cidadã, em seu artigo 226, §1º, não define o que se entenderia por casamento, limitando-se a dizer tão somente que “o casamento é civil e gratuita a celebração” (BRASIL, 1988). Ato contínuo, a CRFB/1988 passa a mencionar, em seu §2º, que “para proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988). Tem-se, então, até o momento, que nenhuma indicação haveria, na Lei maior, sobre qual seria a *ratio* legiferante, por assim dizer, do legislador constituinte, quando da delimitação jurídica do casamento. Necessário, no entanto, se prosseguir.

Ponto, talvez, mais importante deles, a nosso ver, seria encontrado no §4º, do referido artigo, no qual se lê que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988). Ora, sem se pretender adentrar muito nos mais variados métodos hermenêuticos existentes e em qual deles seria o mais adequado para o caso, vez que não é o objeto deste estudo, mas é evidente que a CRFB/1988 está, verdadeiramente, a admitir os mais tipos de configurações familiares, até mesmo, ousa-se dizer, em última instância, para fins do próprio instituto do casamento, o que seria, no mínimo, um indício da escolha da Carta Magna pela liberdade dos indivíduos e de sua autonomia privada nas relações amorosas e conjugais, em detrimento da monogamia.

De se observar, aliás, reavivando tema já posto por Engels, que, hoje, se teria, possivelmente, o campo mais adequado para o afastamento da monogamia, não só pela própria modernidade natural da sociedade contemporânea, mas, principalmente, pela igualdade entre homens e mulheres, elemento inexistente à época e que ele, como visto, entendia ser uma das bases da monogamia. Sobre a igualdade, oportuno que se apresente o que dispõe o artigo 5º, em seu inciso I, senão vejamos: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). O outro elemento, segundo Engels, acima exposto, que fez eclodir a monogamia, como se deve lembrar, era justamente a tentativa de se garantir e manter a riqueza de determinada família. Em que pese não ser extremamente importante nem indispensável, no presente tópico, toma-se a liberdade de se mencionar, em completude, somente a título de

⁴³ Já o critério da especialidade, chamado por Bobbio de *lex specialis*, é tido como, justamente, como a prevalência da lei especial, quando se está diante de conflito entre uma lei geral e uma especial.

curiosidade, já que tal elemento também, por assim dizer, estaria ameaçada, diante do enorme número de doutrinadores que entendem por indevido o instituto da legítima⁴⁴, notadamente, se se considerar a autonomia privada dos indivíduos, não se esquecendo, por oportuno, que o Código Civil vigente (CC/02) já possibilita o afastamento de parte dessa riqueza, seja por meio da porção disponível⁴⁵, seja, em caso mais grave, por meio da deserdação⁴⁶.

Tem-se, ainda, em igual senda, mais um elemento, que, numa leitura conjunta da CRFB/1988, reforçaria a compreensão ora exposta da inexistência constitucional de determinação de monogamia, excetuando-se, claro, a evidente ausência de utilização expressa do termo “monogamia” em seu bojo, a saber, a possibilidade de divórcio direto, possibilitada pela Emenda Constitucional nº 66, que trouxe a seguinte redação ao artigo 226, note: § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988). Esse afastamento foi bastante considerável, vez que tornou vazia a discussão sobre infidelidade. Ora, se o dever da fidelidade não é mais elemento intrínseco do casamento, razão teria, a nosso ver, com a devida vênia a posições contrárias, o argumento de que a CRFB/1988 não proíbe nem nunca pretendeu proibir a monogamia, mas, ao contrário, pretendeu, sim, desde a sua promulgação, admitir, como já se teve por dito, as mais variadas formas de afeto. Sobre o tema, por relevante, de se observar as lições da jurista Maria Helena Diniz, um dos maiores expoentes do direito familiarista pátrio:

A infidelidade servia de fundamento para a ação de separação. Importava em grave violação dos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum (CC 1.572), de modo a comprovar a impossibilidade de comunhão de vida (CC 1.573 I). Com o fim da separação (EC 66/2010), tudo isso não mais existe, e o divórcio tornou-se um direito potestativo. (DINIZ, 2020, p. 61).

Nesse ponto, importante questionamento reside na questão da monogamia como princípio constitucional. Para Diniz (2020), não se trataria de um princípio, se manifestando nos seguintes termos: “a monogamia não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado” (DINIZ apud RUZYK, 2020, p. 60). Conrado Paulino da Rosa, a seu turno, entende de forma distinta, não justificando, porém, de forma profunda, seu posicionamento, afirmando somente que “nosso ordenamento jurídico possui uma ordem social de proibição da bigamia. Assim, o artigo 1.521, VI, do Código Civil não permite o casamento de pessoas casadas” (ROSA, 2020, p. 90). De modo muito similar, porém, referindo-se diretamente ao código civil, sem nenhuma menção à ordem constitucional, posiciona-se o doutrinador Flávio Tartuce, no sentido de que “o Código em vigor

44 Toma-se a liberdade, para os devidos fins, de se sugerir a leitura do seguinte texto, por tema afeto, de autoria do grande familiarista Madaleno, no qual defende a possibilidade de renúncia de direitos sucessórios em pacto antenupcial. Disponível em: [RENUNCIA_DE_HERANCA_NO_PACTO_ANTENUPCIAL.pdf](#) (infographya.com).

45 Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. (Código Civil, 2002).

46 Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão. (Código Civil, 2002).

continua consagrando o *princípio da monogamia para o casamento*" (TARTUCE, 2020, p. 69), entendendo, portanto, se tratar de princípio. Já Dimas Messias de Carvalho, grande jurista mineiro, limita-se, acerca da questão, a dizer que "o matrimônio exige união exclusiva e fidelidade (arts. 1.521, VI; 1.548, II; 1.566, I, do CC)" (CARVALHO, 2020, p. 181), tendo, no entanto, de maneira louvável, observado não ser mais tipo penal o adultério, por força da Lei nº 11.106/2005 (CARVALHO, 2020). A oposição mais completa, por fim, encontra coró nas lições do familiarista mineiro e grande jurista, Rodrigo da Cunha:

É um princípio constitucional não expresso, assim como o é, o interdito proibitório do incesto. Não é necessário estar escrito, expresso no texto da lei, pois ele está inscrito no espírito do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, isto não significa que ele seja um valor ou um princípio jurídico absoluto. Assim como todos os princípios jurídicos, que não funcionam na base do tudo ou nada, ele deve sempre ser ponderado com outros princípios, sempre em direção ao macro princípio da dignidade da pessoa humana. Embora a monogamia funcione também como um ponto-chave das conexões morais das relações amorosas e conjugais, não é simplesmente uma norma moral ou moralizante. Sua existência nos ordenamentos jurídicos que o adotam, tem a função de um princípio jurídico organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental. (CUNHA, 2020, pp. 85/86).

Pertinente, também, atentar-se, novamente, para a sabedoria de Maria Helena Diniz, que, utilizando-se da clareza de Marcos Alves da Silva, ao se debruçar sobre o tema das configurações familiares e da autônima privada, trouxe a seguinte contribuição:

[...] Não há dúvida de que a forma da conjugalidade, a escolha do parceiro ou dos parceiros, a estruturação da vida familiar, a distribuição dos papéis, atribuições e responsabilidades, obviamente, legam-se ao exercício da autonomia privada no campo mais sensível e íntimo da condição humana: a vida familiar. (DINIZ apud SILVA, 2020, p. 61).

Imperioso, ainda, conjugar tal excerto com o conteúdo, já que extremamente coerente com o entendimento que se pretende passar, no sentido do afastamento da monogamia, com a leitura, trazida pelo sulista Madaleno, da doutrina de Renato Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, que aduzem que "impor a monogamia nos dias atuais seria desmerecer o conteúdo e o propósito das famílias, que se realizam dentro de suas realidades e aspirações, que não mais se baseiam em um modelo único de afeto" (MADALENO apud ALMEIDA et al, 2020, pp. 96/97).

Em que pese, no entanto, não se verificar, de maneira posta, a monogamia na CRFB/1988, ela se faz presente, como já parcialmente visto, no *codex* civilista vigente e no Código Penal brasileiro (CP/40). No diploma civilista, encontra-se positivada no artigo 1.521, inciso VI, que determina estarem impedidas de casar "as pessoas casadas" (BRASIL, 2002). Já no Código Penal, por sua vez, a proibição da bigamia encontra respaldo no tipo penal do artigo 235, ainda vigente,

ao contrário do que muitos parecem acreditar, cuja redação prevê caracterizar-se, como crime, “contrair alguém, sendo casado, novo casamento” (BRASIL, 2020), sendo também conduta criminosa contrair casamento, se solteiro, com pessoa casada, desde que se conheça tal circunstância (BRASIL, 2020).

Essa escolha, da legislação infraconstitucional, a nosso sentir, com base no exposto, notadamente, a teoria do ordenamento jurídico de Bobbio, encontra-se, clara e fatalmente, equivocada. Ora, se a Lei Maior não se opõe a outras formas de configurações familiares, baseadas no afeto, caberia ao legislador ordinário se opor? Acredita-se que não. Por analogia, verifique-se o seguinte exemplo: é notório que não se interpreta, de modo a ampliar, norma restritiva de Direito. Poder-se-ia, no entanto, de forma inversa, por meio de legislação ordinária, restringir aquilo que foi dado na Constituição? Por evidente, a resposta há de ser negativa.

Logo, não há razão em se admitir, até mesmo como constitucional, argumento que não se fará neste artigo, vez que incabível ao presente limite temático, que, de maneira arrazoada, com a devida vênua a posições divergentes, seja a monogamia um princípio no ordenamento jurídico pátrio ou, de modo menor, um instituto possível de ser aplicado e posto em tal ordenamento, como se viu da sua existência nos Códigos Civil e Penal. Pelo contrário, se a base moderna do Direito das famílias nacional é o afeto, sentimento que encontra perfeito consonância com a ordem constitucional vigente, não há que se falar em supressão desse afeto, a depender da forma como ele se faz físico, por assim dizer, tampouco em formas de afeto válidas e, portanto, protegidas e, em posição diametralmente oposta, formas de afeto não válidas e, portanto, sujeitas à margem da sociedade.

Acerca de tal questão, aliás, de se mencionar, por extremamente relevante, que a jurisprudência tem enfrentado a questão, parecendo dar indícios de que a harmonia do ordenamento jurídico, por meio de interpretação conforme, aos poucos, se dará. Veja-se, aqui, o Recurso Extraordinário 1.045.273/SE (REExt), ainda não encerrado, no qual se discute, para fins previdenciários, justamente a possibilidade de divisão de proventos de pensão por morte, a serem partilhados entre duas mulheres que mantinham, simultaneamente, união estável com o mesmo homem. De igual modo, em decisão recente proferida pelo Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, restou consignada a possibilidade de união estável simultânea com casamento, conforme o excerto que ora se transcreve:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO INSTITUTO ENTRE 1961 E 2006. CABIMENTO. CONCOMITÂNCIA COM O CASAMENTO QUE NÃO AFASTA A PRETENSÃO NO CASO. SENTENÇA REFORMADA. I. Caso dos autos em que presente prova categórica de que o relacionamento mantido entre a requerente e o falecido entre 1961 e a dezembro de 2005 – lapso posterior já reconhecido em sentença até o seu falecimento, à vista da separação fática da cônjuge – se dava nos moldes do artigo 1.723 do Código Civil, mas também a higidez do vínculo matrimonial do de cujus até tal data. Caso provada a existência de relação extraconjugal duradoura, pública e com a intenção de constituir família, ainda que concomitante ao

casamento e sem a separação de fato configurada, deve ser, sim, reconhecida como união estável, mas desde que o cônjuge não faltoso com os deveres do casamento tenha efetiva ciência da existência dessa outra relação fora dele, o que aqui está devidamente demonstrado. Ora, **se a esposa concorda em compartilhar o marido em vida, também deve aceitar a divisão de seu patrimônio após a morte, se fazendo necessária a preservação do interesse de ambas as células familiares constituídas. Em havendo transparência entre todos os envolvidos na relação simultânea, os impedimentos impostos nos artigos 1.521, inciso VI, e artigo 1.727, ambos do Código Civil, caracterizariam uma demasiada intervenção estatal**, devendo ser observada sua vontade em viver naquela situação familiar. Formalismo legal que não pode prevalecer sobre situação fática há anos consolidada. **Sentimentos não estão sujeitos a regras, tampouco a preconceitos, de modo que, ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, indispensável que o julgador decida com observância à dignidade da pessoa humana, solidariedade, busca pela felicidade, liberdade e igualdade.** Deixando de lado julgamentos morais, certo é que casos como o presente são mais comuns do que pensamos e merecem ser objeto de proteção jurídica, até mesmo porque o preconceito não impede sua ocorrência, muito menos a imposição do “castigo” da marginalização vai fazê-lo. Princípio da monogamia e dever de lealdade estabelecidos que devem ser revistos diante da evolução histórica do conceito de família, acompanhando os avanços sociais. II. **Reconhecida a união estável e o casamento simultâneos, como no presente, a jurisprudência da Corte tem entendido necessário dividir o patrimônio adquirido no período da concomitância em três partes, o que se convencionou chamar de “triação”.** Não se pode deixar de referir que o caso se centrou mais no reconhecimento da união estável, de modo que inviável afirmar aqui e agora, com segurança, quais são exatamente os bens amealhados no vasto período. Ao juízo de família, na ação proposta, compete apenas reconhecer ou não a existência da afirmada relação estável da demandante com o de cujus e a repercussão patrimonial a que essa faz jus, sendo que a extensão dos efeitos patrimoniais que são próprios à condição de companheira deverá ser buscada no respectivo processo de inventário, atuado sob o n. 100/1.12.0000096-9, e que ainda tramita. Apelação parcialmente provida. (RIO GRANDE DO SUL, AC 70081683963, 2019). **(grifos nossos).**

Como muito observado por sua Excelência, quando do julgamento do caso *sub judice*, sentimentos não estariam sujeitos a regras, devendo, para os fins de proteção das relações familiares, ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana, tomando-se a liberdade, aqui, de adicionar ao referido entendimento o princípio do afeto, até mesmo como valor jurídico a ser preservado. Como já se viu, principalmente, quando da análise da obra de Engels sobre a

monogamia, “a família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias familiares” (CONRADO, 2013, p. 27). Hoje, por outro lado, não restam dúvidas de que o fim da família é a realização de seus membros, tendo no afeto a sua base, algo que já se tornou pacífico na doutrina, seja lá em qual se decida buscar. Aliás, que se diga mais, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para, ao fim e ao cabo, dar sentido e dignidade à existência humana” (CONRADO, 2013, p. 102). Nesse sentido, por extremamente pertinente:

O amor está para o Direito de Família assim como a vontade está para o Direito das Obrigações. Nesse novo ambiente, é necessário compreender a família como sistema democrático, substituindo a feição centralizadora e patriarcal por um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a confiança recíproca. Na ideia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, sentir-se a caminho da realização de seu projeto pessoal da felicidade. (CONRADO, 2013, pp. 90/91).

É, então, com base no afeto, principal norteador, como dito, do Direito familiarista moderno, que inúmeras formulações e conjugações familiares têm, cada vez mais, surgido, para o bem desses que nelas se encontram inseridos. Considerando que o presente estudo já se alarga em excesso, toma-se a liberdade de deixar de tratar, especificamente, de alguns ou de todos os grupos familiares atualmente existentes, até mesmo por não indispensáveis aos presentes fins, como já restou em comento, bastando a simples citação de alguns deles. No entendimento de Rodrigo da Cunha (2020), observam-se, hoje, então, dentre tantas outras, as famílias: democrática, eudemonista, monoparental, anaparental, unipessoal, multiparental, substituta, extensa, ecotgenética, socioafetiva, mútua, coparental, nuclear, avuncular, mosaico, recomposta, fissional, homoafetiva, homoparental, poliafetiva, paralela ou simultânea e multiespécie.

3 CONCLUSÃO

Diante do exposto, algumas conclusões podem ser feitas. A primeira delas, mais simples de todas, diz respeito à moderna e inquestionável posição do afeto como ponto mais importante das configurações familiares atuais. As famílias, então, não mais serão assim caracterizadas com base em questões econômicas nem com base em decisões sociais, mas, sim, com o foco na existência ou não de afeto, ficando certo, por óbvio, que, caso existente afeto num determinado grupo, pelo menos em princípio, se estaria diante de uma entidade familiar, a ser protegida e respeitada. O segundo ponto, por sua vez, mais controverso, concerne a monogamia e sua posição no ordenamento jurídico, ou seja, se se estaria diante de um princípio, mesmo que implícito. A nosso ver, não se trataria de um princípio constitucional, não só por não se encontrar expresso na Lei Maior, mas, principalmente, por ser, em tese, incompatível com os anseios contidos em tal diploma. A CRFB/1988, ao contrário, não visa restringir, nem sequer censurar entidades familiares tidas, socialmente, por diferentes ou pouco usuais, mas, sim, abarcar todas essas entidades ou, caso se

prefira, configurações, vez que perfeita e dignas de proteção, já que existente afeto nelas. Equivocado, então, a nosso sentir, com a devida vênia, seria a compreensão, ainda hoje, da subsistência da monogamia como elemento factível e de imperiosa aplicação no ordenamento jurídico pátrio. O terceiro ponto, por fim, parte justamente da aplicação da monogamia no ordenamento jurídico pátrio. Aqui, entende ter restado demonstrado que, diante da abertura dada pela Carta Cidadã, em sua definição exemplificativa de casamento, por meio de norma inclusiva, ou seja, que admitiria outras formulações, além daquelas nela expressamente previstas, a monogamia, por não ser condizente com os anseios do constituinte originário, numa visão do ordenamento jurídico, a partir de Bobbio, deveria restar afastada dos Códigos Civil e Penal vigentes, em nome da unidade e da harmonia do ordenamento jurídico pátrio. Em outras palavras, para se dizer de forma mais direta, tais diplomas legislativos estariam, total e completamente, quando do tratamento da monogamia, contrários aos ditames constitucionais, motivo pelo qual se pode ter, por certo, sem sombra de dúvida, de que estaria, no referido caso, o legislador ordinário, de forma indevida, inobservando os preceitos e as delimitações constitucionais, aos quais, como se sabe, está sujeito, por força, repita-se, da unidade do ordenamento jurídico e da hierarquia de normas.

Dá-se, então, por encerrado o presente artigo, ficando expressado, nesta oportunidade, desde logo, a esperança de contínuo avanço e desenvolvimento da jurisprudência e doutrina pátrias, no sentido de se admitir, de início, o gradual afastamento da monogamia, até que se atinja, por completo, sua superação, para os devidos fins de realização do que determina a ordem constitucional vigente e em observância à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. 1. reimpr. São Paulo: Edipro, 2019.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2. ed. 3. reimpr. São Paulo: Edipro, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2017.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em:
L10406compilada (planalto.gov.br). Acesso em: 14 dez. 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro DE 1940. Código Penal. Disponível em:
DEL2848compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 14. dez. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. São Paulo: Lafonte, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo: **AC 70081683963**. Relator: Des. José Antônio Daltoé Cezar. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=70081683963&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 14 dez. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____, Conrado Paulino da. **IFamily: um novo conceito de família?** São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. v. 5., 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PROMOVIDAS COM A PROMULGAÇÃO DA LEI 13.964/19

LUCAS MATHEUS DE CAMPOS BARROSO:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA⁴⁷

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa possui o objetivo de analisar o fenômeno do crime organizado no Brasil dentro do âmbito judicial, bem como o surgimento dos institutos legais que tratam sobre o tema, com foco nas leis atuais vigentes. Assim, como as mudanças na Lei 12.850/13 após a promulgação da Lei 13.964/19, conhecida como o Pacote anticrime, nesse contexto se faz necessário um estudo mais abrangente a respeito da criminalidade organizada, uma vez que essas organizações causam danos cada vez maior a população, que se tornam refém desses grupos repressores. A pesquisa teve como base a metodologia qualitativa, através de diversos artigos científicos e doutrinas, com dados estatísticos fornecidos pelo Conselho nacional de justiça. Por fim, comenta-se que estudo acerca do crime organizado necessita de um estudo aprofundado, uma vez que a vitimização difusa da prática de ilícitos em busca do poder econômico por organizações criminosas, acabam gerando vítimas totalmente desvinculada do fato que violou o início do fenômeno da criminalização.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal, Processo Penal, Crime Organizado, Pacote Anticrime.

ABSTRACT: This research aims to analyze the phenomenon of organized crime in Brazil within the judicial sphere, as well as the emergence of legal institutes that deal with the subject, focusing on the current laws in force. Thus, as the changes in Law 12.850/13 after the enactment of Law 13.964/19, known as the anti-crime package, in this context it is necessary a more comprehensive study regarding organized crime, since these organizations cause increasing damage to the population, who become hostages of these repressive groups. The research was based on qualitative methodology, through several scientific articles and doctrines, with statistical data provided by the National Council of Justice. Finally, it is commented that the study on organized crime needs a thorough study, since the diffuse victimization of the practice of illicit acts in search of economic power by criminal organizations, end up generating victims totally disconnected from the fact that violated the beginning of the phenomenon of criminalization.

KEYWORDS: Criminal Law, Criminal Procedure, Organized Crime, Anti-crime Package.

1 INTRODUÇÃO

⁴⁷ Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário Fametro.

A ciência do Direito assim como a sociedade, é evolutiva, pois se modificam conforme necessidades frente aos cenários econômicos, político e social, visando sempre à promoção de melhorias as relações em sociedade. A fecundidade dessa perspectiva, repetidamente consagrada nas mais diversas manifestações presente em nossa sociedade pós-moderna, verifica-se que ao longo do tempo, o judiciário brasileiro vem passando por inúmeras modificações, sempre tendo como objetivo de aprimorar as garantias da sociedade.

Nesse sentido o Direito Penal, pode ser compreendido como um instrumento de pacificação social, é de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um dos ramos do Direito que recebe maior destaque em razão de sua função primordial no Estado Democrático de Direito.

Nesse estudo, iremos abordar as alterações legislativas promovidas na Lei 12.850/13 com a promulgação da Lei 13.964/19, parte desse contexto pontua-se que o estudo do Direito Penal parte de aspectos que, em um primeiro momento, podem parecer simples, mas que no decorrer da análise da dogmática penal, tomam contornos envolventes que explicam a razão de ser desta ciência extremamente complexa e de suma importância para a vida em sociedade. Diante disso: quais as alterações legislativas promovidas na lei 12.850/13 com a promulgação da lei 13.964/19?

Com o aumento da criminalidade na sociedade, conseqüentemente temos o aumento da população carcerária na mesma proporção. Nesse sentido, o Código de Processo Penal foi o diploma legislativo mais alterado pela Lei anticrime 13.964/19. Foram implementados o juiz de garantias, a possibilidade de acordo de não persecução penal, alteração da sistemática do arquivamento de inquéritos, dentre outros temas.

A base empírica desta pesquisa é documental. Não há dúvidas que os documentos podem constituir objeto empírico de pesquisas, sejam elas de cunho quantitativo ou qualitativo, de modo que as ciências sociais utilizam cada vez mais esta fonte de dados. Cellard (2008, p. 295) ainda acrescenta que, a partir da análise documental, torna-se possível incluir a dimensão do tempo para compreender a realidade social viabilizando a “observação do processo de maturação ou de evolução de indivíduos, grupos, conceitos, conhecimentos, comportamentos, mentalidades, práticas, etc.”.

Além das características pontuadas acima, que agregam valor ao trabalho constituído em corpus documental, Reginato (2017, p. 193) acrescenta o fato de o uso de documentos conferirem grande credibilidade ao estudo realizado, de modo que se tornou comum o seu emprego em larga escala para analisar e complementar informações obtidas com aplicação de outras técnicas, em vários tipos de pesquisa, não se afastando deste universo as pesquisas empíricas em direito, que mobilizam algum tipo de instrumento jurídico (norma, decisão e processos judiciais) (CARVALHO, 2020).

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA CIÊNCIA DO DIREITO

Ao conceber-se a definição da ciência do Direito, cabe aqui indicar o seu verdadeiro sentido, portanto, primeiramente, esse estudo esclarece que o vocábulo “direito” é uma compreensão de inúmeros significados, em outras palavras, esse vocábulo pode ser utilizado para significar o justo,

ou o conjunto de normas jurídicas que tem a pessoa, isso porque a sociedade necessita de regras e princípios que possam possibilitar a convivência entre si, permitindo sua evolução nas relações sociais.

A esse respeito o conceito de Direito, surge como um conjunto de normas, estabelecidas para exercer a finalidade acima supracitada. Com base nesse pensamento Garcia (2015, p. 15) leciona que o conceito de Direito, pode ser entendido como “um conjunto de normas imperativas que regulam a vida em sociedade, dotadas de coercibilidade quanto a sua observância”.

2.1 A CONCEPÇÃO DO DIREITO PENAL

Ao dar-se início a esta seção desse estudo cabe aqui expor a diferença existente entre os conceitos de Direito Penal e a ciência penal, para tanto essa pesquisa destaca um trecho dos estudos de Capez (2012, p. 18) onde o autor leciona:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, combinando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessários à sua correta e justa aplicação.

A ciência penal, por sua vez, tem por escopo explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação. Mais ainda, busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e princípios como o da dignidade humana.

Sob tal entendimento pode-se observar que a missão do Direito Penal se centra na proteção dos valores fundamentais para a subsistência da ciência penal, aqui denominada de bens jurídicos. Essa proteção deve ser exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais, sobretudo pela celebração do compromisso existente entre o Estado e o indivíduo social.

Por essa via de raciocínio entende-se que o Direito Penal tem como objetivo a proteção dos valores éticos-sociais da ordem social, cuja necessidade deve ser representada e identificada através dos bens jurídicos protegidos, exercendo assim uma relação linear entre as duas funções.

Esse ramo do Direito impõe sanções, no caso, penas e medidas de segurança, para àqueles que praticarem delitos penais, previstos em lei. Portanto, o Direito Penal prevê os tipos penais e as respectivas sanções penais.

Nesse contexto ressalta-se que as penas garantem as relações sociais, o Estado demonstra uma parte de seu poder por meio das penas, é um mecanismo estatal que serve para intervir na sociedade e estabelecer a ordem. A pena é imprescindível, inerente e primordial ao direito penal, contudo uma das consequências das penas e evidenciar o caráter seletivo do direito penal.

Ou seja, a hermenêutica no Direito Penal está pautada na interpretação e integração, é necessária, pois nenhum ordenamento é capaz de suprir todas as lacunas existentes na sociedade. O Direito Penal não consegue atingir todas as ações humanas, por isso a integração é inevitável a fim de suprir as lacunas, contudo para atingir a integração se faz necessário que ocorra a interpretação. A interpretação é importantíssima para o direito penal, pois ele não completa todas as lacunas e nem prevê todos os crimes e formas que o crime pode ocorrer, assim a interpretação é de suma utilidade, pois aprimora o que já existe na lei.

De forma sucinta, pode-se compreender o Direito Penal como um ramo do Direito Público, utilizado pelo Estado a fim de garantir a paz social, reprimindo e prevenindo ações e condutas que implicam em prejuízos aos bens jurídicos tutelados, entretanto, vale ressaltar mais uma vez que a missão do Direito Penal não é exclusivamente proteger bens jurídicos, visto que possui caráter sancionador e constitutivo. Não obstante, existem diversas classificações doutrinárias acerca do Direito Penal, como, por exemplo, o Direito Penal objetivo e subjetivo, Direito Penal comum e especial, Direito Penal material e formal, Direito Penal da vontade e Direito Penal do autor, do fato e do inimigo.

O Direito Penal de Foucault (1987, 90) pune o agente pelo o que ele é e não pelo fato que cometeu ou não, já o direito penal do fato é exatamente o contrário, pune o fato, ou seja, o que é proibido e reprovável não é o fato que o agente cometeu, é a própria personalidade do agente, visto que o ato revela a personalidade deste. Não visam à conduta do agente e sim as pessoas, principalmente, as pertencentes a grupos específicos.

2.2 ESTABELEECENDO O PROCESSO PENAL

Antes de adentrarmos nas espécies de prisão em flagrante, torna-se necessário entender ao fundamento de existência, a razão de ser, do processo penal, mais especificamente da necessidade da pena de prisão em flagrante e no que ela se diferencia da prisão processualística.

À época, a pena de morte passou a ser questionada, uma vez que não demonstrava ser um instrumento eficaz diante do aumento da criminalidade, razão pela qual floresce a ideia da pena privativa de liberdade como medida mais eficaz para punir o indivíduo delituoso. Assim, surgiu na Europa um movimento, na segunda metade do século XVII, "fundamental para o desenvolvimento da pena privativa de liberdade, com a construção de prisões organizadas para a correção dos apenados através do trabalho e da disciplina" (Gajardoni, 2015, p. 37).

Nesse sentido, o mesmo autor assim destaca, *in verbis*.

A principal causa da transformação da prisão-custódia em prisão-pena foi à necessidade de que não se desperdiçaria “mão de obra”, e também para controlar sua utilização conforme as necessidades de valorização do capital. Existe uma forte influência do modelo capitalista implantado nessa época. É o controle da força de trabalho, da educação e da “domesticação” do trabalhador. Essa era a síntese dos princípios que orientavam as workhouses inglesas, e também as *rasphuis* para os homens e as *spinhis* para as mulheres em Amsterdã. (Lopes jr., 2014, p. 37).

Desta forma, apenas no século XVIII a privação de liberdade emergiu como pena, tendo sido somente no século XIX que a pena de prisão se converteu na principal das sanções, substituindo todas as demais, portanto. Isto posto, GAJARDONI, 2015, p. 37) conclui pelo seguinte:

Convém destacar que o direito penal nasce não como evolução, senão como negação da vingança, daí por que não há que se falar em “evolução histórica” da pena de prisão. Não se trata de continuidade, senão de descontinuidade. A pena não está justificada pelo fim de vingança, senão pelo de impedir por completo a vingança. No sentido cronológico, a pena substituiu a vingança privada, não como evolução, mas como negação, pois a história do direito penal e da pena é uma longa luta contra a vingança.

Extraí-se do trecho ora em evidência, portanto, que a função do direito penal e da pena é evitar a vingança privada, uma vez que, a despeito do que ocorria na idade média e em períodos históricos anteriores, não pode o povo atrair para si a responsabilidade por punir aqueles que transgridam a lei, nem mesmo forçar o estado a fazê-lo mediante o “grito das ruas”.

É do poder público, mediante a participação de um terceiro imparcial, público e com a sua competência previamente fixada em lei, não cabendo à acusação ou à defesa sua escolha, a responsabilidade por utilizar a estrutura preestabelecida pelo próprio estado, razão pela qual importa dizer que “o processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena” (GAJARDONI, 2015, p. 41).

Esse conjunto de regras que se entrelaçam, a saber, o in dubio pro reo e o princípio da inafastabilidade de jurisdição são os pilares de todo o sistema processual brasileiro, no presente caso, em especial, o penal. Assim, no processo penal, a acusação, titular do iter persecutório, invoca por meio da propositura da ação penal, em obediência ao princípio da inércia jurisdicional, que o juiz exerça a jurisdição e, ao final, caso comprove a sua tese acusatória, exerça o poder de punir do estado.

A seguir, será abordado acerca do procedimento da prisão preventiva, desde a prisão em flagrante, passando pela realização de audiência de custódia para averiguar a legalidade do flagrante e a eventual conversão desses em prisão preventiva. O art. 301 do CPP prevê que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer

que seja encontrado em flagrante delito". As hipóteses de prisão em flagrante encontram-se previstas no art. 302 do código de processo penal.

Ademais, a audiência de custódia pretende apreciar de forma "mais adequada e apropriada à prisão que se impôs, considerando a presença física do autuado em flagrante, a garantia do contraditório e a prévia entrevista pelo juiz da pessoa presa", de acordo com o endereço eletrônico do conselho nacional de justiça. Ainda, nessa audiência, o juiz analisará "a prisão sob o aspecto da legalidade, da necessidade ou da adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade", bem como avaliará "eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades".

O parágrafo único do referido dispositivo aduz que "a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares". Isso ocorre porque o nosso código de processo penal atribuiu status de última ratio à prisão preventiva, uma vez que, ainda que de natureza processual, a prisão não pode e nem deve ser a regra no ordenamento, devendo sempre o magistrado enveredá-la por último.

Ainda, o art. 315 do nosso CPP traz uma norma que nem precisaria estar ali positivada, mesmo porque é evidente que o juiz, ao decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva deverá motivar seu ato, em obediência, inclusive, à determinação de norma constitucional. Isso porque o art. 5º, inciso LXI, da CRFB prevê que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Por fim, a prisão preventiva será revogável a qualquer tempo "se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem", consoante o art. 316 do código de processo penal. Nesse sentido, Capez (2014, p. 285) leciona ainda que:

Embora possa ser revogada a qualquer tempo, desde que cessados os motivos que a autorizaram, há momentos em que o juiz, obrigatoriamente, deverá se manifestar fundamentadamente sobre sua subsistência. É o caso da pronúncia e da sentença definitiva de mérito. Quer para sua manutenção, quer para sua revogação, deverá existir uma manifestação expressa do juiz a respeito da prisão provisória.

Desta forma, verifica-se que o juiz poderá de ofício, a requerimento da vítima, do querelante, do ministério público do assistente ou por representação da autoridade policial, decretar a prisão preventiva, desde que obedecidos às normas e requisitos acima explicados, os quais se fazem necessários para evitar prisões arbitrárias e sem fundamento, o que iria de encontro ao estado democrático de direito.

Nesse sentido Tasse e Gomes (2012, p. 202) ressaltam ainda que: "todas as decisões do juiz acima citadas (inclusive a de manutenção da prisão) devem ser fundamentadas. A fundamentação é tríplice: (a) fática (quais fatos justificam a privação ou restrição da liberdade?), (b) jurídica (qual é

a base legal para isso?) e (c) necessidade e adequação da medida (em atendimento ao princípio da proporcionalidade)“.

2.3 PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO PENAL APÓS A LEI 13.964/19 FRENTE AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

2.3.1 Legislações concernentes à organização criminosa

Ao iniciar essa seção, faz-se necessário trazer um recorte dos estudos de Lacerda (2020), onde a autora comenta que a definição de organização criminosa sempre foi um desafio. No que tange ao crime organizado, o ordenamento jurídico brasileiro possui em vigor a Lei 12.850, promulgada no ano de 2013.

Concordando com Pinheiro, Cesar Lima (2016) esclarece as distinções entre as organizações especificados na própria Lei de Organização Criminosa, 12.850/13, tais são eles: a) indispensabilidade de estrutura sistêmica; b) divisão básica de tarefas entre os agentes; c) a quantidade de agentes para compor o grupo criminoso; d) pena mínima dos crimes praticados para a caracterização do tipo penal; e) prática dos atos de infrações penais e crimes.

2.3.2 Aspectos históricos do crime organizado

Não existe um consenso bibliográfico a respeito do surgimento histórico do crime organizado no Brasil, o que acaba gerando um conflito de informações, nesse estudo iremos adotar o cangaço como o primeiro movimento de organização criminosa em nosso país. Fortalecendo esse pressuposto, este estudo faz um resumo dos principais pontos históricos, que tratam do surgimento do crime organizado no Brasil, trazido por Silva (2018), conforme segue:

a) Cangaço: atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses. Foram os cangaceiros que introduziram o sequestro em larga escala no Brasil.

b) Jogo do Bicho: A pioneira infração penal dada como organizada no país foi a prática do “jogo do bicho”, instituída em meados do século XX. Os patriarcas do jogo do bicho aletradaram a sistemática de organização com os gandulos italianos.

c) Comando Vermelho (CV): Em meados da década de 80, no decorrer da ditadura militar, surge uma das maiores organizações criminosas da história do país, o Comando Vermelho. Nasce no Rio de Janeiro, mais especificamente no Presídio de Ilha Grande, conhecido também como “Caldeirão do Diabo”, com o objetivo fim de comandar o tráfico de drogas e imperar mediante os morros da cidade.

d) Primeiro Comando da Capital (PCC): o Primeiro Comando da Capital foi basicamente inspirado na organização e força do Comando Vermelho, tendo em vista que os oito carcerários fundadores conseguiram reunir toda a massa dos penitenciários contra o sistema, sempre

retratando de forma drástica o princípio da solidariedade entre eles, castigando até mesmo com a morte àqueles que não seguiam as regras impostas.

2.3.3 Tipificação e mecanismos processuais trazidas pela Lei 12.850/13

A redação da Lei 12.850/2013 não só trouxe uma definição consistente para o instituto organização criminosa e sua devida tipificação, já que o ordenamento jurídico brasileiro não possuía um instituto penal que tipificasse tal crime, uma vez que a Lei 9.034/95 ao menos definia crime organizado, apesar de ter sido editada com o fim de combater este, e a Lei 12.694/12 constituiu o colegiado de primeiro grau para executar jurisdição quanto a esse tipo de criminalidade (SAMPAIO JÚNIOR, 2015)

2.3.3.1 Tipo penal incriminador

O tipo penal surge quando a lei, em sentido estrito, refere determinada conduta com o intuito de tutelar determinado bem, cujo outros ramos do direito se mostraram insuficientes para a proteção daquele. Com o advento do atual instituto penal que trata sobre o tema supra, Lei 12.850/2013, apesar de não trazer terminologia expressa quanto à sua titulação, não se restam dúvidas que o tipo penal incriminador se trata das organizações criminosas (NUCCI, 2017).

2.3.3.2 Tipo penal incriminador

O que predomina na doutrina em relação ao bem jurídico tutelado pela tipificação criminológica de organizações criminosas é que se trata da tutela jurisdicional à “paz pública”, pois aqui se tem um bem jurídico abstrato e variável, pois o crime em questão diz respeito a crime de perigo (NUCCI, 2017).

2.3.3.3 Sujeitos do crime de organização criminosa

Este tópico tem como objetivo fazer referência aos sujeitos ativo e passivo do crime de organização criminosa.

a) Sujeito ativo: o sujeito ativo no crime de organização criminosa pode ser qualquer pessoa, desde que o grupo esteja composto por um número igual ou superior a quatro integrantes, pois aqui se tem um crime plurissubjetivo, onde o concurso de pessoas é necessário para a caracterização do crime, já que está diante de um elementar típico do delito, uma vez que a ausência do concurso de pessoas acarreta na desconfiguração do crime (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

b) Sujeito passivo: o crime de organização criminosa é vago e de disseminado vitimismo, o que acaba por não trazer, especificamente, padecedor individualizado. Nesta senda, o sujeito passivo do delito em questão é a sociedade em geral, onde o afeto diretamente ligado é o Estado, uma vez que a garantia de segurança dos cidadãos é sua obrigação (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

2.3.3.4 Concurso de crimes praticados por organizações criminosas

O fato de um agente pertencer a uma organização criminosa não significa que este deverá ser imputado por todos os crimes praticados pelo grupo. Nesta senda, tem-se que somente o integrante concorrente ao crime praticado responderá penalmente por este, em concurso material com o crime de organização criminosa previsto no artigo 2º da Lei 12.850/2013. Insta salientar, portanto, que mesmo que o indivíduo faça parte da organização criminosa e não tenha participado de forma alguma na prática de crimes em nome da organização ou em benefício desta, este responderá apenas pelo crime de organização criminosa (NUCCI, 2017).

2.3.3.5 Afastamento cautelar de funcionário público

Embora já previsto anteriormente, no Código Penal Brasileiro, a interdição temporária de direitos, em seu artigo 47, I e II, a Lei 12.850/2013 inovou perante o âmbito penal ao trazer previsão sobre afastamento cautelar de funcionário público se este integrar organização criminosa. No caso do afastamento cautelar de funcionário público, conforme prevê o §5º do artigo 2º da Lei 12.850/2013, somente será feito, se decisão for devidamente fundamentada por juiz, de ofício, por provocação de autoridade policial ou Ministério Público, se comprovada a existência de indícios materiais que motivem o afastamento do funcionário público por envolvimento em criminalidade organizada (SILVA, 2016).

2.3.3.6 Participação de policial na criminalidade organizada

Conforme previsão legal no §7º do artigo 2º da Lei 12.850/13, além das penalidades de perda de função pública, o policial que estiver envolvido em crime organizado também sofrerá acompanhamento direto do Ministério Público ante a investigação que deverá ser realizada pela Corregedoria de Polícia. Entretanto, há uma discussão doutrinária sobre a função do Ministério Público neste caso, se os membros agem como fiscais da lei ou como condutores da investigação policial (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

2.3.3.7 Consumação e tentativa

O crime de organização criminosa trata-se de crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa, de caráter formal, que não exige para que seja consumado qualquer efeito naturalístico. A simples formação de um grupo criminoso já consuma o delito. O grupo criminoso, entretanto, deve preencher os requisitos trazidos no artigo 1º, §1º, da Lei 12.850/13, o dolo, para a consumação, deve ser de cometer atos ilícitos para a obtenção de vantagem, além de necessitar da composição mínima de quatro integrantes, organizados sistematicamente, de forma hierárquica, com explícitas divisões de tarefas, colocando em risco, portanto, a paz pública (BITENCOURT; BUSATO, 2014).

2.3.3.8 Penas e natureza da ação penal

As penas aplicadas para o delito em questão são de reclusão, de três a oito anos e multa, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 12.850/13. Além disso, possui caráter cumulativo, ou seja, não prejudica a aplicação das penas referentes aos delitos praticados pelo grupo criminoso. Vale

ressaltar ainda, que aqui não se admite transação e nem suspensão condicional do processo. Padece ainda dos três regimes para o cumprimento de pena de reclusão, quais são eles: aberto, semiaberto e fechado, conforme dispõe o artigo 59 do Código Penal Brasileiro (NUCCI, 2014). A pena ainda será aumentada de um sexto a dois terços quando:

I - se há participação de criança ou adolescente;

II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal;

III - se o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior;

IV - se a organização criminosa mantém conexão com outras organizações criminosas independentes;

V - se as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade da organização. (BRASIL, 2013).

2.3.3.9 Investigação e meios de obtenção de prova

O caráter complexo da criminalidade organizada ecoou não somente ao direito material, como também no âmbito processual penal, uma vez que novas estratégias precisaram ser desenvolvidas, já que os meios trazidos pelo processo penal brasileiro estavam restando falho para com a criminalidade organizada. Os meios investigativos e de obtenção de provas trazidos pela Lei 12.850/13 são utilizáveis a qualquer tempo da persecução penal, uma vez que podem ser utilizados tanto em diligências de inquérito policial, quanto em juízo por determinação do Magistrado (NUCCI, 2014).

2.3.4 Principais modificações trazidas pela Lei 13.964/19

O diploma legislativo insere o parágrafo único no artigo 25 do código penal, que trata da excludente da ilicitude da legítima defesa. A nova redação considera também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. Confira-se:

Art. 25.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.

Trata-se de mais uma hipótese de legítima defesa. Contudo, necessário destacar que a referida implementação pode ser vista como redundante e meramente simbólica isso porque, segundo o caput do dispositivo, já se tinha como possível a legítima defesa de terceiro: "art. 25 - entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele

injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Outra modificação consistiu na alteração do texto do artigo 51 da parte geral. Eis a nova redação:

Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da fazenda pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

O novo texto define a competência para execução da pena de multa em favor do juízo da execução penal. O tema não era pacificado. A antiga redação do artigo 51 era a seguinte: “art. 51 - transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando sê-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da fazenda pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”.

Assim, com a nova redação, é certo que a pena de multa será executada perante o juízo da execução penal e a competência para a promoção é do ministério público. Mais adiante, houve a alteração do tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 75, CP). A redação anterior dos dispositivos previa que o tempo de cumprimento das penas não poderia ser superior a 30 (trinta) anos. Com a alteração, o tempo máximo de cumprimento não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

Art. 75”. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. § 1º quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (nr)

Com relação ao livramento condicional, houve a inserção de mais um requisito para que o apenado tenha direito ao benefício, consistente no não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses. Veja-se:

Art. 83.

III - comprovado:

- a) bom comportamento durante a execução da pena;
- b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;
- c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e,
- d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto (NR).

Anteriormente, o inciso iii dispunha da seguinte forma: "iii - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto". Nota-se que a nova legislação repartiu os requisitos cumulativos em alíneas (a, b, c e d) e acrescentou o requisito do não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses. Seguindo adiante, o legislador inovou ao acrescentar ao código penal o artigo 91-a. confira-se:

Art. 91-a. na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

i - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebida posteriormente; e,

ii - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º a perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo ministério público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da união ou do estado, dependendo da justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

O artigo 91-a é de constitucionalidade duvidosa. Segundo o dispositivo, a depender da gravidade abstrata do delito – infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão –, o juiz, se condenar o réu, poderá decretar a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Ou seja, há uma presunção – decretar “como produto ou proveito do crime” de origem ilícita do patrimônio do réu.

Portanto, é lícito assumir que todo processo penal que verse sobre crime cuja pena máxima seja superior a 6 (seis) anos é também uma prestação de contas. e pior, inverte-se o ônus da comprovação da origem ilícita: § 2º o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

O ministério público, com todo aparato estatal ao seu lado, indicará quando do oferecimento da denúncia a diferença do que considera rendimento lícito do denunciado. Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada. Mais adiante, o denominado “pacote anticrime” programa duas novas causas suspensivas (impeditivas) da prescrição. Veja-se:

Art. 116

II - Enquanto o agente cumpre pena no exterior;

III - na pendência de embargos de declaração ou de recursos aos tribunais superiores, quando inadmissíveis; e,

IV - Enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

A alteração constante do inciso ii consistiu apenas na alteração de “estrangeiro” para “exterior”, razão pela qual a modificação não deve gerar maiores impactos. Por outro lado, o legislador acrescentou ao dispositivo os incisos iii e iv, novas causas suspensivas da prescrição. Confira-se:

Art. 157

§ 2º. VII - se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca;

§ 2º-b. se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibida, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

A partir desse momento, a pena do delito de roubo aumenta-se de 1/3 até a metade se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca. Ainda, a pena é aplicada em dobro se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibida.

Seguindo adiante, a lei 13.964/2019 torna o crime de estelionato de ação penal pública condicionada à representação, com ressalvas. Anteriormente, o entendimento uníssono era de que o tipo penal do estelionato se procedia mediante ação penal pública incondicionada. A nova lei acrescenta o § 5º ao artigo 171, alterando a natureza da ação penal.

Art. 171.

§ 5º somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

- I - a administração pública, direta ou indireta; ii - criança ou adolescente;
- III - pessoa com deficiência mental; ou,
- IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

Como se vê, proceder-se-á mediante ação penal pública incondicionada apenas se a vítima for a administração pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; ou maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. Ademais, a derradeira alteração no código penal se dá no preceito secundário do tipo penal da concussão (art. 316). a nova redação eleva o patamar máximo de pena aplicável para 12 (doze) anos. Anteriormente, a baliza máxima era de 8 (oito) anos.

Art. 316

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Posteriormente a vigência da Lei 13.964/19, o artigo 112 da Lei de Execuções Penais, em referência ao quantum da pena a ser cumprido para o preso progredir de regime, passou a ter a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

- I – 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- II – 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- III – 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- IV – 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- V – 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
- VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII – 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII – 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (BRASIL, 1984).

Ademais, a Lei federal nº 13.964/19 alterou e adicionou parágrafos do art. 112 da Lei nº 7.210/84, conforme abaixo demonstrado:

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

[...]

5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente. (BRASIL, 1984).

O art. 83 do Código Penal regulamenta o livramento condicional e também sofreu alterações após a entrada em vigor do Pacote Anticrime. Para tanto, após as alterações feitas pela Lei 13.964/19, o art. 83 do Código Penal passou a dispor o seguinte:

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;

III - comprovado:

a) bom comportamento durante a execução da pena;

b) não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses;

c) bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído; e

d) aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto;

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (BRASIL, 1940).

No que tange a saída temporária, regulamentado pelo artigo 122 da Lei de Execuções Penais, e que autoriza a saída dos apenados que cumprem pena no regime semiaberto, também houve mudanças que merecem ser mencionadas. Após a aprovação da Lei nº 13.964/19, o referido dispositivo normativo permaneceu com a redação originária de seu caput e incisos. Contudo, o pacote anticrime acrescentou dois parágrafos ao artigo supracitado:

§1º A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

§ 2º Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte. (BRASIL, 1984).

Tal mudança traz significativas consequências ao ordenamento jurídico, pois se está diante de possíveis grandes problemas como a unificação das penas e a situação caótica em que se encontra o sistema carcerário brasileiro.

3 CONCLUSÃO

Ao final desse estudo, conclui-se que os argumentos acerca das alterações das legislações promovidas na Lei 12.850/13 com a promulgação da Lei 13.964/19 são plausíveis e com diversos embasamentos em princípios fundamentais que acabam delimitando o sistema do Processo penal. Vale ressaltar a importância do juiz de garantias pois o mesmo se apresenta como um instituto revolucionário que promove as garantias constitucionais do acusado, que tem o intuito de buscar a atuação de um juiz durante seu processo.

Além disso, o presente estudo se releva ainda pela contribuição tanto para o meio acadêmico no que diz respeito ao enriquecimento do conhecimento, como, principalmente, para os acadêmicos de direito no que se refere às medidas estabelecidas em nosso ordenamento jurídico. Dentro deste contexto, deve-se considerar uma medida extrema, o uso da lei 13.964/19 conhecida como Pacote anticrime que deve ser convertida somente nas hipóteses em que houver necessidade.

4 REFERÊNCIAS

ABEL, A. P. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: BARROSO, L. R. (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2021.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais e seus princípios reitores**. 1. ed., 2. Reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAS, Vladimir. **Os prós e contras do juiz de garantias**. Jota, 2020. Disponível em <<http://www.jota.info>>. Acesso em: 31.mai.2022.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, em 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03.set.2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03.set.2022.

_____. **Lei 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03.set.2022.

_____. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03.set.2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do juiz das garantias no poder judiciário brasileiro**. Publicado no portal do CNJ na data de 30 de julho de 2020. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03.set.2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/13**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 2**: parte especial (dos crimes contra a pessoa). 12.º ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 01, parte geral: (arts. 1º a 120º). 16.º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, R. C. P. **As mudanças da Lei de Organizações Criminosas pelo Pacote Anticrime**. Canal de Ciências Criminais. Rio Grande do Sul: 2020. Disponível em: <www.canalcienciascriminais.com.br>. Acesso em: 08.jun.2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do Direito**; teoria geral do Direito. 3.º ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [*et al.*]. **Teoria Geral do Processo**: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: 2015.

LACERDA, Vinícius. **Lei de Organizações Criminosas – Lei nº 12.850/13**. Disponível em: <<https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net>>. Acesso em: 31.10.2022.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa – Aspectos legais relevantes**. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 31.10.2022.

PINHEIRO, Nixonn Freitas. **Diferença entre “Organização Criminosa” e “Associação Criminosa”**. Disponível em: <<https://www.portalaz.com.br>>. Acesso em: 31.10.2022.

REGINATO, Andreia Depieri. **Uma introdução à pesquisa documental**. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Aspectos da nova lei de crime organizado**. Disponível em: <<https://joseherval.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 31.10.2022.

TASSE, Adel el; GOMES, Luiz Flávio. **Processo penal IV**; júri. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO FRENTE A CONSTRUÇÃO DE MORADIAS IRREGULARES EM ÁREAS DE RISCO

ROBERTA PEREIRA LINHARES.
Bacharelanda em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

ALCIVANDO FERREIRA DE SOUSA⁴⁸

(orientador)

RESUMO: A realidade das moradias em locais irregulares e de risco é uma realidade que vem se destacando cada vez mais. Isso se deve pelo fato de que o noticiário diariamente vem mostrando construções sendo feitas e mantidas em locais irregulares e perigosos. Partindo da premissa de que esse tipo de moradia é mais evidente em grandes centros urbanos do que em pequenas cidades, nota-se que a mesma carece de planejamento urbano, o que acaba afetando a qualidade de vida destes moradores, como a falta de saneamento básico, transporte, educação. Diante dessa realidade, o presente estudo teve o objetivo de analisar a possibilidade de aplicar a responsabilidade civil do Estado perante a construção de moradias irregulares. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura. A coleta de dados se deu na base de dados da Scielo, Google Acadêmico, dentre outras, durante o período de outubro e novembro de 2022. Teve-se como base artigos científicos, livros, periódicos, legislação brasileira e julgados nacionais. Nos resultados, ficou evidente constatar que o Estado possui plena responsabilidade civil para os moradores que moram em áreas de risco e irregulares. Ao final, entendeu-se que se deva criar leis de responsabilidade social para o desenvolvimento de políticas públicas preventivas de tragédias urbanas.

Palavras-chave: Moradia. Espaço Urbano. Responsabilidade Estatal. Legislação.

ABSTRACT: The reality of housing in irregular and risky places is a reality that has been increasingly highlighted. This is due to the fact that the daily news has been showing buildings being built and maintained in irregular and dangerous places. Starting from the premise that this type of housing is more evident in large urban centers than in small cities, it is noted that it lacks urban planning, which ends up affecting the quality of life of these residents, such as the lack of basic sanitation, transport, education. Given this reality, the present study aimed to analyze the possibility of applying the civil liability of the State in the face of the construction of irregular housing. In terms of methodology, it was a literature review. Data collection took place in the database of Scielo, Google Scholar,

⁴⁸ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

among others, during the period of October and November 2022. It was based on scientific articles, books, journals, Brazilian legislation and national judgments. In the results, it was evident that the State has full civil liability for residents who live in risky and irregular areas. In the end, it was understood that social responsibility laws should be created for the development of public policies to prevent urban tragedies.

Keywords: Home. Urban Space. State Responsibility. Legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Responsabilidade Civil: Aspectos gerais. 4. A moradia em locais e de risco e irregulares. 5. Das consequências jurídicas e sociais. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Um dos bens mais valiosos e protegidos pelos indivíduos é a moradia. Ela representa a segurança e o equilíbrio de uma pessoa, de uma família e de uma sociedade. Tão importante, que a legislação brasileira, por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000 inseriu-a no texto constitucional pátrio, como um direito de todo indivíduo (BRASIL, 2000).

Ocorre que na realidade atual, a moradia tem sido pauta de inúmeras discussões. Parte delas se destinam a sua segurança e comodidade. Melhor dizendo: discute-se nas últimas décadas as moradias encontradas em áreas de risco ou irregulares.

As casas construídas e mantidas em locais de risco e/ou irregulares é uma realidade muito presente na sociedade. Milhares de famílias brasileiras estão alocadas nesses locais. O efeito disso é muito claro: alagamentos, inundações, desabamentos, ou qualquer outra tragédia nesses locais (ALVES, 2022).

Os noticiários brasileiros nos últimos anos têm noticiado quase que diariamente habitações construídas em áreas de risco e que são frequentemente vítimas de tragédias ambientais. Esses fatos acabam por trazer à tona a discussão sobre a responsabilização a respeito dos danos gerados.

Com isso, tem-se debatido a responsabilidade do Estado frente a esses casos. Cabe lembrar que o art. 37 § 6º da Constituição de 1988, é enfático ao expor que a inação do Estado se faz reprovada com a obrigação de indenizar pelos danos suportados, individual ou coletivamente (BRASIL, 1988).

Dessa forma, é importante analisar de que forma o Estado responde judicialmente pelos danos gerados pelas consequências da moradia em locais de risco ou irregulares. Assim, a problemática desse estudo se baseou na seguinte questão: há a possibilidade

jurídica de aplicar a responsabilidade civil e de danos ao Estado nos casos de ocorrência de tragédias em moradias em locais de risco e irregulares?

Com esse cenário, essa pesquisa teve o objetivo de analisar a aplicação (ou não) da responsabilidade civil do Estado perante as construções de moradia irregulares em local de risco.

2. METODOLOGIA

A metodologia empregada na construção desse estudo se baseou nos métodos indutivo e qualitativo. Foi realizada uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de outubro e novembro de 2022.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS

O tema referente à responsabilidade civil existe desde os primórdios da sociedade. O homem, um ser plenamente social, desde sempre buscou ressarcir qualquer ação que porventura tenha causado algum prejuízo ao seu semelhante. Essa consciência “moral” pode ser entendida inicialmente como a responsabilidade civil.

Várias são as definições para responsabilidade civil. E todas elas foram sendo alteradas de acordo com o momento histórico vivido pela sociedade. Inicialmente, a responsabilidade civil surge pela precisão de amadurecimento das relações em conflito, que anteriormente era resolvida por meio de vingança privada (autotutela) e em seguida sendo pecuniária. Com o avanço social, emerge a noção de culpa, que também passa por períodos de mudança na sua aplicação, ao ponto onde a jurisprudência “acolhendo as necessidades prementes da vida social, expandiu o seu conceito, até chegar o período em que as noções de risco e garantia ganham força para substituí-la” (BRITO, 2014, p. 01).

Em seu conceito inicial, Nader (2018) relaciona a responsabilidade civil ao direito obrigatório de reparação de uma conduta que gerou prejuízo a terceiro.

Nos dizeres de Gonçalves (2020) esse instituto se baseia na obrigatoriedade de um indivíduo em ressarcir os prejuízos causados a outrem, em decorrência de um ato ilícito ou

mesmo lícito. Nota-se, a priori, que o que impera na responsabilidade civil é um dano que tenha surgido por motivação de outra pessoa.

Cabe lembrar também que na responsabilidade civil, a omissão também se enquadra. Como explica Oliveira (2018) a responsabilização na seara civilista é entendida como toda ação ou omissão que traga efeitos negativos a outra pessoa. É uma ação (ou omissão) que gere uma violação de uma norma legal ou de natureza contratual.

Por fim, explica o renomado autor Sérgio Cavalieri Filho (2021) que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que se originou da violação de dever jurídico originário.

Com os conceitos acima descritos, fica claro de se ter uma ideia de que qualquer ação que venha violar uma norma jurídica e conseqüentemente trazer algum dano para um terceiro é configurado como a responsabilidade civil (OLIVEIRA, 2018). O seu texto normativo pode ser encontrado no seguinte artigo civilista:

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

(BRASIL, 2002)

A doutrina jurídica traz os pressupostos do presente instituto, que são: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. O primeiro corresponde a ação ou omissão voluntária praticada por um indivíduo. A voluntariedade, como explica Filho (2021) é ter a consciência da ação cometida. Ela deve existir tanto na responsabilidade subjetiva (culpa) quanto na objetiva (risco).

O dano é o pressuposto para a existência da reparação, ou seja, sem ele não se falar em responsabilidade civil. Esclarece Gonçalves (2020) que o dano é a lesão a um interesse jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial causado pela ação (ou omissão) de um agente. Todo dano deve ser reparado, ainda que se consiga voltar ao estado anterior das coisas (*status quo ante*).

Ainda dentro desse pressuposto, importante mencionar os seus tipos: dano moral e dano material. O dano moral (também denominado de dano extrapatrimonial) é aquele onde os efeitos do ato ilícito do agente ferem o psicológico e emocional da vítima. Para isso, é imperioso observar os efeitos relacionados à tristeza, dor ou sofrimento, ou qualquer outro que traga a certeza de instabilidade emocional e psicológica gerada pelo dano. Para Nader (2018) o dano moral representa uma afronta à dignidade da pessoa humana, pois gera emoções negativas à vítima, tais como angústia, sofrimento, humilhação, dor, etc., o que não pode ser confundido como mero dissabor ou aborrecimento.

Já o dano material se configura no prejuízo direto ao patrimônio da vítima. É uma lesão causada ao patrimônio, conseqüentemente gerando perda ou deterioração total ou parcial dos bens materiais que lhe pertenciam (NADER, 2018).

Por fim, encontra-se o nexo de causalidade. Este é a ponte de ligação entre o dano e a conduta do agente. Teixeira et al. (2021) acentua que a doutrina jurídica brasileira adotou nesse caso, a Teoria da Causalidade Adequada, pelo qual se considera na percepção do nexo causal somente o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso.

Em relação aos tipos, a responsabilidade civil pode ser objetiva e subjetiva. Na responsabilidade objetiva, esta é caracterizada pelo fato de que a pessoa causadora do dano não realizou a ação de forma intencional ou seja, não tinha o objetivo de causar dano, e nem culposos. Ou seja, essa responsabilidade independe da intenção do ato, bastando somente que ele aconteça para gerar o dever indenizatório (OLIVEIRA; MELO, 2019).

Na responsabilidade subjetiva, para a sua configuração é preciso que o agente tenha dolo ou culpa em relação ao dano causado. Nesse caso, há uma conduta consciente, negligente ou imprudente do indivíduo para que seja configurada a responsabilidade (OLIVEIRA; MELO, 2019).

Feito essas ponderações gerais a respeito desse instituto, parte-se no tópico seguinte para a contextualização do tema aqui analisado

4 A MORADIA EM LOCAIS E DE RISCO E IRREGULARES

No ano de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (NAÇÕES UNIDAS, 1948) trouxe uma importante normatização em relação a moradia. Nesse regramento jurídico, previu o garantismo a todos de ter uma moradia, bem como protegeu o direito de todos a terem um lar como fundamental para a sua existência.

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Importante mencionar o que o direito à moradia está, ao seu turno, intimamente ligado ao Meio Ambiente. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2010 apud HOLMES;

SUNSTEIN, 2019) afirma que o meio ambiente é o resultado da interação dos aspectos naturais, artificiais e culturais que estejam presentes no ambiente. Nesse caso, também adentra a moradia.

Dessa forma, Campos (2021) acredita que uma moradia digna também está presente na definição de Meio Ambiente, especialmente ecologicamente equilibrado. Com essa interação também se alinha a outros direitos fundamentais, tais como a vida, a saúde, a intimidade, a liberdade, o respeito à dignidade física, psíquica e moral de cada um.

Mais especificamente no Brasil, o direito à moradia encontra base legal na principal norma do país: a Constituição Federal de 1988. É por meio do texto constitucional que o Brasil buscou garantir o direito de todos a ter uma moradia digna (REIS, 2014).

No art. 6º da Carta Magna é expresso que os direitos sociais são encontrados na educação, na saúde, na alimentação, no trabalho, no transporte, no lazer, na segurança, na previdência social, na proteção à maternidade e à infância e sobretudo, a moradia (BRASIL, 1988).

Em 1991, o Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), comentário geral 4º, estabeleceu parâmetros mais objetivos que determinaram alguns aspectos a serem considerados para que o direito à moradia fosse garantido a contento. Segurança jurídica da posse, disponibilidade de serviços materiais, facilidades e infraestrutura, custo de manutenção da moradia acessível, habitabilidade, acessibilidade, localização e adequação cultural (NAÇÕES UNIDAS, 1991).

Cabe lembrar que uma moradia não se restringe somente a ter uma casa. É preciso que se tenha acesso a uma residência segura, digna e que possibilite saúde mental e física para os seus moradores (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Para entender melhor o que seria uma moradia adequada, apresenta-se o Quadro 1:

Quadro 1 – Aspectos fundamentais para uma moradia adequada:

ASPECTO FUNDAMENTAL	DESCRIÇÃO
Segurança da posse	Se refere a uma segurança em morar no ambiente sem correr o risco de sofrer ameaças ou remoção.

Disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos	É a garantia de receber acesso a serviços como saneamento básico e energia elétrica, serviço público de infraestrutura e estabelecimentos de educação, saúde e lazer.
Custo acessível	A moradia não pode ser algo a comprometer o planejamento financeiro familiar, como por exemplo, a aquisição ou aluguel com preços abusivos.
Habitabilidade	É o direito que garante uma morada com proteção a ocorrência de fenômenos naturais, incêndios, desmoronamento ou qualquer fator que coloque em risco a vida e saúde dos habitantes.
Não discriminação e priorização de grupos vulneráveis	Cada moradia tem de ser equilibrada no sentido de garantir uma equidade aos grupos vulneráveis, como idosos, crianças e deficientes. da sociedade, como idosos, crianças e pessoas com deficiências.
Localização adequada	A moradia deve estar localizada em regiões com oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social.
Adequação cultural	Os materiais e a construção da residência devem respeitar a diversidade.

Fonte: Carvalho (2021).

Apesar de a legislação brasileira garantir o direito a uma moradia digna, a realidade no país não se encontra efetiva quanto está no texto da lei. Para melhor exemplificar essa

afirmativa, Campos (2021) explica que devido ao fato de que as áreas centralizadas das grandes cidades serem consideradas áreas de enorme valor, recebendo inclusive melhores tratamentos dos órgãos públicos, as outras áreas, consideradas como “alternativas” acabaram que ficaram à margem dessa realidade.

Bordalo (2021) acentua que as áreas menos valorizadas das cidades brasileiras constituem uma exclusão social, uma vez que parte da população as invade criando uma “cidade informal”, que nada mais são do que fruto de violação indireta do direito à moradia.

Cruz e Bodnar (2018) aduz que a população de baixa renda buscam uma moradia, não importando o local onde ela se encontra. Por conta disso, muitas áreas consideradas de risco ou de domínio Estatal acabam servindo de moradia a milhares de famílias. Douglas e Wildavsky (2018) acrescentam que na busca pela sobrevivência e manutenção da qualidade de vida, muitas pessoas decidem construir casas em locais de instabilidade ambiental ou que sejam já previamente tuteladas por terceiros.

Muitas famílias, conforme explana Bordalo (2021), veem-se diante da ponderação entre uma ameaça de caráter futuro e necessidade imediata. Portanto, construir uma moradia em uma área de risco não é uma opção primária, mas sim uma busca em encontrar um local onde possa residir de forma no mínimo digna. Em alguns casos, é a única opção que se encontra.

Na busca por entender as razões que levam as pessoas a morarem em áreas de risco, Almeida e Pereira (2014) trazem algumas motivações já estabelecidas: estabelecimento de laços afetivos e hábitos criados com a vizinhança que os acompanha; impossibilidade de pagamento de aluguel, e até mesmo a solidariedade dos vizinhos que se auxiliam quando os recursos financeiros são insuficientes para a sobrevivência básica.

Farber e Carvalho (2017) ao analisar o perfil dos moradores de áreas de risco, traçou que as principais características são: pessoas com rendas ínfimas ou desempregados, baixos níveis de escolaridade e saneamento. No geral, são formados por famílias com filhos, negros e em grande parte chefiadas por mulheres.

Carvalho (2021) entende que é possível observar que as ocupações irregulares estão diretamente ligadas às piores condições socioeconômicas e, conseqüente, maior exposição a risco, o que gera um círculo negativo e propício a desastres de grande magnitude.

O fato é que as mudanças climáticas ocorridas nas últimas décadas têm impacto significativamente várias áreas urbanas. Muitas áreas, principalmente as que se encontram distantes dos centros urbanos, são facilmente consideradas uma zona de risco, justamente por apresentarem um espaço territorial que possibilite uma mudança drástica da sua estrutura (CARVALHO, 2021).

Por essa razão, diversos casos de desabamentos, inundações, alagamentos, dentre outros desastres estão sendo frequentemente vistos pela sociedade. Metrópolis estão sendo vítimas de desastres ambientais que tem impacto milhares de moradias (ALVES, 2022).

De acordo com Fonseca (2018) as moradias erguidas nas áreas de risco são uma verdadeira tragédia anunciada, como por exemplo, o risco de chuvas que alagam essas áreas. Nesse cenário, famílias acabam se tornando vítimas de desabamentos de barreiras ou da súbita inundação das áreas ribeirinhas que arrastam suas vidas irregulares para a morte.

Rangel e Silva (2019) acrescentam que a morte de pessoas em razão de acontecimentos graves a esses locais não é incomum. Muitos são as pessoas que mesmo sabendo do risco que correm, optam por esperar ou ficar nesses locais, grande parte delas, como já mencionado, porque não tem outro local para morar.

O que se verifica, é que as áreas de risco configuram um claro atentado ao direito à moradia digna. Esses locais estão longe de serem considerados como ideais para morar e viver. E isso, remete diretamente a ausência de políticas públicas que trabalhem em prol de melhorias e solução desse cenário (VARGAS, 2019).

Vargas (2019) acredita que a flagrante ausência de uma política habitacional tem aberto as chances de que as grandes cidades registrem a ocorrência de conjuntos habitacionais clandestinos, mediante ocupação desordenada e sem nenhuma infraestrutura, apresentando-se no caso das construções consolidadas em áreas de risco um problema de proporções mais graves.

De primeira ordem, entende-se que nesses casos, a remoção das moradias sejam a primeira solução. Isso é natural, uma vez que essas moradias estão localizadas em áreas que correm riscos de gerar desastres que podem inclusive vitimar seus moradores. Reis (2014) enfatiza que a remoção dessas moradias, frente ao indício de perigo à incolumidade física dos habitantes, configura questão de interesse público.

Bordalo (2021) pontua que a Administração Pública não pode se omitir frente a esses casos, devendo resolver por definitivo, o processo de ocupação temerária, com o deslocamento das moradias irregulares para um espaço urbano adequado.

No entanto, em alguns casos, verifica-se uma ausência do Poder Público quando tragédias ocorrem, e que acabam por mostrar o problema. A respeito das consequências desse fato, apresenta-se o tópico seguinte.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Não são raras as vezes em que o Estado permite, incentiva e deixa de tomar providências no sentido remover e realocar famílias, nos termos da legislação, estabelecidas em áreas irregulares. Diante da omissão da Administração Pública, observa-se a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, que, cumprindo seu papel constitucionalmente atribuído, em geral impulsionado pelo Ministério Público, intervém visando resguardar a vida e a qualidade de vida dos cidadãos, por meio da garantia de uma moradia digna e de um meio ambiente equilibrado.

Nesses casos, emerge-se o instituto da Responsabilidade Civil, já analisado no primeiro tópico desse estudo. Para fins desse estudo, liga-se a possibilidade de inclusão desse instituto ao caso presente.

Reis (2014) entende que a responsabilidade civil por omissão imputável ao Poder Público, configurada na conduta omissiva e ofensiva a direitos assegurados na Carta Magna, é uma temática de interesses de todos. Como bem acentua o art. 37 § 6º da Constituição de 1988, quando o Estado se omite de suas obrigações sociais, incluídas aí a moradia digna e equilibrada, surge o direito indenizatório decorrentes dos danos gerados e suportados, seja ele de modo individual ou coletivo.

Bordalo (2021) esclarece que essa questão paira sobre o planejamento urbano, ou seja, no desenvolvimento de uma estrutura que organize as áreas residenciais de uma cidade. O planejamento é essencial para que situações como aqui analisadas sejam evitadas.

Fato é que cabe ao Estado trazer e efetivar soluções de contenção do processo de ocupação, a manutenção de pessoas residentes em áreas de risco se mostra um ato omissivo do Poder Público, uma vez que se fecha os “olhos” para as construções clandestinas (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Desse modo, entende-se primeiramente que existe uma aplicação da responsabilidade civil do Poder Público, por inércia e inadequação de serviços compatíveis à proteção dos cidadãos, em especial a sua proteção física, moral e familiar.

Nesse sentido, destaca-se as seguintes palavras:

Declinando o ente jurídico governamental do dever de agir, em cumprimento da lei, para a remoção das pessoas em área de risco de situação geológica, por ocupação informal e irregular, e ao torná-las expostas, permanentemente ao risco, rende-se o Poder Público à obrigação de indenizar, por omissão. Omissão de socorro, por deixá-las sujeitas à própria sorte (ALVES, 2022, p. 01).

Corroborando com o entendimento acima exposto, a jurisprudência brasileira já vem apresentando julgados que mostram a aplicação da Responsabilidade Civil do Estado diante da situação aqui estudada.

Um julgado histórico a ser mencionado foi o realizado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 1988, responsabilizou a Administração Pública, “por danos correspondentes ao deslizamento de encosta na qual haviam sido realizadas, mas de modo insatisfatório, obras de contenção”. (TJRJ – 3ª Câmara Cível, Apel. Cível n. 1.555/88, Rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira).

Em decisão judicial mais recente, numa Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em desfavor do Município e o Estado do mesmo ente federativo, acatou o pedido e indenizou-os, com base na ausência de implementação de ações que pudessem preservar o meio ambiente e à vida dos moradores da comunidade Nova Maracá, no bairro de Tomás Coelho, uma vez que essa região é considerada uma área de risco, pelo fato de ter o risco eminente de deslizamentos e escorregamentos. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também se posicionou do mesmo modo (AgInt no AREsp 801720/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 14.09.2021).

Nota-se com esses dois exemplos, que o Estado pode ser responsabilizado nos casos de tragédias ocorridas em áreas de risco habitadas. Oliveira (2018) nos explica que essa possibilidade já pacificada na jurisprudência brasileira, se motiva em razão de reconhecer à Administração o dever de proteger pela segurança das comunidades, além de dispor de melhores condições habitacionais, a fim de evitar a ocorrência de tragédias.

Gonçalves (2020) esclarece que o fato gerador do evento danoso não se origina de culpa, ainda que concorrente, dos que precederam a ocupação irregular de moradias, vitimadas por deslizamentos de terras, feitas sem a prévia autorização dos municípios.

Carvalho (2021) entende que esse cenário faz surgir a emergência em se criar leis mais específicas e severas para esses casos. O autor defende que é necessário haver uma melhor regulamentação jurídica, principalmente pelo fato de que em vários locais é nítido observar a possibilidade de ocorrer tragédias.

O Serviço Geológico Brasileiro que monitora áreas consideradas propensas a desabamentos, inundações, deslizamentos de rochas, etc., “considera que 1.601 cidades do país têm “alto e muito alto risco”, o equivalente a 28,74% do território brasileiro” (CAMPOS, 2021). Apenas por esse dado, fica evidente que há um enorme risco de ocorrer novas tragédias urbanas, como as já existentes nos últimos anos.

Cabe mencionar a Lei nº 1.608/2012 que instituiu o Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) do Brasil. De todo modo, uma legislação mais robusta e ampla sobre esse tema, deve ser criada.

Rangel e Silva (2019) acrescentam que a competência constitucional atribuída aos Municípios para a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante o planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF), evidencia a responsabilidade e chama a atenção a esses deveres legais impostos.

Frente ao exposto, entende-se que a Responsabilidade Civil do Estado frente aos casos de tragédia ocorridas em áreas de risco é plenamente possível de ser aplicada. No entanto, tão importante quanto estabelecer as penalidades, é buscar criar medidas de prevenção e solução a esses casos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos os anos os noticiários evidenciam as problemáticas de moradores que residem em morros e encostas, problemática que fica em evidência devido as chuvas torrenciais que acabam ocasionado grandes tragédias e ceifando vidas. Em sua maioria, esses deslizamentos de terras ocorrem por falta de fiscalização do Poder Público e de Planejamento Urbano adequado, e são nesses locais onde residem pessoas de classe social menos privilegiada, resultado das desigualdades sociais.

Sendo previsível que ao longo dos anos os acontecimentos de desmoronamento de morros e encostas na época do verão, o Poder Público se mantém inerte aos acontecimentos, sendo mais do que previsível este órgão veda seus olhos para essa população. Sendo o Poder Estatal omissivo, cabe aos moradores lesados, ou seja, que tiveram suas casas destruídas por deslizamentos de terras procurar seus direitos uma vez que, este órgão tem sua parcela de culpa nesses acontecimentos.

A omissão do Poder Público em fiscalizar as construções e as casas que já estão construídas e gritante, sabendo que esse ato pode e custa vida de pessoas inocentes que por questões socioeconômicas não tem para onde ir.

Destaca-se que é dever do poder público organizar o espaço habitável de uma comunidade ou cidade, para que tais habitantes tenha o mínimo de dignidade possível. Se há um grande deslocamento de pessoas, que, por razões socioeconômicas realizam construções irregulares em locais como encostas e morros, é de competência do município evitar que essas pessoas construam suas moradias ali, tendo-se por base o risco de vida que esses habitantes correm diariamente. É dever do Poder Público regular esses espaços.

Conforme expresso no decorrer desse estudo, ficou evidente que o Estado é plenamente responsabilizado pelos danos gerados pelas tragédias ocorridas em áreas de

risco. Essa penalização se deve justamente por ele ser o responsável em evitar que essas populações sofram tais danos.

Por outro lado, é também importante destacar que a população também deve se movimentar na busca pela prevenção em construir moradias nesses locais, principalmente quando a área já é conhecida como de “risco”. Nesse sentido, a postura do cidadão, enquanto integrante de uma comunidade precisa ser trabalhada com o esclarecimento em relação aos riscos e incentivos que

estimulem a desocupação de determinadas áreas. Esse raciocínio conduz a uma atuação conjunta do poder público com o cidadão.

Ademais, essa pesquisa caminha para o entendimento de que se deva criar leis de responsabilidade social para o desenvolvimento de políticas públicas preventivas de tragédias urbanas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Sávio Silva de; PEREIRA, Mônica Cox de Britto. **O direito à moradia e a cidadania: a ideologia dos direitos humanos e a ideologia do Estado democrático de direito encaram a realidade às margens do Rio Beberibe/PE**. Revista Movimentos Sociais e Dinâmicas Espaciais, Recife, v. 3, n. 1, p. 292-316, 2014.

ALVES, Jones F. **Em vidas e moradias irregulares, as famílias desabam nas tragédias**. 2022. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1831/Em+vidas+e+moradias+irregulares%2C+as+fam%2C3%ADlias+desabam+nas+trag%3%A9dias+#:~:text=As%20habita%C3%A7%C3%B5es%20constru%C3%ADdas%20em%20%C3%A1reas,vidas%20irregulares%20para%20a%20morte>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 03 out. 2022.

BORDALO, Rodrigo. **Direito Urbanístico**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2021.

BRITO, Eduardo César Vasconcelos. **Teorias e espécies de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual**.

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47066&seo=1>>. Acesso em: 05 out. 2022.

CAMPOS, Ana Cláudia. **Direito Administrativo Facilitado**. 2. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2021.

CARVALHO, Déltton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**. São Paulo: Ed. RT, 2021.

CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 4, n. 1, p. 81-89, jan./jun. 2018.

DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e Cultura: um ensaio sobre a seleção de riscos tecnológicos e ambientais**. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2018.

FARBER, Daniel A; CARVALHO, Déltton (orgs). **Estudos aprofundados em direito dos desastres**. Cultura: Prismas, 2017.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15º ed. Editora: Atlas, 2021.

FONSECA, France Dielle de Freitas. **Riscos de desastres ambientais urbano: estudo de diferentes áreas de conhecimento uma perspectiva teórica para a geotecnia**. 2018. 100 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental Urbana) –Programa de Pós-Graduação em Engenharia Ambiental Urbana, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. vol. 1 - 18ª Edição 2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **O Custo dos Direitos**. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2019.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes. **Direito Civil: obrigações**. 2º ed. Editora: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: Obrigações**. 3º ed. Editora: Forense, 2019.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. **O direito fundamental à moradia como mínimo existencial, e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-

78, 2019.

REIS, João Emilio de Assis. **Direito ao Ambiente e o Direito à Moradia: Colisão e Ponderação de Direitos Fundamentais**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 294-301, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. **Responsabilidade civil e direito de família: O Direito de Danos na Parentalidade e Conjugalidade**. 1º ed. Editora: Foco, 2021.

VARGAS, Dora. **“Eu fui embora de lá, mas não fui” –a construção social da moradia de risco**. In: VALENCIO, Norma et al. (Orgs.) Sociologia dos Desastres. São Carlos: Rima, 2019.

UMA ANÁLISE DO NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO E SEU DESENVOLVIMENTO A PARTIR DOS CONTRATUALISTAS

MATEUS DA SILVA FERNANDES:

Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB (2021), através do programa de Pós-graduação (mestrado) em Filosofia; pós-graduado em Tutoria em Educação à Distância pela Faculdade Sucesso – FACSU (2022); e graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Cajazeiras – FAFIC (2018).

Resumo: O objetivo deste artigo é discutir a relação que o nascimento do Estado moderno mantém com o desenvolvimento do pensamento contratualista. Nossa investigação neste trabalho tem como base a leitura imanente de como as discussões acerca do Estado moderno se estruturaram no início da modernidade. A metodologia bibliográfica que usamos para esta elaboração tem como fundamento as obras e o pensamento de Bodin, Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau, além de comentadores. O eixo temático da discussão se situa entre filosofia política e filosofia do direito, discutindo estado de natureza e estado civil. Alcançamos enquanto resultado, considerando que a leitura imanente do programa desta pesquisa contribuiu para compreendermos o nascimento do estado moderno, que esse caráter de transição se produz da passagem do caráter orgânico do estado feudal ao caráter mecânico do estado que se desenvolve a partir de conceitos fundamentais para sua estruturação do seio da modernidade.

Palavras-chave: Estado moderno; estado civil; contratualismo.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO. 3. DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO ENTRE OS CONTRATUALISTAS. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

A transição entre idade média e modernidade é marcada por uma série de fatores que contribuíram para o processo de transição do estado orgânico feudal ao estado mecânico moderno. São muitos os aspectos que caracterizam o que a modernidade representou para a constituição do pensamento moderno, nessa pesquisa situamos nossa análise da modernidade em seu processo de desenvolvimento com ênfase em como a mentalidade moderna pensa o Estado.

O medievo caracteriza aproximadamente dez séculos da história, e tem seu clímax em como o pensamento filosófico e teológico se encaminhou, respectivamente na forma da patrística e da escolástica. Dentre os eventos que marcam a idade média, podemos destacar períodos áureos, como por exemplo a criação das universidades, fundamental não apenas para aquele tempo, mas para a humanidade. Porém, já no século XIV destacamos que a forma de vida na idade média passou a entrar num processo de transição.

No sistema feudal a vida da sociedade se centralizou no campo, de onde se produz a renda da terra do feudalismo. Porém, a estrutura orgânica da sociedade feudal não foi suficiente para dar conta das contradições internas entre o conteúdo social e a forma política. Dentre esses aspectos podemos destacar o crescimento dos burgos, conseqüentemente, dos comerciantes, e a relação entre igreja e Estado que se aproximava de uma ruptura.

O crescimento dos movimentos renascentistas marcou como esse período de transição se centralizou em como a sociedade passaria a se organizar em estados independentes, como por exemplo a divisão da Itália no século XX em Milão, Florença, Roma e Veneza. É sob a hipótese de que o Estado orgânico característico do medievo sai de cena através da criação do Estado moderno que nosso artigo se propõe a examinar. A proposta deste artigo não é criar uma hipótese inédita para discutirmos o Estado moderno, mas destacar a participação ativa no processo de desenvolvimento do Estado de alguns importantes pensadores modernos que nos ajudarão a compreender o desenvolvimento do Estado e como ele foi pensado naquele tempo.

Para tanto, buscaremos num primeiro momento através de uma leitura imanente entender como Maquiavel pensou sua ciência política para buscarmos entender como o Estado moderno foi pensado. A partir de como se desenvolveu a ciência política, compreenderemos como o conceito de soberania de Bodin inaugura um novo horizonte para pensar como Estado será desenvolvido na modernidade.

A partir disso, passamos nossa análise para como o Estado moderno se desenvolve ladeado pela discussão entre os filósofos contratualistas: Hobbes, Locke e Rousseau. Nesse momento, trazemos para o centro da discussão o conceito de direito de natureza afim de associarmos a forma como o Estado passou a se consolidar sob os prismas do pensamento filosófico que os pensadores e cientistas políticos imprimiram no modo como o próprio Estado foi pensado. Com isso, buscaremos expandir como se desenvolveu o Estado na idade moderna por meio de como os pensadores modernos estruturaram a ciência política daquele tempo.

2.0 NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO

Dentre as muitas discussões que atravessaram a idade moderna, destacamos o *jusnaturalismo* para estruturarmos sua importância na história a partir do nascimento e do desenvolvimento do estado moderno. O espírito da modernidade, ambiente em que se desenvolve o *jusnaturalismo*, é marcado pela transição das considerações da idade média acerca do próprio lugar do ser humano, bem como o abandono dos feudos pelo desenvolvimento de estados independentes. Na modernidade ainda, situa-se uma íntima relação que é relevante em nosso exame: a constante disputa de poder entre o Estado e a Igreja na baixa idade média. Vale lembrar que, até então, a concepção de poder nesse período da história que tinha a crença dos reinados era garantida pela religião, haja vista ser formulada de premissas que surgem a partir da instância divina e transcendente. Com isso, o renascimento, período em que ocorre esse contexto, dá início à idade moderna iniciada no século XV na Itália através de ideais que faziam parte da forma de pensar das pessoas letradas, fossem elas leigas ou fossem elas do clero (RUSSELL, 2015, p. 17).

Nas palavras de Chevallier (1993, p. 17):

O renascimento, no sentido estrito da palavra, é um movimento intelectual [...] que visa livrar-se das disciplinas intelectuais da Idade Média, para voltar à antiguidade clássica, estudada diretamente nas fontes pelos humanistas, e não mais através da transmissão cristã.

O renascimento abdicou do aristotelismo tomista promovido pela igreja na busca direta pelos textos dos gregos. A teoria da iluminação de Agostinho de Hipona (354 – 430) como desenvolvida em *Contra Faustum manichaeum libri triginta tres*⁴⁹, que é parte da epistemologia valorizada pela patrística e, na escolástica, a verdade (conhecimento/episteme) concebida como *adequatio intellectus et rei* de Tomás de Aquino (1224 – 1274)⁵⁰ como no *Articulus 3 da quaestio I das Quaestiones disputatae de veritate* são postas agora em um segundo plano de importância dos conteúdos que floresceram naquela época. Os árabes Avicena (930 – 1037) e Averróis (1126 – 1198), estudiosos do pensamento aristotélico que posteriormente foram tomados pela escolástica tomista, também são postos em segundo plano enquanto, por outro lado, emergia um retorno aos textos clássicos que configurou um tipo de autonomia da qual gozavam os renascentistas. Visto isso, pode-se perceber que no renascimento não houve movimento popular, mas se desenvolveu entre os eruditos e humanistas. Com isso, deu-se então o chamado colapso da era cristã, resultando, pois, no enfraquecimento do direito natural divino defendido pela igreja e o surgimento das propostas de direito natural moderno. A partir desse contexto, molda-se o conhecido movimento jusnaturalista e contratualista que focaremos daqui em diante.

O conceito de Estado e estrutura a ele inerente como conhecemos nos dias de hoje, tem seu período de forte desenvolvimento no século XVIII. Porém, formas anteriores à que vivemos e conhecemos de Estado já se desenvolveu no mundo ocidental, como no período renascentista em que se consolidou a divisão da Itália em Veneza, Milão, Florença e Roma (governada pelo Papa). Essa mudança que aconteceu no renascimento se produz em decorrência da transição do Estado

49 A iluminação divina, amplamente estudada dentro dos textos de Agostinho de Hipona, é abordada aqui à luz da sua concepção epistemológica enquanto iluminação divina na racionalidade humana. Essa concepção ficou marcada nos estudos do conhecimento na patrística e aqui de maneira distinta na obra agostiniana, numa espécie de ação divina na razão para concepção das Verdades divinas.

50 A concepção da verdade enquanto *adequatio intellectus et rei* destaca o aspecto relacional da verdade à coisa. Para compreendermos como Tomás de Aquino entende essa relação é importante considerarmos um processo assimilatório do intelecto em que o conhecimento resulta na verdade do intelecto. Esse processo se desenvolve quando a coisa é tomada como condição de que haja uma espécie de conformação entre o próprio intelecto, mencionado anteriormente, e a coisa.

durante o regime feudal⁵¹ para se estruturar a partir de um caráter mecânico⁵², esse acontecimento se desenvolveu ao mesmo tempo que a forma de produção de riqueza também entra em transição do sistema feudal ao sistema capitalista que se desenvolvia ali.

Do renascimento Maquiavel (1426 – 1527) é o pensador mais expressivo, segundo Bertrand Russell (1872 – 1970): “Sua filosofia política é científica e empírica; fundamenta-se em sua própria experiência e tem como objetivo formular meios que conduzem a fins específicos” (RUSSELL, 2015, p. 27). Maquiavel é uma personagem que figura o período da transição em que nasce a modernidade. Russel (2015, p. 27) enxerga em Maquiavel uma característica que marca o modo como é construída sua obra magna *O príncipe* (1513): “Uma tal honestidade intelectual acerca da desonestidade política [...]”.

Em Maquiavel o príncipe é a personificação do exercício de força para garantir o que compreendemos hoje como soberania do Estado. Essa força se caracteriza em como é administrada pelo príncipe, podendo ser ela força de conquista ou força de conservação (MAQUIAVEL, 2000, p. 37). A razão da política do príncipe é o próprio emprego dessas forças, que ao mesmo tempo caracteriza a guerra (CHEVALLIER, 1993, p. 26). Diz o filósofo:

O desejo de conquistar é natural e comum, e os homens capazes de satisfazê-los sempre são louvados, jamais criticados. Porém, caso não o consigam nem pretendam satisfazê-lo, de qualquer maneira, então comentem um erro, e fazem por merecer a crítica (MAQUIAVEL, 2000, p. 47).

Para manter o Estado, o príncipe necessita de boas leis e boas armas. Porém, é importante não reduzir armas apenas às forças bélicas, e compreender o que ele entende por boas armas. A disposição à guerra é uma virtude do príncipe, dispor de boas armas é ter sob seu governo um exército nacional, que diferente de mercenários, não abandonam seu posto ou se vendem para outro. Diante disso, dentre as maneiras de conquistar são apresentadas duas: a *virtu* e a fortuna.

51 O regime feudal é a forma de organização social iniciada no período da decadência do império romano, em que é caracterizado pela troca de serviço, e agora, no regime feudal, os camponeses trabalham nas terras do dono da terra na troca por um recanto para se instalarem e produzirem os meios de sobrevivência. Essa forma de vida na idade média não deve ser compreendida apenas como resultado, mas como processo de como as formas de vida agora se mantinham pelo modo de acumulação de riqueza, em que nesse período a renda era garantida pelo uso da terra.

52 O caráter mecânico é uma característica do Estado no curso de sua estruturação. As relações sociais deixam de ser formatadas pela troca como garantia de subsistência orgânica pela efetivação de direitos do estado de natureza numa estrutura regida pela soberania. Esse evento não se limita a um mero resultado na concepção de progresso da história, mas é explicada pela forma de acumulação de riqueza que influência na mutação da própria organização do Estado. Essa nova forma de riqueza deixa o campo como fonte de renda e se desenvolve no comércio, gerando um caráter mecânico das relações sociais e políticas.

Com isso, nos distanciamos da redução do exercício de força em caráter bélico e nos aproximamos de como essas forças se produzem no exercício do príncipe.

A *virtu* diz respeito ao talento, vigor, à energia, esses valores importantes são atribuídos por Maquiavel como qualidades para caracterização de um tipo de “arma”, e é entendida por Maquiavel como um conhecimento da realidade efetiva do contexto que ele está; enquanto, por outro lado, a fortuna é a conquista do poder alcançada através de terceiros, mercenários (MAQUIAVEL, 2000, p. 45). Para Maquiavel essa diferença é importante, pois é necessário considerar esses modos de força e até certo ponto relacioná-los, haja vista aquele que deter da *virtu* não estar inteiramente dissociado da fortuna. Diante disso surgem pertinentes questões: Qual o caminho mais fácil para chegar ao poder? Ou até mesmo, que príncipe tem mais facilidade de conservar-se no poder? A forma como se desenvolve a produção de Maquiavel em sua ciência política não pode ser resumida a nenhum manual utópico, mas a partir de quando ele relaciona os fatores que nos dedicamos nesse parágrafo, podemos notar que seu discurso é carregado de facticidade, e essa interpretação se confirma quando analisando as forças para o príncipe governar ele relata que usar da fortuna para alcançar o poder é uma opção, mas é difícil conservar esse poder; entretanto, o príncipe que dispõe da *virtu* goza do inverso, que chamamos de uma menor dificuldade para chegar ao poder, porém, depois que alcançado, a manutenção e a conservação desse poder não são mais fáceis.

Em contrapartida à ciência política de Maquiavel está Jean Bodin (1530 – 1596), que com os *Seis livros da república* (1576) apresenta um discurso que difere substancialmente do pensamento do italiano, apresentando não os fatos como fundamento de sua obra, mas a legitimidade enquanto parte da discussão acerca da comunidade política, trazendo o poder soberano para o núcleo da obra (BODIN, 2011, p. 71).

A união da comunidade política é garantida mantida por meio do poder soberano. Se o poder soberano não garantir esse status à comunidade política, essa união se esvaeceria. “Ela [a união da comunidade política] cristaliza o intercâmbio de ‘comando e obediência’, imposto pela natureza das coisas a todo grupo social que quer viver. É nesse sentido que o poder soberano “É O PODER ABSOLUTO E PERPÉTUO de uma república [...]” (BODIN, 2011, p. 195). É, portanto, a respeito da importância da soberania para a criação e desenvolvimento do estado que a situamos como discussão que nasce da superação do feudalismo e o Estado orgânico conjecturando a estrutura política da emancipação.

Em Bodin a soberania apesar de absoluta não pertence a uma determinada forma de governo, mas se perpetua na forma de poder e, conseqüentemente, um príncipe ou uma forma de governo apenas sejam depositários dela (BODIN, 2011, p. 197). O autor caracteriza então a soberania enquanto poder sem qualquer sujeição a outrem, sendo, com isso, absoluto. O exercício do poder soberano põe o príncipe diante da possibilidade de legislar sem qualquer interferência, garantindo, com isso, a independência nacional e a completa oposição ao governo misto.

É consenso entre os estudiosos do pensamento político, que, no livro de Bodin, aparece formulada, pela primeira vez e da maneira mais completa, a teoria do absolutismo monárquico, fundamentada no conceito de soberania, que ele foi o primeiro a elaborar, ou seja, que a autoridade tem

de ser absoluta; e que, no livro de Hobbes, temos isso também, e muito mais do que isso, ou seja, uma teoria radicalmente nova da sociedade e da política, o chamado contratualismo ou jusnaturalismo (LORENZANO, 2007, p. 31).

Cabe-nos agora perscrutarmos o contratualismo para compreendermos como se desenvolve o Estado moderno, já tendo considerado algumas contribuições do renascimento em Maquiavel e agora de Bodin na estruturação do conceito de poder soberano.

3. DESENVOLVIMENTO DO ESTADO MODERNO ENTRE OS CONTRATUALISTAS

Homo homini lupus (2002, p. 3) é a máxima hobbesiana que está em *Sobre o cidadão* (1642) de Hobbes (1588 – 1679) em que se exprime o direito natural, um conceito-chave da estrutura do pensamento de Hobbes e dos contratualistas, fundamental para compreensão de como se desenvolveu sua filosofia contratualista. E, com isso, também se desenvolveu o Estado moderno. Para Hobbes, o direito (*jus*) de natureza dos homens se efetiva na guerra de todos contra todos. Porém, antes de qualquer síntese que façamos do valor que isso tem dentro do pensamento de Hobbes, cabe-nos entender o que significa esse direito de natureza. O próprio autor deixa claro do que se trata essa acepção quando considera no prefácio à obra *O leviatã* (1651): “O estado de natureza é o modo de ser que caracterizaria o homem antes de seu ingresso no *estado social*” (MONTEIRO, 1999, p. 13).

Esse estado de natureza que fala Hobbes, tendo como ponto de partida a máxima que está em *Sobre o cidadão*, é um sentimento de autopreservação contra qualquer investida que ele possa sofrer, pois para ele o outro é sempre perigoso, que suprime, com isso, o sentimento de coletividade. Essa autopreservação coloca o ser humano diante da busca por poder e sempre mais poder, fazendo-o concorrente de todos os outros, os quais, assim como ele, são naturalmente submetidos a esse sentimento, gerando a guerra de todos contra todos. O homem para Hobbes é mau por natureza, é o sujeito concorrente dos outros para realizar seus desejos. A disposição à sociabilidade apresentada por Aristóteles (384 – 322) no início da *Política* (1998, p. 53), não é verdadeira para Hobbes, pois ao homem é inerente o caos e a guerra entre os seres humanos. O constante perigo ocasionado pela liberdade dos outros indivíduos coloca o ser humano diante da necessidade de entrar em acordo com os demais. De modo que, tal acordo entre os seres humanos se produz da renúncia de seu poder natural depositando em um soberano que constrói um poder artificial, para que a guerra de todos contra todos seja cessada em benefício do contrato de todos com todos (HOBBS, 1999, p. 114). Há uma questão importante para considerarmos: primeiro que ao soberano deve garantir a possibilidade de exercer seus direitos; em segundo que o poder artificial que o soberano detém não tem limites e ninguém pode obrigá-lo a nada, pois, este soberano, seja uma pessoa física ou assembleia, está fora do contrato (HOBBS, 1999, p. 114). Nesse sentido, o poder artificial do Estado Leviatã não tem deveres, mas apenas direitos. Referente ao pacto entre todos com cada um, diz então o autor:

Diz-se que um *Estado*, foi *instituído* quando uma *multidão* de homens concordam e *pactum*, cada um com cada um dos outros a quem seja

atribuído pela maioria o *direito de representar* a pessoa de todos ele (ou seja, de ser seu *representante*), todos sem exceção, tanto os que *votaram a favor dele* como os que *votaram contra ele*, deverão *autorizar* todos os atos e decisões desse homem ou assembleia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens (HOBBS, 1999, p. 145, grifo do autor).

Por meio do contrato o homem artificial, ou estado-leviatã, substitui “[...] a vontade de todos, *a todos representando*” (CHEVALLIER, 1990, p. 72). Constituído de poder artificial, esse transferido mediante o contrato social, o leviatã irá impor limites aos homens sob forma tanto moral quanto política, tendo, pois, por meta, a garantia da paz.

Tendo em vista esses respectivos panos de fundo, não surpreende que tanto Bodin quanto Hobbes fossem visceralmente contrários a qualquer tipo de governo misto, o qual implica necessariamente aquilo que para eles constituía o pior dos males: a divisão da soberania (LORENZANO, 2007, p. 23).

Pelo lugar que se encontra o desenvolvimento do pensamento de Hobbes e a situação de transição entre idade média e modernidade, rompido com o viés orgânico dos feudos, podemos concluir que o Estado em Hobbes é constituído sob a forma de uma máquina, que pode servir de modelo e aplicado em outras situações que não apenas ao lugar de que fala o filósofo. Neste momento de nossa presente discussão, já vimos que na Itália renascentista nasce o Estado moderno, em Bodin ele recebe contribuições com a noção de soberania e é desenvolvido pelos ingleses (LORENZANO, 2007, p. 37), isso caracteriza o rompimento e distanciamento do caráter feudal.

O próximo filósofo contratualista que destacamos aqui para elucidar importantes momentos do desenvolvimento do Estado moderno a partir dos contratualistas é John Locke (1632 – 1704), que não foi apenas filósofo político, mas também pai do empirismo, e muitas de suas considerações políticas estão em íntima relação com sua própria epistemologia. O homem é carente de qualquer conhecimento que preceda a empiria, essa é uma premissa basilar do pensamento de Locke, tudo que conhecemos é resultado das sensações que ao longo da vida são responsáveis por escrever no sujeito o que ele concebe como conhecimento (LOCKE, 1999, p. 57). Desse modo, não está fora de questão pensar a incidência dessa concepção na constituição de seu pensamento político.

A partir da experiência, de seu próprio corpo que porta os sentidos, é que o ser humano conhece (LOCKE, 1999, p. 57), fazendo-o compreender que aquilo que seu corpo produz é de seu pertencimento. Com isso, Locke considera que o corpo é propriedade do indivíduo, assim como aquilo que se cria e se apropria a partir dele, haja vista ser essencialmente um instrumento de sua liberdade. Aqui podemos nos deparar com algo singular no pensamento do filósofo, que se o ser humano produz as coisas das quais necessita, a guerra de todos contra todos não é inerente à sua espécie, pois ela é pacífica em vista dos direitos naturais seres produtos da inteligência humana. O

que não nega a possibilidade de haver relações conflituosas entre as pessoas, mas que deixa claro que não é suficiente para afirmarmos que a guerra é inata à condição de ser humano. A partir dos conflitos entre pessoas surge então a necessidade de constituir o estado civil. Em meio aos embates, nos quais impedem os homens de gozar de seus direitos naturais, a saber, a propriedade privada, a paz e a liberdade, eles se unem pelo contrato social com a finalidade de garantir a efetividade de seus direitos.

Assim como Hobbes, Locke parte do direito de natureza e posteriormente adere ao contrato social, porém, sob uma nova forma. O Estado em Locke se configura como regulador dos conflitos entre os homens, buscando, pois, a justiça como meio de delimitação das forças e controle dos bens individuais. Referindo-se a isso:

[...] o Estado deve proteger a vida, a liberdade e a propriedade. Para proteger a liberdade, é preciso preservar a lei da maioria, ou seja, o governo deve estar a cargo do poder legislativo, a Monarquia não deve ser absoluta (pois tenderia à tirania) e sim parlamentar, de forma a dividir e equilibrar os poderes. Para proteger os bens, o Estado deve proteger os ricos, e os ricos por sua vez devem ser generosos com os pobres, uma espécie de contrapartida ética para compensar o privilégio político (UNESP, p. 22).

Com o contrato o ser humano abdica de duas coisas: fazer o que quiser para a conservação de si e o poder de punir e empregar a força para que sejam cumpridas normas convenientemente estabelecidas. Constituído por meio do contrato, o Estado passa a regular a sociedade através de leis que muitas vezes restringe até mesmo a liberdade dos indivíduos (CHEVALLIER, 1990, p. 108). Com isso, a sociedade civil constituída pelo contrato se estrutura politicamente sob dois pilares: os poderes legislativo e executivo.

O poder legislativo diz respeito às determinações empregadas pelo Estado para a garantia da conservação de si e das pessoas que constitui; enquanto o executivo dispõe da função de colocar em prática aquilo disposto nas leis. Além desses poderes, que é herança do estado de natureza agora sob a forma positiva do Estado civil, há um terceiro, esse chamado de confederativo, que busca garantir a paz por meio de tratados. Esses poderes precisam sempre estar em mãos diferentes, e ainda, é mais importante que as leis já estabelecidas sejam cumpridas do que novas serem erigidas constantemente, caso contrário o governo entre em instabilidade. No legislativo está contido o poder supremo do Estado, é o que move todo o corpo, no qual os súditos têm a garantia de sua conservação; o outro poder, o executivo, é subordinado do poder legislativo, é incumbido de garantir a execução das leis elaboradas pelo legislativo.

Dentre os filósofos contratualistas, o último deles é Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778). A extensão de seu pensamento é prova de que mesmo sendo o último dos contratualistas, essa condição não diminui a importância nem a autonomia de seu pensamento, pois, formula singular noção do *jus* naturalismo como os outros, os quais, Thomas Hobbes que afirma o estado de natureza essencialmente mau, e John Locke que atribuía a liberdade e a propriedade privada como direitos naturais.

Rousseau afirma que a liberdade é o estado natural do homem, como está no início *Do contrato social* (1762): “O homem nasceu livre e por toda parte ele está agrilhado” (2006, p. 9). Afirmando, com isso, que ao mesmo tempo que é o homem é livre a sociedade o corrompe através da alienação de sua liberdade natural, ocasionada, como escrito na *Origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens* (1755), pela passividade daqueles que aceitaram a vontade de uns tomar como propriedade privada aquilo que não era naturalmente de sua pertença (ROUSSEAU, 1999, p. 115).

Com a ameaça ao direito natural dos seres humano, é apresentado por Rousseau o que o caracteriza filósofo contratualista, “[...] a passagem do estado de natureza ao estado civil [...]” (WEFFORT, 2006, p. 194). Tal processo implica na troca da liberdade natural pela civil haja vista as pessoas passarem a viver em sociedade. Característica particular do filósofo é que esse pacto realizado não é firmado com uma pessoa, e sim consigo mesmo e com o todo, de sorte que a condição pós-contratual é igual a todos os indivíduos.

Enfim, cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente da tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem (ROUSSEAU, 2006, p. 21).

Assim, de acordo com este excerto, é perceptível que não existe direito do mais forte nem desigualdade como necessidade da sociedade para manter a ordem.

A obrigação social, afirma Rousseau, não poderia basear-se legitimamente na força [...] nem tampouco se baseia na autoridade natural [...] O único fundamento legítimo da obrigação acha-se na convenção estabelecida entre todos os membros do corpo que se trata de constituir a sociedade (CHEVALLIER, 1993, p. 165).

Se em Hobbes o poder do leviatã era total para manter a ordem entre o povo, e a todo custo ele tinha que se certificar disso; e na perspectiva de Locke o soberano tem o dever de garantir a segurança e a vida com o poder concedido pelo contrato social; com Rousseau é claramente visível uma virada de pensamento em relação a qualquer sistema político de até então, e essa virada se dá quando ele atribui a soberania, que é inalienável, indivisível, infalível e absoluto, ao povo. Nesse pacto social, a alienação ao contrato deve ser absoluta, como condição indiscutível para que haja a igualdade entre todos os contratantes.

Rousseau deixa claro que um povo só será livre quando tiver condições de elaborar suas leis, e ao considerar a soberania irrenunciável torna isso possível. Com o povo sendo detentor do poder soberano, a elaboração das suas próprias leis são verdadeiras expressões da vontade geral⁵³, a que é gerida pelo seu querer soberano interpretado pelo corpo político.

⁵³ A vontade geral em Rousseau se refere não à de todos ou da maioria, mas a que é interpretada a partir da vontade emanada da soberania pelo corpo político acerca dos interesses que atingem as pessoas de

Por fim, abstraímos que no pensamento de Rousseau, o estado de natureza do homem é bom, feliz e livre, e através da corrupção imposta pela sociedade o homem se encontra entre ferros, agrilhado. Para combater o aprisionamento cada um faz com todos o pacto social em que terão igualdade de direitos, não sendo de tal modo admitido a desigualdade.

No Estado de Rousseau o soberano trata-se do povo, ou seja, o legislador é a vontade geral, é o próprio povo, de modo que o governo cuida do que diz respeito à dimensão executiva das leis criadas. Vejamos:

O soberano *quer*. Ele é a vontade (geral) que determina o ato (geral). O governo *age*. Executa, por atos particulares, o ato geral. É, e nada mais, a força ao serviço da vontade. Deve ser estabelecido de maneira “que execute sempre a lei e que nunca execute senão a lei” (CHEVALLIER, 1993, p. 180, grifo do autor).

Não há contrato além daquele que cria a sociedade civil e não há soberano que não seja o povo, o povo é seu próprio soberano e o governo é aquele que executa as leis da vontade geral, é o representante de tal vontade. Porém, é importante elucidar que Rousseau não determina a forma de governo de seu pensamento, mas compreende sua grande diversidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A superação do estado orgânico pelo estado mecânico é o processo de desenvolvimento do próprio estado moderno. Com isso, consideramos em nossa pesquisa que o nascimento do estado moderno não se limita à qualidade de resultado, mas exige que seja entendido como processo histórico ladeado por muitas determinações. Dentre os fatores que agem na formação dos processos históricos, destacamos neste artigo a participação da ciência política bem como da filosofia do direito para construirmos, mesmo que numa propedêutica, um mapa conceitual do desenvolvimento do estado moderno a partir do conceito de soberania às reflexões dos contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau.

O estado moderno nasce em meio à transição da idade média com a modernidade, em que a premissa central dos movimentos daquela época destaca a emancipação religiosa. Com isso, o estado moderno passa a ser pensado a partir de conceitos fundamentais, abandonando a intervenção teocêntrica que subsidiou como o próprio estado foi pensado.

Desse modo, fizemos um percurso no primeiro capítulo para abordarmos como o conceito de soberania era fundamental para posteriormente investigarmos como esse estado moderno adquire um caráter mecânico. É nesse momento que, com base nos conceitos fundamentais construídos no renascimento e das contribuições de Bodin, o estado se desenvolve agora através das contribuições dos filósofos contratualistas. Portanto, consideramos com isso que a forma do

forma homogênea. Fundada na procura pelo bem comum, a vontade geral é a expressão de que o seres humanos são seus próprios senhores, bem como de seus direitos.

estado na modernidade se moldou no seu processo histórico assim como foi pensado e, conseqüentemente, constituiu-se como composto do modo como a mentalidade moderna foi se desenvolvendo a partir de suas próprias contradições.

5.REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AQUINO, Tomás de. **Quaestiones Disputatae de Veritate**: de varitate, q 1a. 3 co. Tradução de Roberto Busa, SJ. Disponível em: <https://www.corpusthomicum.org/qdv01.html#51615>. Acesso em 30 ago 2022.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlo Gomes. Vega, 1998. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles Pol%C3%A9tica%20%28VEGA%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/357991/mod_resource/content/1/Aristoteles_Pol%C3%A9tica%20%28VEGA%29.pdf). Acesso em: 08 set. 2022.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. Tradução de José Carlos Mendes Neto. São Paulo: ÍCONE EDITORA, 2011.

CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Christina. 6ª ed. Rio de Janeiro: Agir, 1993.

HIPONA, Agostinho. **Contra Faustum Manichaeum libri triginta tres**. In col.: "S. Aurelii Augustini Opera Omnia", Patrologia Latina 42. Disponível em: http://www.augustinus.it/latino/contro_fausto/index2.htm. Acesso em 30 ago 2022.

HOBBS, Thomas. **O leviatã**. São Paulo: Nova Cultura, 1999.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Tradução de Renato Janine. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Nova Cultura, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**: a filosofia moderna. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 14ª ed. São Paulo: Ática, 2006.

COMPATIBILIZAÇÃO DO USO DE NFT COM A PROTEÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE PROGRAMAS DE COMPUTADOR À LUZ DA LEI N. 9.609/1998

MARINA GABRIELA MENEZES SANTIAGO:

Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), com pós-graduação lato sensu em Direito Civil pela Universidade São Judas Tadeu e em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito. Atua como assessora de magistrado junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo expor o conceito de software e apresentar alguns aspectos da Lei n. 9.609/1998, destinada à proteção intelectual dos programas de computador, indicando o arcabouço mínimo de proteção existente na legislação brasileira. Na sequência, será exposto como as modificações tecnológicas podem impactar e modificar aspectos de comercialização de licenças e transferência de tecnologia, bem como será apresentada a possibilidade de uso da tecnologia “NFT” para tais transferências de titularidade e as vantagens como meio de prova e rastreamento das transferências.

Palavras-chave: Software. Programa de Computador. Sociedade da Informação. NFT. Non Fungible Token.

1 INTROITO

É indubitável que a evolução da tecnologia traz em seu bojo não apenas novas possibilidades de interações com as máquinas e novos meios de execução de atividades cotidianas, mas, também, uma nova configuração social e novos relacionamentos humanos. Em decorrência destas novas possibilidades de atividades e interações sociais, é necessário que o ordenamento jurídico – se não atualizado na mesma velocidade – seja compatibilizado com tais mudanças, a fim de continuar garantindo a devida proteção às pessoas, às relações humanas e aos bens envolvidos em tais interações.

O presente trabalho tem por escopo apresentar a compatibilização da legislação pertinente à proteção de direitos autorais no Brasil com o uso das novas tecnologias de comercialização e transferência de ativos não fungíveis, utilizando-se como recorte a legislação de regência da propriedade intelectual de *software*, qual seja, a Lei n. 9.609/1998.

Assim, a primeira parte do trabalho estará dedicada a apresentar a proteção jurídica atualmente aplicável aos programas de computadores (*softwares*) de acordo com a legislação nacional, situando-a dentro da proteção dos direitos autorais e apontando os padrões mínimos de proteção em relação aos quais é devida observância, seja do ponto de vista do autor do programa, seja do ponto de vista daquele que adquire uma licença de uso.

Isto apresentado, considerando-se que o trabalho aponta para as novas tecnologias, demonstrar-se-á o quanto da legislação atual é passível de conciliação com o uso das novas tecnologias, sem prejuízo da proteção que deve ser conferida à matéria.

Nesse sentido, a segunda parte do presente trabalho comenta sobre as tecnologias passíveis de uso para comercialização de ativos protegidos por direitos autorais – no caso do recorte do presente artigo, os programas de computador – a partir do uso da *blockchain* e dos NFT's.

O interesse sobre tais temas parte da constatação de que tais tecnologias têm se revelado inovadoras e disruptivas, pois permitem que o comércio eletrônico de ativos digitais seja mais célere, eficiente e seguro. São tecnologias que já vem sendo utilizadas ativamente por alguns setores específicos, tais como o financeiro, de obras de arte e de música. No entanto, há potencial de extensão de uso de tais tecnologias para uso em setores que demandam a proteção de propriedade intelectual.

Ao final, do cotejo da legislação em vigor com as possibilidades de uso da tecnologia, serão apresentadas as considerações sobre a possibilidade de utilização sem vulneração ou infringência da proteção já existente.

2 CONCEITO DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

O programa de computador é, essencialmente um conjunto organizado de instruções expressas em linguagem própria. A linguagem pela qual as instruções se organizam, em geral, são codificadas e se utilizam da tecnologia binária, a partir da qual uma máquina física pode compreender as instruções que se lhe são aplicadas, pela interpretação da combinação de símbolos no número zero e do número um.

É possível afirmar, portanto, que toda informação que é processada por uma máquina (texto, imagem, som e vídeo) é obtida através desse sistema: os programas de computador ordenam informações e comandos em linguagem própria, fundada na infinita possibilidade de combinações de zeros e uns, transformando-as em informações compreensíveis ao ser humano.

Em resumo, o programa de computador, ao prover a máquina de instruções de processamento, a transforma em bem capaz de gerar informação em formatos apreensíveis ao ser humano, bem como em bem capaz de executar determinadas tarefas e cumprir funções úteis ao ser humano, apoiando usuários domésticos e profissionais especializados, assim como empresas e indústrias a atingirem seus fins de forma mais rápida, confortável e confiável.

É de se notar, portanto, que os equipamentos físicos de uma máquina (*hardware*), isoladamente considerados, não são capazes de executar qualquer tarefa útil, até que lhes seja aplicado programa com linguagem específica que indique aos componentes eletrônicos a atividade a ser executada.

No mais, o *software* pode estar contido em suporte de qualquer natureza: desde o suporte de mídias físicas (cada vez mais raras como *pen drives* e *CD's*, por exemplo), até suporte digital (armazenamento em nuvem, por exemplo).

Embora tais elementos sejam essenciais à compreensão e definição do que é um *software*, sob a ótica jurídica, nem todos esses aspectos são determinantes à proteção legal a ser conferida a este produto da atividade humana. Para fins de proteção legal do programa de computador, é preciso compreendê-lo, precipuamente, como um produto da atividade intelectual humana, com um viés de aplicação de conhecimentos de natureza técnica, dado que somente é possível criá-lo a partir de conhecimentos e habilidades pertinentes e específicas.

Na doutrina, ainda há alguma divergência acerca da proteção a ser dada ao *software*, embora as legislações ao redor do mundo sejam majoritárias em reconhecer seu caráter de direito autoral. Explica-se.

Os bens materiais ou imateriais que resultam da atividade intelectual e criativa humana, em geral, situam-se sob a proteção da Propriedade Intelectual que, por sua vez, encerra em si dois sistemas de proteção distintos: de um lado, a propriedade industrial, em que a criação humana é marcada pelo fim útil e econômico, sujeitando-se a algum processo técnico – são assim as invenções, os desenhos industriais e as marcas; de outro lado, o direito autoral, em que a criação humana tem fins estéticos e/ou de enlevo e aperfeiçoamento humano – são assim as obras literárias, artísticas e científicas.

Portanto, em que pese o caráter utilitário e industrial do *software*, este é reconhecido como fruto de um processo intelectual, já que dependem, como pontuado, de um esforço humano que combine criatividade e habilidade técnica, com emprego de mecanismos linguísticos próprios, demandando uma atividade personalíssima do programador, voltada a prover informações cognoscíveis e voltadas a facilitar e incrementar as atividades de terceiros.

Outrossim, a tutela deste trabalho criativo pela sistemática do Direito Autoral, via de regra, é mais favorável ao autor-programador, dado que menos dispendiosa e burocrática. Existe, ao redor do mundo, por sua vez, divergência quanto à forma de proteção nas legislações ao redor do mundo. Naquelas de matriz fundada na *common law*, vigora o *copyright* em que a proteção está voltada essencialmente à obra, proibindo a sua cópia, ao passo que na proteção sobre o direito autoral protege-se o autor.

A diferença está basicamente nas consequências jurídicas: enquanto que para o *copyright* restam protegidos apenas os privilégios patrimoniais, no direito autoral há uma proteção ao direito pessoal do autor, integrando-o em alguma medida aos seus direitos da personalidade. Nesse sentido, quando considerada uma forma de expressão da personalidade do autor, toda ofensa dirigida que é dirigida à obra implica, necessariamente, em ofensa à imagem e honra de seu criador/autor, como se a ofensa perpetrada tivesse sido direcionada à própria pessoa, representando o estreito vínculo entre a obra e o autor.

3 PROTEÇÃO DO SOFTWARE NA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Considerando-se o viés de proteção autoral conferido ao *software*, na legislação pátria, mister fixar como ponto de partida o inciso XXVII do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo em que a lei fixar. Portanto, o texto constitucional optou essencialmente pela proteção patrimonial, sendo certo que a proteção de direitos da personalidade tem como fundamento outros dispositivos legais, a serem adiante apresentados. Nesse sentido, em âmbito nacional tem-se a Lei n. 9.609 de 20 de fevereiro de 1998 (dita “Lei do Software”) que dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização. Inequívoco também que o programa de computador se submete à tutela geral dos direitos autorais, contemplada na Lei n. 9.610/98, no que for compatível.

Portanto, do texto constitucional emerge que se trata de direito exclusivo, cujo núcleo está relacionado à utilização, vindo a legislação específica infraconstitucional a tratar e contemplar os aspectos relacionados à publicação e à reprodução.

Inicialmente, mister considerar que a legislação pátria consolida a máxima doutrinária de que não há proteção à ideia abstrata, mas à expressão de tal ideia (artigo 8º, inciso I da Lei n. 9.610/98). No que tange aos programas de computador, compreende-se também toda a documentação do programa, seja a documentação técnica (geralmente destinada a outros programadores responsáveis por programas passíveis de interação), seja a documentação com instruções de operação (que é a documentação de auxílio voltada ao usuário). São considerados bens móveis (artigo 3º da Lei n. 9.610/98) e independe de registro prévio (artigo 18 da mesma legislação em comento).

Inexistem direitos morais em relação ao *software*, exceto aqueles relacionados aos direitos de paternidade (direito moral de ter a obra reconhecida como sua e de associá-la ou não ao seu nome ou pseudônimo) e de oposição a alterações, esta última condicionada a prejuízo à honra ou reputação do autor/titular. Assim e em tese, eventuais atos ofensivos à reputação do programa de computador não se comunicam à esfera íntima de seu criador, como ocorre em relação aos demais direitos autorais – e como já pontuado.

Quanto proteção da expressão econômica, o *software* é protegido como bem de comércio e o artigo 31 da Lei n. 9.610/98 prevê que as diversas formas de utilização das obras são independentes entre si e que a licença de uso promovida para determinado uso específico ou modalidade seja extensível a outra (estabelece-se, portanto, uma interpretação restritiva que é aplicável aos *softwares*). A cessão total ou parcial dos direitos de autor deve ser feita sempre por escrito e é presumidamente onerosa (artigo 50 da Lei n. 9.610/98).

Na forma da lei autoral (artigo 9º), a exploração econômica do *software*, quando dirigida ao consumidor final, deve ser efetivada mediante contrato de licença de uso – que é a aquisição do direito de usar o programa e que, portanto, não se confunde com a aquisição da titularidade do programa. Pela legislação de regência, qual seja, o artigo 9º da Lei n. 9.609/1998 são vedadas quaisquer formas de contrato para uso de programa que não seja por intermédio da licença – nesse sentido:

O fato de alguém pagar mensalmente para utilizar um programa não caracteriza essencialmente um contrato de aluguel. O contrato ainda será uma licença de uso, porém, com pagamento parcelado. Esta condição foi estabelecida na Lei para permitir que os direitos sobre o software fiquem todos sob o domínio de seu autor. Ninguém, além dele, poderá permitir a utilização, reprodução ou modificação do programa (ARRABAL, 2008, p. 34).

Ainda de acordo com o citado autor, o principal e único direito que o usuário exercerá, portanto, sobre o programa de computador é aquele de usa-lo de acordo com os fins aos quais se destina.

Em relação ao prazo de proteção, o parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de *software* prevê o prazo prescricional para o exercício dos direitos patrimoniais em 50 (cinquenta) anos, lapso temporal menor do que o previsto no artigo 41 da lei de direitos autorais (que é vitalício em relação ao autor somado a 70 anos em favor dos herdeiros). Nesse sentido, mister destacar que mesmo aqueles programas de computador considerados "*abandonwares*", isto é, programas que deixam de ser comercializados pelo decurso de tempo e pela obsolescência, continuam recebendo proteção pelo prazo legal.

Outrossim, a despeito de ser comum a situação de não comercialização do software – exatamente pelo contínuo e rápido avanço das tecnologias associadas – não é possível presumir a desistência dos direitos relacionados à criação do programa de computador por parte do seu titular. Portanto, o uso livre de um programa, ainda que fora de comercialização, somente é possível em duas hipóteses: pelo decurso do prazo legal (quando passa ao domínio público) ou por manifestação expressa do autor nesse sentido (aqui, o programa de computador será denominado de "*software* livre").

Aquele que figure como autor de um *software* dispõe, a seu favor, de amplas e irrestritas possibilidade de comprovação da autoria – sendo dispensável o registro prévio para fins de exercício da proteção autoral concernente. Nesse sentido, o registro de um programa de computador tem caráter meramente declaratório e não constitutivo de direito, nos termos do parágrafo 3º do artigo 2º da Lei n. 9.609/1998.

Na hipótese de registro do programa, nos termos do mesmo artigo 3º em comento, este deverá ser realizado perante "órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia". Tal determinação legal deve ser integrada pelo disposto no Decreto nº 2.556, de 20 de abril de 1998 que, em seu artigo 1º, estabelece que "os programas de computador poderão, a critério do titular dos respectivos direitos, ser registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI", sendo que o procedimento para registro possui disciplina específica dada por tal resolução.

Em termos gerais, da lei de *software* e de tal resolução emergem como necessário que o registro junto ao INPI contenha os dados do criador do programa de computador, a identificação e a descrição funcional do programa e trechos de seu código que sejam suficientes para

identificação e caracterização de sua distinção e originalidade. Nesse aspecto, mister mencionar que como o *software* afasta-se da proteção da propriedade industrial, diversamente do que ocorre com o registro de marcas e patentes, não há qualquer exame prévio ao registro sobre sua substância.

Por fim, merecem destaques as questões relativas à transferência de tecnologia (artigo 10 da Lei n. 9.609/1998) em que, além da cessão formal escrita, devem ser entregues ao adquirente a documentação completa do programa, especialmente aquela relacionada ao seu código-fonte, o memorial descritivo, as especificações funcionais e outros elementos que sejam essenciais e/ou indispensáveis à tecnologia sob negociação, conforme parágrafo único do artigo 11 da mesma legislação em referência.

4 PROBLEMAS ATUAIS

A proteção do direito autoral – em comparação aos demais ramos e institutos do Direito – é criação recente e parte da doutrina ainda questiona os fundamentos de proteção de tais aspectos da atividade humana. Essencialmente, os fundamentos de proteção do direito autoral estão ligados ao autor – dado que sua atividade intelectual é única e promove criações personalíssimas – e ao caráter econômico das criações.

No entanto, como já asseverado desde o início do presente trabalho, mister compatibilizar a necessidade e os fundamentos de tal proteção às constantes evoluções tecnológicas que – por sua vez – conduzem à necessárias evoluções das relações sociais e forma de proteção dos bens juridicamente relevantes. Nesse sentido, salutar o questionamento de José de Oliveira Ascensão (2020, p. 7):

O Direito Autoral está originariamente dependente da realidade histórica constituída pela emergência da sociedade tecnológica. É perante esta que se haverá justamente de perguntar se a atribuição de direitos exclusivos não se tornou uma exigência inelutável nos dias de hoje. Que razões absolutas levariam então necessariamente à atribuição de direitos autorais exclusivos na sociedade tecnológica? Tem-se recorrido sobretudo à dignidade da criação intelectual, por um lado, e por outro à observação de que os meios de difusão da cultura de massas permitiriam doutro modo a prática negativa da exploração de obras alheias.

Nesse sentido, dada a necessidade de que o conhecimento e a tecnologia circulem rapidamente e de maneira simplificada – livre das amarras burocráticas que acabam por impor entraves e tempo incompatíveis com os anseios da Sociedade da Informação, é o que os ordenamentos jurídicos de todo o mundo, na seara do direito autoral, mais tem se voltado à liberdade, para promoção da informação e da comunicação do que à proteção de direitos exclusivos. Como bem pontua a Professora Patrícia Peck Pinheiro (2021, p. 25): "*O modelo de riqueza da Sociedade pós-Digital está baseado em ativos intangíveis, onde, do ponto de vista jurídico, crescem de importância as questões que envolvem a proteção da propriedade intelectual*".

No que tange ao objeto específico do presente trabalho, qual seja, o *software*, alguns autores, como o Professor Manoel J. Pereira dos Santos chegam a propor uma mudança no viés de proteção, retirando os programas de computadores da proteção de direito autoral e situando-os sob o direito de patente. Fato é que, como bem aponta referido doutrinador, a proteção do programa de computador pelo direito autoral já é controvertida em si mesma, dado que há clara divergência de proteção entre ordenamentos com base na *civil law* e na *commom law*.

Enquanto que para esses últimos a proteção está essencialmente voltada para o *copyright* – isto é, as estipulações jurídicas sobre o direito de publicação, divulgação e de cópia, o regime da *civil law* está mais voltado à pessoa do autor e proteção dos direitos de personalidade que exerce por ser titular de uma obra.

Analisando a Lei n. 9.609/1998 vê-se que tal, em alguns momentos, tende a se afastar do regime geral de proteção de direitos do autor para se aproximar do regime de *copyright*, dado que excepciona a possibilidade de danos morais em relação ao *software*, bem como condiciona sua exploração comercial à licença de uso e à transferência formal da tecnologia, o que se afasta da amplitude que é conferida, por exemplo, às obras literárias e artísticas, que admitem cessão por todos os meios em Direito admitidos.

A proteção atualmente existente, portanto, parece suficiente e adequada ao caráter utilitário do *software*, sem que seja necessário pensar em um enquadramento sob o direito de patente que, na prática, dificultaria e tornaria mais burocrática a prova de autoria. É preciso, ao revés, que se pense em como utilizar as novas tecnologias para se garantir agilidade de circulação da informação, compatível com a previsão de proteção já existente.

No mais, um problema prático a ser enfrentado pertine aos meios de prova em caso de ações judiciais. No caso específico dos programas de computador, a prova a ser produzida tende a ser demorada e dispendiosa posto que, não raro, envolve apreensão de equipamentos físicos e profissionais técnicos especializados para dirimir as condições afetas à origem, à instalação e à originalidade do produto.

Como bem observa José Carlos Costa Netto (2008, p. 173) é necessário, *prima facie*, que partes e Poder Judiciário promovam a preservação do meio físico a fim de se evitar a perda de prova por posterior alteração, e que a situação que for encontrada refletirá, apenas, a situação do momento em que analisado:

Considerando-se a natureza dos bens sub judice, ou seja, uma vez que independem de suporte material para sua efetiva fruição pelo usuário e, assim, permitem a sua remoção instantânea sem a possibilidade de verificação a posteriori de sua efetiva existência nos equipamentos (hardware) próprios ao seu armazenamento, lógica a conclusão de que o elemento "surpresa", uma vez não atendido, resultará na possibilidade de não ser encontrado qualquer vestígio da utilização (ou inexistência em arquivo) do programa de computador objeto da averiguação tentada

E o referido autor conclui que a prova a ser produzida em caso de ação judicial tem por escopo basilar provar, em geral, a existência ou não de prova de autorização de uso na data em que efetivada a vistoria. Assim e também, quando se avalia o problema do ponto de vista prático, em que as questões de direito autoral serão submetidas ao Poder Judiciário, necessário se faz o exercício de vislumbrar como as novas tecnologias podem melhor prover partes e Juízo de provas para melhor solução das controvérsias.

5 PERSPECTIVAS

Como bem assevera o Professor Wilson Pinheiro Jabur (2013, p. 217) é necessário que a proteção intelectual reconheça de maneira adequada o valor das criações, para que mais autores, inventores e programadores continuem investindo em criação e desenvolvimento, para benefício e progresso da sociedade. No entanto, há de se reconhecer a existência de uma tensão de interesses que contrapõem titulares, usuários e o interesse público, dado que a sociedade anseia pela rápida e completa fruição dessas criações.

Nesse sentido, importa reconhecer que a Humanidade está mergulhando em uma nova estrutura social, dita "Sociedade da Informação", com o surgimento de um ambiente digital em que o emprego da informática e dos recursos de telecomunicações é fator essencial de integração e de atingimento de fins, dado que fatores necessários à difusão e processamento de informações e da comunicação humana, restando como novo e principal veículo das expressões sociais, familiares, profissionais e culturais.

Conforme Professor Manoel J. Pereira dos Santos (2017, p. 249):

Ao contrário do que sucedeu com a implantação da radio-difusão, o consumo da informação escrita foi grandemente substituído pela informação digital, não só pela facilidade de acesso – sobretudo em face da descentralização das fontes de informação – mas, ainda, pela possibilidade de atualização contínua decorrente da própria dinâmica propiciada pelo ambiente digital.

E o mesmo autor prossegue (2017, p. 293):

Parece, pois, inevitável estabelecer um paralelismo com a atual discussão sobre o futuro do Direito de Autor. Como se sabe, existe atualmente enorme tensão entre duas correntes potencialmente antagônicas: aquela que advoga a maximização das medidas protetivas porque a Internet pode constituir uma ameaça à tutela dos criadores e aquela que sustenta a maior ponderação de valores, buscando um equilíbrio mais justo de interesses

Portanto, o elemento central da nova configuração social está fundada em dois pilares: o primeiro, na constatação de que a informação passa a representar o bem econômico mais importante à sociedade; o segundo, que a sociedade passa a demandar uma circulação da informação de maneira mais ampla e mais rápida. A tal cenário não escapa o *software*, ao revés: os

programas de computador são as linguagens desse novo ambiente e as ferramentas indispensáveis para que a sociedade promova a circulação de da informação da maneira célere e ampla desejada.

Os programas de computador, em si, passam também a ser objeto da ânsia social de circulação da informação posto que, tão mais completas e eficazes sejam suas funcionalidades, mais útil e proveitoso será à estrutura comunicativa social. Nesse sentido é que se pode observar que alguns programas – de tão úteis, funcionais e eficazes – têm se tornado verdadeiros padrões nas mais diversas aplicações. Assim é que é de se considerar que diversos aspectos afetos à funcionalidade e à interação com o usuário acabam por vulnerar a proteção autoral ao software, tornando-a insuficiente.

De um lado, indaga-se se a fronteira entre o domínio da Propriedade Industrial e do Direito de Autor não se esgarça, permitindo a cumulação de formas distintas de proteção sobre o mesmo objeto. De outro lado, argumenta-se que os requisitos materiais de proteção autoral podem ficar comprometidos se novas modalidades de criação forem tratadas como obras intelectuais. Além disso, essas novas modalidades de expressão criativa podem conflitar com outros direitos e interesses juridicamente tutelados, reclamando um tratamento legal diferenciado.

Tais conflitos podem ser assim resumidos:

De um lado, indaga-se se a fronteira entre o domínio da Propriedade Industrial e do Direito de Autor não se esgarça, permitindo a cumulação de formas distintas de proteção sobre o mesmo objeto. De outro lado, argumenta-se que os requisitos materiais de proteção autoral podem ficar comprometidos se novas modalidades de criação forem tratadas como obras intelectuais. Além disso, essas novas modalidades de expressão criativa podem conflitar com outros direitos e interesses juridicamente tutelados, reclamando um tratamento legal diferenciado. O fato é que novos tipos de criações intelectuais reivindicam tutela legal e desafiam os critérios tradicionalmente adotados para a caracterização da obra intelectual protegida pelo Direito de Autor. (DOS SANTOS, 2020, p. 35)

Assim é o que o próprio avanço tecnológico em si pode trazer as respostas para a máxima proteção dos direitos de autor – especificamente aqueles aplicáveis aos programas de computador – bem como para a rápida circulação da tecnologia. Passa, portanto, o presente trabalho a se dedicar a uma breve conceituação e contextualização do NFT (*Non Fungible Token*, em tradução livre Token Não Fungível).

5 NFT (NON FUNGIBLE TOKEN)

O NFT pode ser definido como uma ferramenta criptográfica (tal como um certificado de autenticidade ou uma assinatura) que cria um ativo único – por isso dito “não fungível”.

Em geral, o NFT está baseado na tecnologia *blockchain*, que funciona como uma espécie de livro de registros, sendo útil para registrar a existência de ativos ou a efetivação de transações sobre tais ativos. A tecnologia de distribuição da rede de *blockchain* é distribuída, o que significa que todos os participantes da rede possuem acesso aos seus registros, havendo necessário consenso entre os participantes da rede quanto às transações que são realizadas – o que elimina registros duplicados e torna os registros imutáveis, dado que nem um administrador da rede poderá eliminar ou alterar dados já registrados.

Nesse sentido:

Distributed ledger technologies (DLTs) such as blockchain are emerging technologies posing a threat to existing business models. Traditionally, most companies used centralized authorities in various aspects of their business, such as financial operations and setting up a trust with their counterparts. By the emergence of blockchain, centralized organizations can be substituted with a decentralized group of resources and actors. (BAMAKAN, 2022)

Cada transação é registrada como um bloco de dados que se conecta a blocos de dados que lhe são anteriores e posteriores (daí o nome *blockchain*), outra característica que empresta imutabilidade aos registros que são efetuados. Dessa forma é que a rede de registro de dados em *blockchain* pode manter um registro seguro e imutável de um NFT. Cada NFT é alimentado por metadados que o tornam únicos – o que cria seu potencial de prova de autenticidade e de propriedade de um determinado ativo.

Dadas tais características, o NFT passou a se tornar uma ferramenta de interesse na seara da propriedade intelectual, já que a criação de um *token* com características únicas permite individualizar e relacionar a um autor-proprietário qualquer produto da criatividade humana que possa se expressar em meio digital, seja uma obra de arte, uma obra literária, uma marca, uma música, uma imagem ou – como no caso do presente trabalho – um programa de computador.

O NFT, assim, facilita a transmissão e a rastreabilidade de ativos digitais, dado que amplia a transparência e a segurança das operações realizadas sobre a circulação, alteração de titularidade de um determinado ativo.

5.1 Criação de um NFT

Inicialmente, é preciso que o interessado determine o que será transformado em NFT – que pode ser uma obra de arte, uma música, uma imagem ou, dentro do escopo do trabalho em tela, o código-fonte e descrição de funcionalidades de um programa de computador. Aqui, importa notar, inexistente qualquer violação ao Direito Autoral, dado que o interessado deverá criar um NFT de ativo sobre os quais já detenha os direitos de propriedade intelectual, sob pena de violação de outrem – como seria com a criação e uso de qualquer espécie de cópia não autorizada.

Após, o interessado escolhe a rede *blockchain* na qual deseja efetuar o registro da NFT e, originalmente, foram criadas na rede *blockchain* “Ethereum”, que fora a primeira rede a oferecer um padrão gratuito para gerenciar e transferir NFT’s, garantindo propriedades exclusivas a cada

token e consolidando informações do proprietário e funções de transferência, sendo ainda a mais comum. No entanto, há outras redes que estão implementando suas próprias versões, como a "EOSIO", que é uma plataforma de pública de *blockchain* criada em 2018 e que afirma aos seus usuários não dispor de taxas de transação, aumentando, portanto, seu rendimento, além de outras plataformas de código aberto baseadas em *blockchain* que vem ganhando relevância, tais como "Algorand", "Tezos" e "Flow" – todas passíveis de identificar e trabalhar com ativos fungíveis e não fungíveis.

E assim, a partir da rede *blockchain* escolhida e com o auxílio de uma carteira digital, o arquivo digital deve ser carregado, tornando-se um NFT comercializável.

A criação de um NFT portanto, é a criação de uma chave de identificação em uma rede baseada na tecnologia *blockchain*, que permite que as transações sejam posteriormente verificadas e conhecidas pelos demais usuários. O usuário que cria um NFT cria, portanto, uma possibilidade de transacionar um ativo que tenha identidade.

5.2 Uso do NFT para registro de titularidade

Como já pontuado anteriormente no presente trabalho, o titular-criador de um programa de computador possui ampla possibilidade de demonstração da titularidade da sua criação, não sendo exigível o prévio registro perante algum órgão de natureza pública ou estatal.

No caso de um *software*, a doutrina cita como exemplo de possibilidade de demonstração da titularidade o registro do código-fonte em meio impresso datado ou em mídia de armazenamento que possua condições de aferição de data da criação do registro. Com o uso do NFT, considerando-se o registro descentralizado, seguro e permanente pela tecnologia da *blockchain*, as informações de cada NFT encerrariam em si a marcação de origem da propriedade e os direitos que se lhe são relacionados. No mais, cada NFT pode ter apenas um titular por vez.

Embora o sistema pátrio exija, para fins de publicidade em relação a terceiros, que o registro seja efetuado perante o INPI, a transformação de um ativo em NFT mostra-se vantajoso para fins de proteção da propriedade intelectual, dado que produz quase que instantaneamente e sem muitos custos ou processos administrativos burocráticos uma prova da titularidade daquele ativo (no caso, um código fonte de um programa de computador), bem como permite sua transferência segura.

Portanto, a criação e venda de um NFT que contém trabalho ou criação de outrem que seja protegido pela propriedade intelectual e por direitos autorais, sem as devidas autorizações formais, é passível de ensejar as responsabilizações civis e criminais previstas na legislação como consequências da violação.

5.3 Uso do NFT para comercialização de licenças

Assim como um músico pode editar diversos álbuns em vinil para viabilizar a venda de seu trabalho artístico, ou assim como um artista plástico pode vender diversas estampas de uma criação

visual sua, é possível a criação de diversos NFT's idênticos, de modo que o ativo seja colocado à venda em qualquer ambiente virtual destinado à comercialização. Assim é que um NFT pode ser publicado, leilado ou vendido.

Nesse caso, cada NFT pode ser atrelado a uma espécie de contrato automatizado (conhecidos como *smart contracts*) que podem elaborar a transação de pagamento ao proprietário-autor original para cada transferência de titularidade (isto é, de propriedade do conteúdo do ativo) ou para uso licenciado adquirido – o que se ajusta à sistemática pátria de comercialização de uso de *software*, como exposto acima.

No procedimento de criação do NFT (item 4.1, supra), o interessado define como o contrato automatizado vinculado à comercialização do NFT irá operar: se por preço fixo, por preço nominal ou por pagamento de *royalties* em caso de venda em mercados secundários. Como cada NFT possui seu valor, pode ser utilizado para eliminar os intermediários na negociação, simplificando as transações e ampliando as possibilidades de mercado.

6 CONCLUSÃO

Inequívoco que a sociedade atual tem passado por profundas e irregressíveis mudanças provocadas pela tecnologia e os novos arranjos sociais fazem surgir novas necessidades ligadas à priorização da circulação de informações por meios digitais, bem como que essa circulação seja rápida e efetiva. Os programas de computadores (*software*) são parte essencial do estofo das necessidades dessa nova configuração social, demandando proteção específica, dada sua essencialidade; mas demandando fluidez, dada sua urgência.

De fato, entretanto, quando se têm presentes os desafios da Revolução Digital, do imenso fluxo digital, da velocidade das trocas de dados (inclusive, de dados pessoais), de perda de fronteiras de registro (dados constantes de provedores internacionais, que evocam situações que mobilizam até mesmo o Direito Internacional) e controle,8 se percebe o quanto o mundo digital impõe novos desafios à gestão, ao controle e ao combate das formas pelas quais a violação de direitos pode se dar, nessa matéria (BITTAR, 2019, p. 178)

Para além de tais considerações, é preciso ponderar que as novas relações sociais necessitam estar submetidas e bem balizadas pelo ordenamento jurídico, impondo-se o questionamento acerca da necessidade de novas legislações ou se suficientes as legislações atuais, apenas com compatibilização do seu conteúdo e com o escopo de promover a rapidez e a desburocratização, facilitando a incorporação do uso de novas tecnologias.

Assim é que, na primeira parte do trabalho, fora utilizada como referência a legislação nacional acerca dos direitos autorais de *software*, com explanação de como o arcabouço jurídico pátrio promove a defesa dos interesses do autor-programador, titular dos direitos relacionados ao código-fonte e, portanto, titular do que torna o programa de computador desenvolvido único e original.

Na segunda parte do trabalho, por sua vez, fora apresentado o desenvolvimento da tecnologia, por meio das redes *blockchain* e de ativos digitais não fungíveis, rastreáveis e certificáveis, denominados NFT's (Non Fungible Tokens). Fora explanado, ainda, como tal tecnologia tem possibilitado a comercialização de uma série de ativos, dando agilidade às transações e confiabilidade à origem.

Considerando-se os termos da legislação pátria vigente na seara da Propriedade Intelectual – especialmente dos direitos autorais aplicáveis a programas de computador – tem-se que as diversas questões relacionadas à cessão de titularidade ou de licença de uso podem ser objeto de questionamento, dado que a legislação ainda resta silente em relação a tais transferências em ambiente digital, bem como em relação aos meios disponíveis.

No entanto, do cotejo das especificidades da legislação vigente com a tecnologia do NFT, não se vislumbram incompatibilidades ou maiores dificuldades em relação à aplicação da tecnologia ao sistema de proteção já existente.

Do lado do programador-autor, titular dos direitos relacionados ao código-fonte, é de rigor apontar que o NFT tem encontrado diversas aplicações práticas que tem auxiliado criadores de obras intelectuais ou de ativos únicos a resolver problemas – especialmente aqueles relacionados à obtenção de uma proteção efetiva de direitos autorais que, pelos meios oficiais, pode levar alguns meses ou até mesmo anos, além de ser dispendiosa. O grande desafio que se pode solucionar, portanto, está relacionado a permitir a compatibilização do Direito de Autor com a ampla difusão do direito.

Portanto, com ajuda de recursos da tecnologia NFT, é possível acelerar esse processo de reconhecimento de titularidade com significativa segurança quanto à proteção da propriedade intelectual. Certamente que o uso do NFT não afasta a proteção de órgãos públicos oficiais. No entanto, permite a consolidação de prova de titularidade e a comercialização segura enquanto o interessado aguarda a concessão formal de proteção pelos órgãos governamentais, mostrando-se, sob tal ótica, como ferramenta útil à necessária rapidez da circulação da informação e fluidez da comercialização.

De outro lado, do ponto de vista do consumidor interessado em adquirir uma licença de uso, a tecnologia também se mostra compatível, na medida em que permite ao seu titular criar várias cópias do mesmo ativo. A partir de tais cópias, considerando-se que a legislação pátria determina que a transferência de propriedade ou cessão de uso deve se dar por escrito, partindo-se da premissa que os NFT's estão essencialmente atrelados a contratos automáticos que podem garantir a confiabilidade, o registro e o rastreamento das transferências e cessões de uso que venham a ser efetivadas, lícita seria a oferta de licenças por tais meios.

É preciso compreender que com a expansão das ferramentas digitais tornou-se muito mais simples a cópia e modificação de obras intelectuais. Assim, a possibilidade de criação de uma chave de proteção da obra original e de suas licenças permitem a criação de uma certificação confiável de que uma obra é autêntica e não tenha sido objeto de qualquer alteração.

Por fim, do ponto de vista da prova em processo judicial, mister considerar que a ativação do NFT – que será validado em uma base de dados previamente estabelecida – permitirá uma transferência confiável de tecnologia e de licenças de uso, dado que permitirá o rastreamento de todas as transferências do *token* e da propriedade intelectual no momento em que a controvérsia restar instaurada, ainda que havidas modificações posteriores.

Assim e portanto, na seara dos bens de criação protegidos pelo sistema de direitos autorais, os programas de computadores, especialmente por suas características de utilidade, aparentam bem comportar a “tokenização” para comercialização de licenças e de transferência de tecnologia, sendo certo que desnecessária qualquer alteração na forma de proteção atualmente conferida pela Lei n. 9.609/1998.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral: Conceitos Essenciais**. Barueri: Editora Manole, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520442791/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

ARRABAL, Alejandro Knaesel. **Apontamentos sobre a Propriedade Intelectual de Software**. Blumenau: Diretiva, 2008. Disponível em: <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/762/2019/10/propriedade-intelectual-de-software.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022.

BAMAKAN, Seyed Mojtaba Hosseini; NEZHADSISTANI, Nasim; BODAGHI, Omid; QU Quiang. **Patents and intellectual property assets as non-fungible tokens; key technologies and challenges**. Nature – Scientific Reports 12. Article number: 2178 (2022). Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-022-05920-6>. Acesso em: 04 jun. 2022.

BITTAR, Carlos A. **Direito de Autor**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986001/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

BRASIL. Decreto nº 2.556, de 20 de abril de 1998. **Regulamenta o registro previsto no artigo 3º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2556.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9609.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 04 jun. 2022.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira. **Série GVlaw: propriedade intelectual: Direito autoral, 1ª Edição.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502205345/>. Acesso em: 04 jun. 2022.

DOS SANTOS, Manoel J. Pereira; JABUS, Wilson P.; ASCENSÃO, José de O. **Direito autoral.** São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591521/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

NADINI, Matthieu; ALESSANDRETTI, Laura; DI GIACINTO, Flavio; MARTINO, Mauro; AIELLO, Luca Maria; BARONCHELLI, Andrea. **Mapping the NFT revolution: market trends, trade networks and visual features.** Nature – Scientific Reports 11. Article number: 20902 (2021). Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41598-021-00053-8>. Acesso em: 06 jun. 2022

NETTO, Jose Carlos C. **Estudos e Pareceres de Direito Autoral.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6399-6/>. Acesso em: 16 jun. 2022

PINHEIRO, Patrícia P. **Direito Digital.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598438/>. Acesso em: 16 jun. 2022.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, título de estabelecimento, abuso de patentes 6a ed..** Barueri: Editora Manole, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520457535/>. Acesso em: 04 jun. 2022.

DIFICULDADES ENCONTRADAS NA EFETIVAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA

MATEUS RODRIGUES SOARES NOLETO:
Acadêmico do Curso de Direito da UnirG

FERNANDO PALMA PIMENTA FURLAN⁵⁴

(orientador)

RESUMO: Este estudo analisa as várias dificuldades encontradas na hora de efetivar a Lei Maria da Penha, em especial no momento de romper as barreiras para apresentação da denúncia. A Lei Maria da Penha visa garantir a segurança da mulher no Brasil, pois antes da aprovação da comentada lei as mulheres sofriam todo tipo de agressões caladas, sem o apoio dos mecanismos de proteção do Estado. Porém, não quer dizer que o problema esteja resolvido, a discussão dessa problemática ainda carece ser abordada de forma mais aprofundada a fim de demonstrar alguns pontos contraproducentes. O medo presente na vítima é algo que a Lei Maria da Penha não conseguiu decompor, a falta de apoio e a dependência financeira faz com que a vítima considere que a presença do companheiro seja fundamental para a sua subsistência. Por isso, além do apoio do Poder Judiciário, é fundamental o apoio da família e dos amigos para poder ajudá-la a concluir esse enfrentamento que gera, também, um desgaste psicológico. Com isso a mulher se sentirá mais segura e, como consequência, irá denunciar o seu agressor. Sendo assim, para atingir o resultado desejado, a metodologia desse estudo detém pesquisas minuciosas em doutrinas, teses e jurisprudências.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medo. Violência. Mulher.

ABSTRACT: This study analyzes the various difficulties encountered when implementing the Maria da Penha Law, especially when breaking the barriers to filing the complaint. The Maria da Penha Law aims to guarantee the safety of women in Brazil, because before the approval of the aforementioned law, women suffered all types of silent aggression, without the support of the State's protection mechanisms. However, it does not mean that the problem is solved, the discussion of this problem still needs to be addressed in more depth in order to demonstrate some counterproductive points. The fear present in the victim is something that the Maria da Penha Law could not decompose, the lack of support and financial dependence makes the victim consider that the presence of the partner is essential for their livelihood. Therefore, in addition to the support of the Judiciary, the support of family and friends is essential to help her complete this confrontation, which also generates psychological wear and tear. With this, the woman will feel safer and, as a consequence, will denounce her aggressor. Therefore, to achieve the desired result, the methodology of this study has detailed research in doctrines, theses and jurisprudence

Keywords: Maria da Penha Law. Fear. Violence. Women.

INTRODUÇÃO

2 Prof. Me. Orientador UnirG

O presente artigo busca esclarecer as dificuldades que as mulheres vivenciam no processo de romper as barreiras da denúncia em situações de agressões, tanto físicas, emocionais, psicológicas, entre outras. Com a abordagem dessa problemática ao decorrer deste, haverá uma visibilidade do quão grande é a problemática da violência doméstica, assim, originando mais ações judiciais de atendimento e atenção ao sexo feminino. Além de garantir à autonomia e segurança de todas as mulheres sem distinção, o qual é de total obrigação do Estado garantir às mulheres.

Essa temática é de grande importância para ser apresentada na comunidade acadêmica, mas também na própria sociedade como um todo, pois mesmo em pleno século XXI, ainda existem mulheres que passaram e ainda passam por diversos tipos de violência e que buscam um maior apoio, não só das autoridades, mas da própria família que, muitas das vezes, possuem uma atitude inerte em face dessa problemática.

Para isso, os principais autores que darão base fundamental para a elaboração desse artigo são: Santana (2017), que discute os danos causados na mulher ao sofrer determinada violência; Bezerra (2018), que ressalta o conceito da Lei Maria da Penha, sua função e novidades trazidas pela lei; Nakamura (2017), que aponta 13 situações de violência contra a mulher e por que denunciá-las; Bianchini (2011), o qual aponta por que as mulheres não denunciam seus agressores e, Casa Civil, Lei nº 11.340 (2006).

O artigo será dividido em quatro partes, a saber: Surgimento da Lei Maria da Penha, Danos causados a mulher ao sofrer determinada violência, por que as mulheres não denunciam seus agressores e, por fim, a rejeição das medidas projetivas de urgência.

1. LEI MARIA DA PENHA

Segundo Bezerra (2018): “A Lei nº 11.340, de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, é uma lei que visa proteger a mulher da violência doméstica e familiar”. Ela ganhou esse nome devido a grande “luta” por parte da farmacêutica Maria da Penha que sofreu constantes agressões realizadas pelo seu marido que tentou matá-la com um tiro de arma de fogo que, apesar de não ter conseguido assassiná-la, deixou-a paraplégica. Quando ela finalmente recebeu alta, voltou pra casa e, novamente, seu marido tentou por fim a sua vida, tentando eletrocutá-la. Quando Maria da Penha criou coragem para procurar a justiça, para que assim pudesse ver o seu agressor pagar por tudo que tinha feito a mesma e, principalmente, evitar que o pior pudesse acontecer, ela então se deparou com uma justiça brasileira machista que tratava estes casos como algo irrelevante e, com isso, o seu agressor sempre aguardava o julgamento em liberdade, tornando-se, assim, cada vez mais agressivo.

Então, a Sra. Maria da Penha resolveu tomar medidas drásticas, acionando o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), o Comitê Latino Americano e do Caribe para a defesa dos direitos da mulher. Estes órgãos encaminharam seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e o seu caso só foi solucionado quando o Estado Brasileiro foi condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos humanos. Sendo assim obrigado a reformular suas Leis e políticas em relação à violência contra a

mulher, deste modo criando a famosa Lei Maria da Penha que é plenamente efetiva até a atualidade.

Como bem preleciona o professor Guilherme de Souza Note (2007: 1043), "*o simples fato de a pessoa ser mulher não pode torná-la passível de proteção penal especial*". Isto é, a lei visa proteger exclusivamente a mulher, em casos de violência em razão de sua histórica submissão ao homem. De uma forma simplificada e comum podemos definir como "a violência machista", onde o homem exerce a dominação contra as mulheres. Assim, a vulnerabilidade exigida pela Lei Maria da Penha não se configura pelo simples laço de parentesco ou pela simples condição de mulher.

No mesmo sentido tem-se o enunciado 24 do FONAVID: "*A competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher restringe-se aos delitos cometidos em razão do gênero, na forma dos arts. 5º e 7º da Lei Maria da Penha, não sendo suficiente que a vítima seja do sexo feminino*".

Após simplificar a aplicação da referida lei é preciso entender o que se entende por gênero. O termo é utilizado para:

"Demonstrar e sistematizar as desigualdades socioculturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera da vida pública e privada de ambos os sexos, impondo a eles papéis sociais diferenciados que foram construídos historicamente, e criaram polos de dominação e submissão. Impõe-se o poder masculino em detrimento dos direitos das mulheres, subordinando-as às necessidades pessoais e políticas dos homens, tornando-as dependente" (Teles e Melo, 2003:16).

A ideia já ultrapassada de que a "mulher é o sexo frágil" ou de que "mulher não pode fazer tal coisa", vem perdendo força com o decorrer dos anos principalmente com o amparo da atual Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso I, traz que: "*Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição*".

Entretanto, é preciso esclarecer que, na prática corriqueira do atual Poder Judiciário, é possível verificar a aplicação da Lei Maria da Penha em favor do sexo masculino apenas quando se trata de inimputável, como é o caso em que a vítima solicita a extensão ao filho que está sendo ameaçado, pois é cabível a extensão das Medidas Protetivas conferidas à mulher também para os seus filhos, parentes e testemunhas, com fundamento no artigo 22, III, "a" e "b" da Lei Maria da Penha. Vejamos:

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

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

Costuma-se utilizar dessa previsão, pois é mais que entendível que a violência doméstica não atinge apenas a mulher, mas atinge também todos da família, como é o caso dos filhos. Como consequência desse reflexo negativo, em especial aos filhos, estes muitas vezes começam a se espelhar na situação vivenciada em seu lar e, diante disso, os danos são difíceis de serem reparados.

2.DANOS CAUSADOS A MULHER AO SOFRER DETERMINADA VIOLÊNCIA

A palavra “violência” se origina do latim e tem dois significados: *violentia*, que significa veemência, ato apaixonado e sem controle, e *violare*, que significa infração ou violação (BRAGA, 2008)

Esse assunto é de grande relevância e exige que encaremos esse problema de forma eficaz, dando a devida atenção que a mulher merece. Os impactos gerados pela ação de agredir são muito profundos, muito mais do que se imagina. Determinada violência contra a mulher pode trazer terríveis consequências negativas nos aspectos psicológicos, físico e social.

É importante que se identifique a mulher que sofreu ou ainda sofre violência, a exemplo através do modo que ela reage ao andar na rua, se ela apresenta muitas dificuldades no trabalho, dificuldades em fazer novas amizades, quando a mulher passa a ser aquela pessoa triste, ou seja, se aquela mulher está tendo dificuldades em se relacionar, de um modo geral, no meio social. Essas consequências são tão agudas que podem até chegar a afetar a relação mãe e filho. Na grande maioria das vezes, essa situação vivenciada pela mãe, ou seja, em se tratando de agressão no âmbito familiar, é transmitido para terceiros próximos, como é o caso dos filhos que, muitas vezes, é quem tem o estado emocional mais frágil em grande maioria dos casos, ficam esquecidos no meio desse “fogo cruzado”.

Apesar de existirem diversas formas de tipos de violências domésticas, destaco duas mais evidentes, a física e a psicológica. Agressividade gera danos físicos quando deixam hematomas, cortes, arranhões e manchas, o que leva a mulher a se isolar devido o constrangimento que a exposição de tais vestígios pode gerar, além do medo da população identificar aquilo como agressão e, assim, o seu agressor usar isso como motivo para agredi-la novamente, que é o que acontece em grande maioria das vezes e já nos direciona a outra violência, a psicológica.

Deve-se entender como violência psicológica:

Violência Psicológica é qualquer ação ou omissão destinada a controlar ações, comportamentos, crenças e decisões de uma pessoa, por meio de intimidação, manipulação, ameaça, humilhação,

isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à sua saúde psicológica. (GOMINHO, 2016).

Infelizmente, apesar da aplicação da referida lei, os dados são alarmantes em relação à incidência de violência doméstica no Brasil.

O levantamento revela aumento generalizado nos indicadores de violência de gênero no país no último ano. Nos casos de agressões (0,6%), ameaças (3,3%), chamadas ao 190 (4%) e pedidos de medidas protetivas de urgência (13,6%) de mulheres vítimas de violência doméstica. Além disso, a violência sexual escalou 4,2% comparada ao ano anterior. E, pela primeira vez, o estudo reuniu dados sobre perseguição (*stalking*) contra as brasileiras. (EXTRA CLASSE, 2022).

Embora o Brasil Já tenha dado passos importantes para combater a violência contra a mulher, como a criação da Lei Maria da Penha e delegacias especializadas da mulher, ainda está longe de sanar esse problema que vem assolando a nossa Sociedade.

3. POR QUE AS MULHERES NÃO DENUNCIAM SEUS AGRESSORES?

Em pleno século XXI ainda é comum às mulheres não denunciarem a violência doméstica devido sentirem medo da lei não ser cumprida e o agressor voltar a agir de maneira ainda mais violenta, ou também medo de se separar e vir o desamparo financeiro, o que gera a preocupação de não conseguir dar uma vida digna ao seu filho sem a presença da figura paterna, não simplesmente no tocante financeiro, mas igualmente em relação à educação. Por último, um dos piores motivos é o da ilusão, onde a vítima alimentada por uma esperança vaga, acredita que o agressor irá mudar o seu comportamento agressivo e que se arrependeu da sua conduta reprovável realizada e, em alguns casos, o agressor persegue tanto a vítima psicologicamente que a mesma começa a se culpar pelo acontecido, acreditando que ela ocasionou todo esse contexto de violência.

A grande dependência emocional atrelada a uma possível transformação de comportamento por parte dos companheiros é o que os especialistas chamam de "lua de mel do ciclo de violência". É quando, ciente da agressão, o autor se mostra arrependido, pede perdão e promete mudar. E a vítima o inocenta, chegando a acreditar que contribuiu para estar naquela situação" (CARASCO, 2017).

A violência se divide por fases, no início ela começa a sofrer algumas humilhações, xingamentos e controles, não a deixando fazer determinada coisa que o agressor considera inadequada no seu modo de ver. Até ai nesta fase inicial, a mulher não se conhece como vítima. Isso somente ocorre quando a mulher sofre uma agressão mais violenta. Mesmo diante de tal ato horrendo, muitas vezes a mulher se deixa levar por promessas falsas do seu agressor. Infelizmente, como na maioria das vezes, a violência só vai se intensificando até chegar ao extremo que é o caso do feminicídio, crime este incluído no atual código penal pela Lei

13.104/2015, quando somente a vítima resolve pedir ajuda no Poder Judiciário através da sua queixa que é só um começo de todo um enfrentamento ao procedimento.

Segundo Carasco:

Até chegar a esse ponto de repressão ao agressor, ela precisa se sentir protegida e assistida, não só pela Justiça, mas por profissionais da saúde. “Se ela estiver em vulnerabilidade psicológica, a grande chance é que volte atrás, retire a queixa, reate o relacionamento e permaneça em perigo”, diz. “Num cenário de dependência emocional e financeira, isso não é raro de acontecer.” (CARASCO, 2017).

Mesmo após finalmente a vítima prestar queixa da violência sofrida, pode ocorrer da mesma demonstrar desinteresse na hora de relatar os fatos perante o juízo, mais especificamente durante a audiência de instrução e julgamento, pois muitas vezes, por falta de um auxílio psicológico, esta ameniza a conduta do acusado ao máximo possível e, em alguns casos, chega a faltar com a verdade a fim de livrar o seu agressor de uma provável punição penal. Vale ressaltar que essa atitude por parte da vítima implica até mesmo em crimes onde a ação penal é pública incondicionada, pois como a regra é que a violência doméstica acontece com ausência de testemunhas presenciais, ou seja, só com a presença da vítima e do agressor. E, nestes casos, a palavra da vítima, conjuntamente com outros elementos de prova, formam as provas para uma possível condenação, uma vez que a palavra da vítima tem especial relevância.

Essa realidade decorre de diversos fatores: medo de represália social receia de que não se tenha eficácia em relação à punição do agressor, pois muitas vezes o seu agressor é condenado e este não chega a ser encarcerado de fato, e é aí que surge a crítica ao legislador quando da fixação da pena base que é branda, onde em quase todas às vezes o acusado réu primário não inicia o cumprimento da pena em regime fechado e, com isso, a vítima se sente insegura e descrente no tocante a eficiência das medidas judiciais. Além disso, a dependência financeira e emocional pautada em um possível arrependimento fictício do agressor ou uma promessa vaga de mudança pode ser considerada causa suficiente para a vítima não querer a aplicação da justiça.

Assim, estes podem ser os principais motivos pelos quais as mulheres, comumente, não denunciam seus agressores ou simplesmente deixam de demonstrar interesse na continuação do processo judicial.

4. REJEIÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

Após a vítima insistir varias vezes em resolver de forma amistosa, sem acionar o judiciário, dando a famosa “segunda chance” ao agressor e, ainda assim, continuar na mesma situação ou até mesmo piorar, ela resolve pedir a concessão de medidas protetivas de urgência e, em alguns casos, resolve representar judicialmente o seu agressor, iniciando, assim, todo um processo investigativo que irá tramitar na vara especializada de violência doméstica.

A urgência na concessão das medidas protetivas reside em fazer cessar imediatamente a suposta violência contra a vítima, resguardando a sua integridade física, moral e psicológica; buscando, sobretudo, evitar eventual risco de reiteração ou agravamento da conduta ilícita do agressor, tudo isso obedecendo-se ao prazo estipulado na Lei Maria da Penha, o qual deverá o procedimento judicial instaurado ser apreciado pelo juiz competente em 48 horas.

Vale destacar que para a concessão da medida protetiva não há necessidade de uma representação criminal, ou seja, basta a vítima solicitar a concessão das cautelares e não representar judicialmente contra o acusado em relação ao delito quando este for de ação penal condicionada à representação. Ainda no tocante as medidas protetivas de urgência, na prática, é muito comum à mulher solicitar a concessão das cautelares e, dias depois, solicitar a sua desistência, pois a lei concede essa possibilidade, bastando, para tanto, que a mesma simplesmente se dirija a delegacia especializada ou diretamente a Vara de Violência Doméstica e manifeste seu desejo. Em outros casos, a vítima começa a permitir, de forma consciente, o descumprimento das restrições impostas nas medidas protetivas ao acusado; sendo que o correto seria a mesma comunicar as autoridades policiais para acionar o juízo competente e este decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal e artigo 20 da Lei Maria da Penha, caracterizando, assim, o crime de descumprimento de medida protetiva, previsto no art. 24-A da Lei n.º 11.340/06, sem prejuízo de outras eventuais infrações penais que venha a praticar contra a vítima.

De acordo com um Projeto de Lei 1890/22, elaborado pela deputada Tabata Amaral do PSB-SP, que tem o intuito de sanar essa lacuna tão criticada por profissionais do direito, pois a proposta, que inclusive já está em análise na Câmara dos Deputados, determina que não seja mais possível ser feita a revogação da medida protetiva que foi concedida, antes de finalizar o lapso temporal, ou seja, terá que ficar em vigência até esgotar o prazo estipulado, o qual vale destacar, este prazo não tem previsão positivada, sendo facultada a alteração da duração das cautelares de acordo com o entendimento do magistrado.

Analisando o referido projeto de lei, verifica-se ser falho em relação à sua eficácia, pois o simples fato de engessar a duração da protetiva não proporcionará um cumprimento eficaz, mas sim um descumprimento ao preceito constitucional da liberdade de expressão e, como consequência, atingiria de forma indireta a efetivação das cautelares. Sem contar que o Estado deixa a desejar em relação ao amparo psicológico e financeiro das vítimas, pois mesmo que se obrigue à manutenção de forma compulsória, como por exemplo o acolhimento da mulher vítima e seus dependentes, na prática é nítido à omissão por parte do Estado.

Diante disso, ao invés de se preocupar com a duração das cautelares, é preciso que o Estado cumpra e efetive o que já é previsto em Lei, pois, de início, é preciso que a mulher, ao ser vítima de violência doméstica, tenha um amparo principalmente psicológico para que esta saiba encarar, de forma consciente, e assim não permita a reiteração da conduta criminosa do acusado.

Diante disso, restou claro que o principal ponto negativo das medidas protetivas é ocasionado pela falta de colaboração por parte da vítima em decorrência da omissão do Estado, pois uma vez que a vítima não possui amparo psicológico e, até mesmo financeiro, para encarar a

situação de forma firme, esta acredita no arrependimento do acusado ou por questões financeiras, aceita o descumprimento da cautelar o que pode acarretar o pior, ou seja, a morte da vítima. Sendo assim, é ultrapassada a ideia de que as protetivas não possuem eficácia, pois, para que tenha efetividade, é preciso a colaboração da beneficiária, a vítima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se esse estudo como algo que merece total atenção, pois essa temática é algo que está ocorrendo em evidência. Mesmo com a implantação da Lei Maria da Penha, o problema ainda persiste e não se resolveu por completo, estando altíssima a taxa de Violência doméstica. Segundo a Agência Patrícia Galvão, em 2022, 76% das mulheres já foram vítimas de alguma violência.

Acredita-se que pode aparecer um número ainda maior de queixas com a divulgação da importância que é um simples ato de delatar, que pode ser realizada facilmente, pois em todo o país existe uma delegacia especializada para atender a mulher. No entanto, não adianta a mulher fazer a sua parte, se o Estado não o fizer também. É preciso ser corrigido ao "Pé da letra" os pontos negativos abordados no presente artigo, pois a realidade prática não é tão linda como a teórica.

Ao relatar tudo isso, é preciso destacar que recentemente as autoridades estão procurando maneiras de ajudar as vítimas, como é o caso do "x" vermelho na palma de uma das mãos. Porém, fica uma crítica em relação à falta de familiaridade da população com a própria Lei em si, ou seja, é preciso uma maior divulgação em massa para que se possa obter um melhor resultado. É preciso a conscientização das crianças desde pequenas que é errado a agressão, tanto doméstica, quanto todos os outros tipos de agressões, presentes no nosso dia a dia. Tudo isso pode ser feito através da formação escolar da criança, pois já dizia Pitágoras: "Educai as crianças e não será preciso punir os homens".

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RODRIGUES, Nathan. **Violência contra a mulher: quais os impactos psicológicos e sociais?** 2017. Disponível em: < <https://www.boavontade.com/pt/dia-dia/violencia-contr-a-mulher-quais-os-impactos-psicologicos-e-sociais>>. Acesso em abril de 2018.

BIANCHINI, Alice. **Quais as melhores medidas para se combater a violência doméstica? Com a palavra sociedade.** 2011. Disponível em: < <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813981/quais-as-melhores-medidas-para-se-combater-a-violencia-domestica-com-a-palavra-a-sociedade>>. Acesso em abril de 2018.

CARASCO, Daniela. **Por que muitas mulheres não denunciam a violência doméstica que sofrem?** 2017. Disponível em: < <https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/31/por-que-muitas-mulheres-nao-denunciam-a-violencia-domestica-que-sofrem.htm>>. Acesso em abril de 2018.

BIANCHINI, Alice. **Por que as mulheres não denunciam seus agressores? Com a palavra sociedade.** 2011. Disponível em: < <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813993/por-que-as-mulheres-nao-denunciam-seus-agressores-com-a-palavra-a-sociedade>>. Acesso em maio 2018.

OZANEIDE, Maria. **A violência contra a mulher é um dos fenômenos sociais inaceitáveis na sociedade Brasileira.** 2012. Disponível em: < <https://www.cut.org.br/artigos/a-violencia-contr-a-mulher-e-um-dos-fenomenos-sociais-inaceitaveis-na-sociedade>>. Acesso em maio 2018.

BEZERRA, Juliana. **Lei Maria da Pena.** 2018. Disponível em: < <https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>>. Acesso em novembro 2018..

NAKAMURA, Adriana. **13 Situações de violência contra a mulher e por que denunciá-las.** 2017. Disponível em: < <https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>>. Acesso em janeiro 2021.

GALVÃO E SILVA ADVOCACIA. **Violência Doméstica/Motivo e suas consequências.** 2021. Disponível em: < <https://www.galvaoesilva.com/violencia-domestica-motivo-e-suas-consequencias/>>. Acesso em outubro 2022..

CASTRO, Eloisa. **Mulheres em situação de violência: números, avanços e desafios.** 2022. Disponível em: <https://teoriaedebate.org.br/2022/03/07/mulheres-em-situacao-de-violencia-numeros-avancos-e-desafios/>. Acesso em outubro 2022.

CAUSAS E EFEITOS QUE TRAZEM AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

ADELSON FILHO SILVA SANTOS:

Graduando do curso de Direito na
UNICERRADO de Goiatuba-GO

PEDRO MORELLO BRENDOLAN

(orientador)

O referido tema tem como objetivo abordar os aspectos doutrinários e legislativos no que diz respeito à teoria básica dos crimes e quais os elementos que levam a sua ilicitude e também à sua exclusão, relatando os tipos existentes de crimes e as excludentes de ilicitude dentro do Direito Penal Brasileiro.

Trata-se das excludentes de culpabilidade e de ilicitude, e enfatizando esse estudo sobre a ilicitude, a qual é a contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, consistindo na prática de uma ação ou omissão ilegal, sendo passíveis de exclusão em alguns casos, conforma dispõe o Direito Penal Brasileiro.

Para melhor entendimento sobre o tema, inicialmente é preciso entender o conceito da teoria do crime, a qual de acordo com Mendes (2015):

A teoria do crime é o núcleo dogmático do direito penal. Toda a história científica do direito penal gira em torno da discussão sobre a teoria do delito, mais precisamente sobre os elementos que a compõe e o seu alcance. Na prática, o que se busca entender é se há crime ou não, ou seja, diante de uma descrição fática se extrair os elementos necessários à configuração ou não do crime (MENDES, 2015, p. 45).

Entende-se então que, o crime é uma ação ou omissão humana, típica, antijurídica e culpável, sendo uma conduta considerada mais grave, prevista na parte especial do Código Penal e em leis esparsas e que prevê como modalidades de pena privativa de liberdade, a reclusão e a detenção.

Tal ação só poderá ser considerada antijurídica quando, além de violar a norma penal incriminadora, não estiver amparada por alguma das excludentes de antijuridicidade: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito.

No ato de qualificar o ilícito, se temos conceitos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade diante de tais fatos, se viu a necessidade de criar exceções, sendo elas, as excludentes de ilicitude e/ou culpabilidade, a fim de salvaguardar algumas medidas tomadas por pessoas que atuam em defesa própria ou ainda, principalmente, em defesa de terceiros, como

por exemplo, o caso dos agentes de polícia, que têm como propósito manter a ordem, segurança e bem-estar social.

Sendo assim, como o policial deve atuar quando se deparar com ordem de superior hierárquico, sendo ela uma medida que possa incorrer em excesso, ou risco. Como essas normas são aplicadas a ele, caso decida obedecer e concorrer com uma conduta ilícita, ou se o não cumprimento é que trouxe a ilicitude?

Esse tema é de grande importância a ser discutido, pois, há uma enorme divergência sobre os direitos e deveres dos agentes de segurança pública, os quais se submetem e devem atuar somente de acordo com o que preleciona a lei, não devendo agir nunca por mera vontade ou entendimento particular, mas diante da insegurança pública atual, em algumas situações, se veem diante de decisões que concorrem para mais de uma medida, e com isso, mais de um resultado, dessa forma, é importante entender qual medida deve ser tomada, qual decisão trará maior benefício ou menor prejuízo a todos, e ainda sendo, dentro dos meios legais e até que ponto a obediência hierárquica deve ser seguida.

O termo excludente é um adjetivo que serve para definir algo que se deixa fora, separado ou rejeitado por todo um grupo. Trata-se de uma palavra que pode ter uma conotação positiva em alguns contextos, mas geralmente é usada como uma qualidade negativa.

O Direito Penal é formado por normas incriminadoras e também por normas permissivas que autorizam, "no caso concreto e em virtude de determinadas circunstâncias, a realização de uma conduta, em princípio, proibida. Essas normas permissivas têm, portanto, a capacidade de excluir a antijuridicidade da conduta típica" (BITENCOURT, 2014, p. 402).

Dessa forma, dispõe especificamente sobre a excludente de ilicitude da seguinte forma:

- Excludente de Ilicitude

A Ilicitude representa tudo àquilo que é contrário ao direito, à lei. Assim, tudo aquilo que a lei proíbe é ilícito. Nesse mesmo sentido, podemos dizer que todo crime é ilícito, pois é contrário à forma como a lei nos instrui a se comportar.

Entretanto, apesar de todo crime, a priori, ser considerado um ato ilícito, haverá situações em que mesmo cometendo um crime, isto é, praticando uma conduta expressamente proibida pela lei, a conduta do agente não será considerada ilícita.

É o que denominamos de "excludentes da ilicitude". Essas causas são previstas expressamente em nosso ordenamento jurídico, no Código Penal em seu artigo 23, tendo o poder de isentar um indivíduo da ilicitude de um fato, quando o pratica sob determinadas circunstâncias.

Bitencourt (2014) disserta sobre o tema entendendo que:

A antijuridicidade, entendida como relação de contrariedade entre o fato e a norma jurídica, tem sido definida, por um setor doutrinário, como puramente objetiva, sendo indiferente, por isso, a relação anímica entre o agente e o fato justificado. No entanto, segundo o entendimento majoritário, assim como há elementos objetivos e subjetivos no tipo penal, originando a divisão em tipo objetivo e tipo subjetivo, nas causas de justificação — que excluem a antijuridicidade — há igualmente componentes objetivos e subjetivos. Por isso, não basta que estejam presentes os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, sendo necessário que o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente, isto é, com conhecimento da situação justificante e com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio. [...] Em outros termos, a partir do momento em que se adota uma concepção do injusto que distingue o desvalor da ação do desvalor do resultado, é necessária a presença do elemento subjetivo em todas as causas de justificação, isto é, não basta que ocorra objetivamente a situação de excludente de antijuridicidade, mas é necessário que o autor conheça a situação justificante e tenha a vontade de atuar de forma autorizada, isto é, de forma juridicamente permitida. Mutatis mutandis, como se exige o dolo para a configuração do tipo, exige-se, igualmente, o mesmo “dolo” de agir autorizadamente. Não estará, por exemplo, amparado em legítima defesa quem agir movido por vingança, ainda que se comprove, posteriormente, que a vítima estava prestes a sacar sua arma para matá-lo. Em outras palavras, só age em legítima defesa quem o faz com *animus defendendi*. Isso significa que a presença do elemento subjetivo da causa de justificação afasta o desvalor da ação, pois, na verdade, age conforme ao Direito, conseqüentemente, desenvolve uma ação valiosa. Quando, ao contrário, está ausente o elemento subjetivo de justificação, o desvalor da ação persiste (BITENCOURT, 2014, p.404).

Encontra-se descrito no Código Penal brasileiro em seu Art. 23, II, que não há crime quando o agente pratica o fato em legítima defesa. Dito isso precisa estar claro que para que um ato seja entendido como de legítima defesa precisa enquadrar-se nos seguintes requisitos: Agressão injusta, atual ou iminente; contra direitos próprios ou de terceiros; repulsa com os meios necessários, com uso moderado; conhecimento da ação justificante e a vontade de defender-se (BRASIL, CP/1943, art. 23, inciso II).

Sobre os elementos da ilicitude ou antijuridicidade, Capez (2003) traz uma abordagem conceitual para melhor entendimento:

Ilícitude Formal:

Mera contrariedade do fato ao ordenamento legal (ilícito), sem qualquer preocupação quanto à efetiva danosidade social da conduta. O fato é considerado ilícito porque não estão presentes as causas de justificação, pouco importando se a coletividade reputa-o reprovável.

Ilicitude Material:

Contrariedade do fato em relação ao sentimento comum de justiça (injusto); O comportamento afronta o que o homem médio tem por justo, correto. Há uma lesividade social inserida na conduta, a qual não se limita a afrontar o texto legal, provocando um efetivo dano à coletividade (CAPEZ, 2003, p. 272).

A exclusão da ilicitude se dá conforme o art. 23 do Código Penal, o qual prevê que são quatro hipóteses em que o agente está autorizado a realizar uma conduta típica sem que ela seja antijurídica, ou seja, mesmo realizando a conduta típica, esta será considerada lícita, é o chamado tipo permissivo (SANTOS, 2015).

As quais ainda de acordo com Santos (2015) são: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento do dever legal; e o exercício regular do direito.

Além das causas de justificação contidas na parte geral existem outros casos na parte especial do código, bem como em outros estatutos jurídicos. Essas causas de exclusão da antijuridicidade são chamadas de justificações específicas (SANTOS, 2015).

No que diz respeito ao estado de necessidade, esse elemento é definido por Capez (2012, p. 299) como sendo a: "Causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir".

Trata-se de uma excludente de ilicitude que constitui no sacrifício de um bem jurídico penalmente protegido, visando salvar de perigo atual e inevitável direito próprio do agente ou de terceiro - desde que no momento da ação não for exigido do agente uma conduta menos lesiva. Nesta causa justificante, no mínimo dois bens jurídicos estarão postos em perigo, sendo que para um ser protegido, o outro será prejudicado (CIDALE, 2014).

Já a legítima defesa significa:

"Causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dos ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa" (CAPEZ, 2012, p. 306).

Segundo o doutrinador Damásio de Jesus (2012) historicamente a legítima defesa é “reconhecida pelos antigos códigos da Índia, Grécia e Roma, nos quais era permitido o exercício do direito de defender a vida e a honra, a ofensa legítima tomou entre os germanos uma característica particular derivada do direito de vingança e da privação da paz do agressor injusto”.

O conceito de legítima defesa, esta que é a excludente mais antiga de todas, está baseado no fato de que o Estado não pode estar presente em todos os lugares protegendo os direitos dos indivíduos, ou seja, permite que o agente possa, em situações restritas, defender direito seu ou de terceiro (CIDALE, 2014).

Sobre o estrito cumprimento do dever legal, quem está cumprindo seu dever dentro da lei jamais poderá praticar um ilícito penal pelos seus atos a não ser que os seus atos ultrapassem o limite legal. Capez (2012, p.316) mais uma vez nos trás um ótimo conceito: “Causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei. Exemplo: policial que priva o fugitivo de sua liberdade, ao prendê-lo em cumprimento de ordem judicial”.

O agente que cumpre o seu dever proveniente da lei, não responderá pelos atos praticados, ainda que constituam um ilícito penal.. Isto porque o estrito cumprimento de dever legal constitui outra espécie de excludente de ilicitude, ou causa justificante (CIDALE, 2014).

E finalmente sobre o exercício regular de um direito, o mesmo não configura um fato ilícito, contudo, se ao exercer um direito, houver intuito de prejudicar terceiro, haverá crime. O agente deverá conduzir-se dentro dos limites estabelecidos pela lei. Ocorrendo abuso, poderá desaparecer a justificativa e surgir um delito autônomo ou o excesso, que justamente decorre do exercício abusivo de um direito.

Aquele que exerce um direito garantido por lei não comete ato ilícito. Uma vez que o ordenamento jurídico permite determinada conduta, se dá a excludente do exercício regular do direito (CIDALE, 2014).

Dessas quatro hipóteses o legislador achou por bem apenas definir o conceito das causas de exclusão nos casos de legítima defesa e de estado de necessidade, deixando o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito para ser conceituado pela doutrina (RAJZMAN, 2010).

Além das definidas no art. 23 do CP, temos as chamadas excludentes supralegais que mesmo não estando presente no nosso ordenamento jurídico, afastam a ilicitude da conduta levada a efeito pelo agente. Entre as excludentes supralegais a que merece destaque é o consentimento do ofendido (SOARES NETO, 2017).

As causas legais de exclusão da Antijuridicidade, estão devidamente dispostas no Código Penal, o Art. 23, o qual se preocupou em elencar as causas de justificação, cuidando, ainda, do chamado excesso punível.

No Art. 24 do CP, mantendo a tradição, cuidou de explicitar o estado de necessidade. E, a definição de legítima defesa, coube ao Art. 25 do CP.

Masson (2010) ainda enfatiza que:

A doutrina apresenta uma discussão acerca do reconhecimento de uma causa de exclusão de ilicitude, se depende somente dos requisitos legalmente previstos, "relacionados ao aspecto exterior do fato, ou se está condicionado também a um requisito subjetivo, atinente ao psiquismo interno do agente, que deve ter consciência de que age sob a proteção da justificação" (MASSON, 2010, p. 355).

.Desta forma, é possível concluir que se o agente agir em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, estará acobertado pela excludente de ilicitude, não praticando fato típico.

Considerando que as exclusões poder ser admitidas em situações expressas em lei, com exceção das supralegais, que são aquelas não tipificadas em lei, porém, aplicadas por unidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral 1**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva 2012.

_____. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIDALE, Paula. **As excludentes de ilicitude e as suas consequências no processo penal**. 2014. Disponível em:

<<https://paulacidale.jusbrasil.com.br/artigos/148680618/as-excludentes-de-ilicitude-e-as-suas-consequencias-no-processo-penal>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

CUNHA, Leonardo Djalma da. O policial e a hierarquia. a subordinação e suas consequências: a responsabilidade penal e administrativa dos atos dos policiais e a utilização das excludentes de ilicitude e culpabilidade que os **amparam na atuação policial**. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/157119/MONOGRAFIA%20FINALIZADA%20LEONARDO%20DJALMA%20DA%20CUNHA%20PDF.A.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 out. 2019.

JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. Vol. 1. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 355- 356

MENDES, André Pacheco Teixeira. **DIREITO PENAL GERAL**. 2015. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/direito_penal_geral_2015-2.pdf>. Acesso em: 15 out. 2019.

RAJZMAN, Francis. **As excludentes de ilicitude: o porquê de esses fatos serem ilícitos**. 2010. Disponível em: <https://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213268.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

SANTOS, Mismarta. **Legítima defesa no Código Penal Brasileiro**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45314/legitima-defesa-no-codigo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

SOARES NETO, Paulo Byron Oliveira. Causas supralegais de exclusão da ilicitude. 2017. Disponível em: <<https://paulobyron.jusbrasil.com.br/artigos/463155474/causas-supralegais-de-exclusao-da-ilicitude>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

SOUZA, Renan de Paula. **Crimes e suas excludentes de ilicitude**. 2016. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46811/crimes-e-suas-excludentes-de-ilicitude>>. Acesso em: 15 out. 2019.

TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito: Variações e Tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

UNIDADE DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL DE GURUPI: ICMS ECOLÓGICO PARA UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO.

EDILANE SOUSA CASTRO RODRIGUES:
Acadêmica do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi - UnirG

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI⁵⁵

(orientadora)

RESUMO: Criado com o objetivo de proporcionar aos estados e seus municípios meios de se utilizarem de uma fatia do ICMS. O ICMS Ecológico possibilita a utilização de recursos tributários, na busca de um meio ambiente sustentável e uma sociedade responsável ecologicamente, que atua como forma de compensação aos Municípios que possuem áreas de preservação e/ou mananciais que abasteçam cidades vizinhas, como é o caso do município de Gurupi, TO. O objetivo geral que será abordado, é verificar os critérios estabelecidos pela legislação do Estado do Tocantins para repasse do ICMS Ecológico aos Municípios. O método dedutivo será utilizado, a metodológica será faseada em três etapas, revisão teórica do assunto em questão; o estudo de caso e a verificação da contribuição e incentivo para a preservação das unidades de conservação do município de Gurupi Tocantins. Os procedimentos metodológicos caracterizam a pesquisa como bibliográfica, documental, descritiva, com abordagem quantitativa e qualitativa, realizada por meio da análise da literatura (sites, artigos científicos, entre outros), estudo da legislação, pertinente aos critérios de recebimento do ICMS Ecológico, e análise documental.

Palavras-chave: ICMS Ecológico. Sustentabilidade. Responsabilidade Social.

ABSTRACT: Created with the objective of providing the states and their municipalities with the means to use a share of the ICMS, the ICMS Ecological allows the use of tax resources in the search for a sustainable environment and an ecologically responsible society, which acts as a form of compensation for municipalities that have preservation areas and/or springs that supply neighboring cities, as is the case of the city of Gurupi, TO. The general objective is to verify the criteria established by the legislation of the State of Tocantins for the transfer of the Ecological ICMS to the cities. The deductive method will be used, the methodological will be phased in three stages, theoretical review of the subject in question: the case study and the verification of the contribution and incentive for the preservation of the conservation units in the municipality of Gurupi Tocantins. The methodological procedures characterize the research as bibliographic, documentary, descriptive, with quantitative and qualitative approach, conducted through literature review (websites, scientific articles, among others), study of legislation, relevant to the criteria for receiving the Ecological ICMS, and document analysis.

Keywords: Ecological ICMS. Sustainability. Social Responsibility.

55 Prof.^a Ma. Orientadora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UnirG).

1. INTRODUÇÃO

O Com as mudanças climáticas e sociais, o mundo vive uma nova realidade, onde tem-se uma preocupação maior em relação ao bem estar e a qualidade de vida, na busca de um planeta ecologicamente equilibrado e mais saudável. O ordenamento jurídico traz algumas previsões legais que amparam essa preocupação e dá suporte à medida que podem ser tomadas pela sociedade em consonância com o poder público, as quais entenderemos mais adiante.

Começando por medidas de conscientização até chegar aos incentivos fiscais, que motivam além do ecologicamente correto, traz também a possibilidade de se obter mais recursos financeiros aos estados e municípios para aplicação em medidas que proporcionam à população uma melhor qualidade de vida. Nesse sentido vamos estudar um pouco sobre o ICMS Ecológico. A cidade de Gurupi, Tocantins, apresenta um grande desenvolvimento econômico-social, e vem se desenvolvendo gradativamente no que diz respeito à área comercial, residencial e ao meio ambiente, atraindo todo ano inúmeros estudantes e trabalhadores de várias regiões do Brasil, além das empresas de médio e grande porte que vêm se instalando no município.

Neste contexto, nota-se que há um grande aumento da população local, o que faz aumentar a procura por um ambiente mais saudável, incluindo áreas de lazer, e em especial por uma natureza sustentável, responsável e equilibrada, como é o caso da Unidade de Conservação do Meio Ambiente do Município, pensando nisso percebe-se a necessidade de se buscar um benefício fiscal através do ICMS Ecológico voltado para o município.

Nesse diapasão, tem-se o ICMS Ecológico como uma ferramenta extra da gestão socioambiental, não se trata de um novo tributo, mas sim de como é distribuído e aplicado, esta foi uma maneira encontrada para incentivar e apoiar os Municípios que tem parte do seu território restrito ao uso, por conterem mananciais de abastecimento público para municípios vizinhos e ou por criarem Unidades de Conservação.

Com isso, percebe-se que o ICMS Ecológico, que é uma forma de distribuição do ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias para os Municípios de um Estado, considerando fatores ambientais, este sendo um direito garantido constitucionalmente, está perfeitamente acessível ao município de Gurupi, TO, que preenche todos os requisitos para usufruir de tal benefício.

2. MATERIAL E MÉTODOS

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o estado do Tocantins, situado na região norte do país, conta com 139 municípios. A extensão territorial 277.466,763 km² e com o total de população de 1.590.248 milhão de habitantes. Entre as maiores cidades do estado está o município de Gurupi, que está localizado no sul do Tocantins e conta hoje com aproximadamente 87.500 habitantes, segundo estimativa do IBGE (2021).

Para a realização do presente estudo será utilizada a abordagem qualitativa, e quanto aos objetivos abordados a pesquisa é explicativa, considerando que o tema estudado será analisado e

discutido de forma a propiciar pontos relevantes à alavancar a arrecadação do ICMS Ecológico no município de Gurupi Tocantins, através de ações do município que receberá maior aplicação do ICMS arrecadado no Estado, onde serão utilizados os procedimentos técnicos a partir da pesquisa bibliográfica.

3. CONCEITO DE ICMS

O ICMS brasileiro foi criado em 1992, através da Lei nº: 4.625, de 31 de dezembro, a partir do modelo francês. O imposto sofreu alterações até adaptar-se à realidade brasileira, inicialmente era somente Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM), foi a partir da Constituição de 5 outubro de 1988, que ganhou a nomenclatura de ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, vigente até os dias atuais, seu objetivo é prover receitas aos Estados e pode ser considerado o imposto mais importante em âmbito Estadual.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICMS), é um imposto estadual cobrado sobre produtos ou serviços tributáveis. Sejam eles nacionais ou importados e transportados entre estados ou cidades, e comercializados entre pessoas físicas ou jurídicas. A cobrança e definição das suas alíquotas fica sob responsabilidade de cada estado. O imposto é cobrado em todas as etapas da cadeia de produção dos produtos ou serviços. E por ser cobrado de forma independente entre os estados, é disponibilizado através dos convênios, algumas leis em comum, para verificação das porcentagens aplicadas.

A sigla ICMS alberga pelo menos cinco impostos diferentes: a saber: a) o imposto sobre operações mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias); b) o imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) o imposto sobre serviços de telecomunicação; d) o imposto sobre produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos e de energia elétrica; e, e) o imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais. (CARRAZZA, 2000, p.32).

No entanto, a taxa é cobrada tanto do produtor quanto do comprador e do consumidor final do produto ou serviço. Todos eles são contabilizados nas caixas registradoras. Embora nem todos os produtos ou serviços estejam sujeitos a esse imposto, aqueles que receberem aplicação serão atualizados na lista disponibilizada pelo Conselho Nacional de Política Fazendária - Confaz, além de informações sobre a substituição do ICMS.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, o atual ICMS é um imposto de natureza fiscal e não fiscal, pois é uma importante fonte de receita para os estados e o Distrito Federal, e desempenha a função de facilitar o fluxo de bens necessários. Conforme o artigo 155 CF/88, a base do fato gerador do ICMS é a transferência de mercadorias ou a prestação de transporte e comunicação interestadual ou intermunicipal, ainda que iniciada no exterior, conforme dispõe, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II – Operação relativa à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

[...]

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

[...]

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços; (BRASIL, 1988).

Vale destacar que a Constituição Federal garante autonomia financeira ao tributar a todos os entes federativos; União, Estados ou Municípios, e possibilita que essas unidades cumpram suas responsabilidades perante a população como prestadoras de serviços, por exemplo: segurança, educação, saúde, previdência e assistência social e trânsito. O ICMS tem o maior potencial para ser um catalisador de recursos e um negociador-chave para atrair investimentos produtivos. Desta forma, os governos dos países do país estão conduzindo uma verdadeira guerra contra a lei. Este cenário descrito como uma guerra financeira é o foco deste estudo e tentaremos lançar alguma luz.

4.ICMS ECOLÓGICO

A preservação do meio ambiente é uma responsabilidade de toda população, a qual devem cooperar com a proteção e tal iniciativa é importante, pois existem diversas modificações no ecossistema. O ICMS Ecológico foi criado a partir de um veículo de gestão ambiental para todo o território brasileiro, o qual se iniciou no Estado do Paraná. A iniciativa foi motivada pela grande necessidade de atualização das políticas públicas ambientais, de extrema importância para o ecossistema. Outros estados brasileiros perceberam sua necessidade especial de preservar seus recursos naturais e passaram a adotar essa lei com os mesmos critérios. Vale ressaltar que, o governo brasileiro protege áreas naturais por meio de unidades de conservação da natureza. Esta é uma estratégia altamente eficaz para a conservação a longo prazo dos recursos naturais.

O ICMS Ecológico surgiu da aliança entre um movimento de municípios e o Poder Público estadual, mediado pela Assembleia Legislativa. Os municípios sentiam suas economias combatidas pela restrição de uso do solo, originada por serem mananciais de abastecimento para municípios vizinhos e por integrarem 53 unidades de conservação. O Poder Público

sentia a necessidade de modernizar seus instrumentos de política pública. Nascido sob a égide da compensação, o ICMS Ecológico evoluiu, transformando-se em mecanismo de incentivo à conservação ambiental, o que mais o caracteriza, representando uma promissora alternativa na composição dos instrumentos de política pública para a conservação ambiental no Brasil. (LOUREIRO, 2002, p.52-53).

O ICMS ambiental é a designação de um critério ou conjunto de critérios de natureza ambiental utilizado para determinar o percentual a que cada município de um determinado Estado tem direito constitucionalmente a uma parcela de seu imposto comercial. A implementação de um ICMS Ecológico não requer mudanças legislativas complexas, dessa forma evita longos debates na Assembleia Nacional, que tem a responsabilidade de longa data, na tramitação de propostas de alteração de leis tributárias ou constituições, a implementação do ICMS ecológico geralmente depende exclusivamente de lei estadual.

O debate governamental sempre estabelece critérios diferenciados para mensuração dos valores recebidos a título de repasses financeiros, levando em consideração as características naturais de cada região. Por isso, cada estado que aplica o sistema estabelece valores de alocação diferentes dependendo da avaliação de diversos aspectos ambientais e sociais. A ampliação do debate sobre o uso de instrumentos econômicos e financeiros nas políticas públicas ambientais, o aprimoramento institucional da abordagem ambiental dos entes públicos e o impacto de políticas similares no desenvolvimento do estado e do país nas áreas de qualidade de vida da população e proteção ambiental representa o sucesso do ICMS ecológico de forma especial.

Destarte, entende-se que o ICMS ecológico é uma forma de equalização tributária destinada a fazer cumprir as restrições ambientais legais existentes às atividades de desenvolvimento econômico, de acordo com o artigo 158 da Constituição Federal de 1988. O ICMS ecológico é um instrumento que auxilia na conservação do patrimônio natural, conforme a fundamentação legal apresentada pelo Instituto Água e Terra:

Lei Complementar Federal 63, de 11 de janeiro de 1990 - Dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências. **Lei Complementar Estadual 59, de 01 de outubro de 1991** - Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, a que alude o art. 2º da Lei 9.491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências. **Decreto Estadual 4.262, de 21 de novembro de 1994** - Criação da categoria de manejo de unidade de conservação denominada reserva particular do patrimônio natural no território do Estado do Paraná. **Decreto Estadual 2.791, de 27 de dezembro de 1996** - Critérios técnicos de alocação de recursos a que alude o art. 5º da Lei Complementar nº 59, de 01/10/1991, relativos a mananciais destinados a abastecimento público. **Decreto Estadual 3.446, de 14 de agosto de 1997** - Cria no Estado do Paraná, as Áreas Especiais de Uso

Regulamentado - ARESUR. **Portaria IAP 263/1998, de 18 de dezembro de 1998** - Cria, organiza e atualiza o Cadastro Estadual de Unidades de Conservação e Áreas Protegidas (CEUC); define conceitos, parâmetros e procedimentos para o cálculo dos Coeficientes de Conservação da Biodiversidade e dos Índices Ambientais dos Municípios por Unidades de Conservação, bem como fixa procedimentos para publicação, democratização de informações, planejamento, gestão, avaliação e capacitação, normatizando o cumprimento das Leis Complementares Estadual nº 059/91 e nº 067/93. **Lei nº 12.690, de 18 de outubro de 1999** - Dispõe que os municípios aplicarão 50% do ICMS recebido nos termos do artigo 2º, da Lei Complementar nº 59/91, alterado pela Lei Complementar nº 67/93, diretamente nas respectivas Áreas Indígenas. **Decreto 4890/2005, de 31 de maio de 2005** - Dispõe sobre a Reserva Particular do Patrimônio Natural – RPPN – como unidade de proteção integral inserida no Sistema Estadual de Unidades de Conservação, estabelece critérios e procedimentos administrativos para a sua criação e estímulos e incentivos para a sua implementação e determina outras providências. (Obs.: O Decreto 4890/2005 foi revogado pelo Decreto 1529/2007). **Decreto Estadual 1529, de 2 de outubro de 2007** - Dispõe sobre o Estatuto Estadual de Apoio à Conservação da Biodiversidade em Terras Privadas no Estado do Paraná, atualiza procedimentos para a criação de Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN - e dá outras providências. **Portaria IAP nº 11/2012, de 26 de janeiro de 2012** - Estabelece conceitos para algumas categorias de manejo de unidades de conservação conforme estipulado pela Lei Federal nº 9958/2000. **Nota informativa 01/2022**, de 05 de maio de 2022 - Orientações quanto ao escopo de atuação dos órgãos estaduais e municipais no Programa ICMS Ecológico. **Portaria IAT nº 186/22, de 03/06/2022** - Altera o art. 7º da Portaria IAP nº 263/1998. (INSTITUTO ÁGUA E TERRA, 2022, p.1, grifo nosso).

Os governos locais que estão comprometidos com o desenvolvimento econômico em detrimento da proteção ambiental são mais propensos a gerar renda com a movimentação de mercadorias e, portanto, são valorizados em mais transferências fiscais. Por outro lado, aqueles que têm a responsabilidade de proteger os bens naturais e trazer externalidades positivas que beneficiem a todos têm uma capacidade de se desenvolver economicamente, resultando em menor circulação de bens e serviços. No entanto, observa-se que essa lógica não leva em conta a dinâmica da realidade e, sobretudo, não corresponde à proteção constitucional do meio ambiente.

Função Compensatória, que beneficia os municípios que sofrem limitações quanto ao gerenciamento de seus territórios, em função da existência de Unidades de Conservação ou áreas com restrições de uso. Função Incentivadora, pois atua como incentivo aos municípios, despertando o interesse em criar ou ampliar áreas de conservação ou outros critérios

relevantes para o ICMS Ecológico, inclusive quanto aos aspectos qualitativos. (BENSUSAN, 2002).

Destarte, Miranda e Santos (2014) pregam que o ICMS Ecológico é um instrumento de promoção da conservação e preservação do meio ambiente. Levando em consideração que para a utilização e usufruto desse benefício, o ente público deve ter políticas definidas e ações concretas, tais como Unidades de Conservação Ambiental, são criadas e sustentadas referidas unidades em favor de melhores ações e resultados satisfatórios para a sociedade em relação ao meio ambiente. Corroborando com isso, Ferreira (2015), traz que nos Estados brasileiros, a regra, segundo a lei instituidora do ICMS Ecológico, é a de que haja a sua regulamentação por meio da edição de uma outra norma (usualmente um decreto).

Nesse diapasão, verifica-se que o ICMS ecológico é um sistema tributário que possibilita os municípios terem acesso a uma parcela maior dos recursos arrecadados, atendendo a determinados padrões ambientais estabelecidos por lei Estadual. Dessa forma, não é considerado um novo imposto, mas a introdução de novos critérios para a realocação dos recursos do ICMS que refletem o nível de atividade econômica da comunidade, bem como a proteção ambiental.

5. TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

O direito tributário tem importante papel como meio de promoção do desenvolvimento econômico, por meio da função não fiscal dos tributos, sua importância para a implementação de políticas públicas além de: proteção ambiental e economia do desenvolvimento. A tributação ambiental quer explicar a importância da relação entre tributação e proteção ambiental, para que esse desejo possa ser alcançado por meio da gestão dessa atividade pública.

O direito ambiental abrange diferentes áreas do direito onde os princípios da natureza do meio ambiente devem ser levados em conta. De acordo com RIBAS (2005), por isso, o direito ambiental é chamado de horizontal e integrado porque permeia todos os campos jurídicos e introduz ideias ambientais. Em princípio, a tributação afeta fatores econômicos que devem estar de acordo com os princípios do direito ambiental. A ação legislativa requer a implementação de instrumentos legais, dentre os quais os instrumentos auxiliares são de grande relevância e eficácia, pois se mostraram adequados à proteção do meio ambiente.

Proteger um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da sociedade e uma obrigação de protegê-lo não apenas para o presente, mas também para as gerações futuras. Nesse sentido, a introdução de fatores ambientais no regime econômico-financeiro visa conscientizar a cadeia produtiva da importância dessa proteção. Devido ao uso geral do meio ambiente, suas propriedades econômicas tendem a declinar. Porque temos a priori o direito de usufruir do meio ambiente sem exclusividade ou competição de qualquer tipo.

Os tributos ambientais têm como finalidade um efeito negativo (onerar mais a atividade poluidora) ou um efeito positivo (incentivar ações protetoras ambientais) de modo a promover o desenvolvimento sustentável. Veja que a finalidade principal não é de arrecadação, mas sim de desestimular ou de estimular determinado tipo de comportamento. Os

tributos ambientais visam internalizar os custos dos impactos ambientais na atividade produtiva. Dessa forma, devem ser calculados de acordo com os princípios do poluidor-pagador, da seletividade, da progressividade (proporcional ao impacto). Ademais, o ônus tributário deve se amparar na finalidade ambiental em respeito ao princípio do não-confisco. E, em obediência ao princípio da igualdade, o sujeito passivo se identifica em todos os potenciais poluidores, sem haver exceções arbitrárias. (MONTEIRO, 2014, p. 190).

Atitudes que promovem a poluição são rejeitadas pelas normas ambientais. Uma das principais críticas ao uso de tributos para proteger o meio ambiente é a ligação entre a cobrança de tributos e o caráter punitivo que eles podem representar. A tributação de comportamento poluidor ou de processos produtivos nocivos ao meio ambiente pode remeter inicialmente ao conceito de sanções e pode levar à descaracterização dos sistemas tributários nacionais desde o início como forma de realização dos valores ambientais previstos na Constituição Federal.

Em relação ao meio ambiente, a possibilidade de utilização do imposto como meio de preservá-lo está essencialmente relacionada à implementação da extrafiscalidade tributária como uma tendência econômica que o Estado administra incentivando ou limitando a atividade econômica. O objetivo não tributário de proteção ambiental sugere que a intervenção fiscal seja utilizada como uma ferramenta eficaz de requalificação socioecológica.

O tributo ambiental exsurge dessa nova perspectiva, pautada na coesão do sistema jurídico coerente com valores sociais, e mais do que propiciar a reparação dos danos, por meio da aplicação do princípio do poluidor-pagador, visa à prevenção, alicerçada na educação ambiental. Promove-se, portanto, o rompimento com o modelo tributo-arrecadação, para conferir às exações um viés ecológico-social, que propiciará, sob a perspectiva educativa, uma transformação de consciência social e construção de um bem-estar social, realizadores do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. (OLIVEIRA; VALIM, 2018, p. 137-138).

A tributação ambiental consiste, portanto, na orientação de instrumentos fiscais, que têm por finalidade a obtenção dos rendimentos necessários à implementação das políticas ambientais nacionais, e na promoção de atividades que sensibilizem a população para a importância dos hábitos de conservação ecológica. Mister salientar que, a proteção fiscal do meio ambiente tornou-se uma das ferramentas mais importantes da política pública ambiental. Esse instrumento possui inúmeras vantagens técnicas em relação a outros meios devido às suas características específicas, principalmente por sua natureza política, que exige implementação não apenas do ponto de vista técnico, mas também ético.

6. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL DE GURUPI

O termo ICMS Ecológico corresponde à “denominação que se ajustou utilizar para qualquer sistema normativo que fixe o percentual que cada município de um determinado Estado tem direito a receber, quando da repartição de receitas oriundas da arrecadação de ICMS, segundo critérios de caráter ambiental” (Passos & Ramalho, 2011, p. 6). Segundo Medeiros, Young, Pavese e Araújo (2011, p. 34), o ICMS Ecológico corresponde a “um incentivo fiscal intergovernamental baseado no princípio ‘protetor recebedor’”, o qual incorpora critérios ambientais no cálculo do repasse dos 25%. Segundo os autores, tal receita suplementar dos municípios incentiva-os a investir e aplicar mais recursos na conservação de seus recursos naturais (Medeiros et al., 2011, p. 35).

Os Estados têm usado o ICMS ecológico para incentivar a implementação local de suas estratégias de conservação, enquanto os municípios dependem principalmente de iniciativas de baixo custo para aumentar suas receitas. O Estado do Tocantins possui 139 municípios, com uma extensão territorial de 277.466,763 km², a terceira maior cidade do Estado é Gurupi, a qual localiza-se no sul do Estado. Conforme dados do IBGE de 2021, conta com aproximadamente 57.500 habitantes. Em 2015, o prefeito da Cidade de Gurupi decretou a criação de Unidades de Conservação ambiental, são áreas que juntas equivalem a 622 hectares, são quatro Unidades de Conservação, as quais são; APA Mutuca, APA Dois Irmãos e APA Mutuca/Água Franca e Parque natural Municipal Pouso do Meio, cuja finalidade é de proteger e preservar as matas nativas.

Em 2013 Gurupi recebeu o valor de R\$ 263.498,32 referentes ao ICMS Ecológico, já no ano seguinte houve um aumento de quase quatro vezes, passando a receber R\$ 837.157,61. A expectativa é o aumento do valor no próximo repasse ao município. O programa destina 13% do total arrecadado com o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) no Estado para premiar os municípios que desenvolvem políticas públicas voltadas para preservação e conservação do meio ambiente. (CHAVES, 2015, p.1).

A Lei N° 2.959, de 18 de junho de 2015, dispõe dos critérios de distribuição de parcelas municipais do ICMS, referente à população, à área territorial e o meio ambiente, bem como o Decreto N° 5.264, de 30 de junho de 2015, qual estabelece o cálculo do valor adicionado, parcela igual, população, área e critérios ambientais relacionados à composição do Índice de Participação Comunitária - IPM e outras medidas.

Nesse sentido, adota também algumas providências sobre a conservação da biodiversidade e terras. O ICMS Ecológico é um mecanismo tributário que permite que os governos locais acessem parcelas maiores dos recursos arrecadados pelos estados por meio do ICMS do que já têm direito para atender aos padrões ambientais estabelecidos na legislação estadual.

A Unidade de Conservação (UC) é um nome dado pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SEUC) (LEI N° 1.560, DE 5 DE ABRIL DE 2005), são espaços territoriais e seus recursos ambientais, com características naturais significativas e legalmente estabelecidas pelo poder público, com objetivos de conservação e limites definidos dentro de um sistema de gestão específico e sujeitos a proteção legal adequada.

Em 2019 Gurupi foi a cidade que mais cresceu na arrecadação de ICMS, valor recebido foi de R\$ 44.043.349,94, enquanto em 2017 o valor foi de R\$ 33.825.384,25. Vale ressaltar que, a distribuição do valor total destinado aos municípios acontece da seguinte forma; 75% do valor agregado relacionado à receita tributária municipal. O ICMS Ecológico, que significa medidas de proteção ao meio ambiente, é de 13%. 12% atendem a requisitos como tamanho da cidade, população e distribuição igual em todas as comunidades.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Município de Gurupi TO, localizado no sul do Tocantins, conta hoje com aproximadamente 87.500 habitantes, segundo estimativa do IBGE (2021). A cidade apresenta um grande desenvolvimento econômico-social, e vem se desenvolvendo gradativamente no que diz respeito à área comercial, residencial e ao meio ambiente, isso devido à grande oferta cursos universitários que atraem todo ano inúmeros estudantes e trabalhadores de várias regiões do Brasil, além das empresas de médio e grande porte que vêm se instalando no município.

Nesta ceara, nota-se que há um grande aumento da população local, o que faz aumentar a procura por um ambiente mais saudável, incluindo áreas de lazer, e em especial por uma natureza sustentável, responsável e equilibrada, como é o caso da Unidade de Conservação do Meio Ambiente do Município, diante de todo o estudo conclui-se que, o benefício fiscal através do ICMS Ecológico voltado para o município é uma grande e importante ação que deve ser a cada dia mais efetiva.

Insta esclarecer que, o ICMS se destaca ecologicamente pois, para que esse mercado faça sentido, deve haver mais benefícios econômicos em proteger o meio ambiente do que o destruir. A ideia de pagar por serviços ambientais é recompensar quem protege direta ou indiretamente o meio ambiente. Isso significa recompensar indivíduos que ajudam a manter ou produzir serviços ecossistêmicos adotando práticas que contribuam para a conservação do bioma.

Diante dos fatos aqui apresentados, o exposto acima torna-se favorável e justifica o estudo da viabilidade da busca pela efetiva arrecadação do ICMS Ecológico no município de Gurupi Tocantins, proporcionando à população, através de ações do município que receberá maior aplicação do ICMS arrecadado no Estado, uma melhor qualidade de vida e um meio ambiente mais sustentável.

REFERÊNCIAS

BENSUSAN, N. **Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para que, por que.** Editora UNB. 2002.

BRASIL. **Código Tributário Nacional e Constituição Federal.** 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 818 p. (Legislação brasileira).

BRASIL. **Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União,

Estados e Municípios. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Governo do Estado do Amazonas**. Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia. 2. ed. Universidade Do Estado Do Amazonas – UE: Secretaria de Estado da Cultura, 2004. 336 p. ISBN 1679-931. Disponível em:

<https://pos.uea.edu.br/data/eng/direitoambiental/hileia/2004/2.pdf#page=15>. Acesso em: 5 out. 2022.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Disponível em:

[https://www.bing.com/search?q=INSTITUTO+BRASILEIRO+DE+GEOGRAFIA+E+ESTÁTISTICA+\(IBGE\).&cvid=be8dcb3ece464db9a10ac2392cb235ab&aqs=edge.69i57.7256j0j4&FORM=ANAB01&PC=U531](https://www.bing.com/search?q=INSTITUTO+BRASILEIRO+DE+GEOGRAFIA+E+ESTÁTISTICA+(IBGE).&cvid=be8dcb3ece464db9a10ac2392cb235ab&aqs=edge.69i57.7256j0j4&FORM=ANAB01&PC=U531). Acesso em: 07 Dez. 2020.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 14^a Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. 670p.

CHAVES, Rafael. Gurupi quadruplica investimentos e arrecadação de ICMS Ecológico. **Prefeitura de Gurupi**, Secom Gurupi, p. 1-1, 18 mar. 2015. Disponível em:

<https://gurupi.to.gov.br/2015/03/gurupi-quadruplica-investimentos-e-arrecadacao-de-icms-ecologico/>. Acesso em: 18 out. 2022.

FERREIRA, Simone Assis et al. **Impacto do ICMS ecológico nos investimentos em saneamento e gestão ambiental**: análise dos municípios do Estado do Rio de Janeiro. Revista de Gestão Ambiental e Sustentabilidade, São Paulo, v. 4, n. 2, maio/ago., 2015.

FOLHA DO TOCANTINS (Tocantins). Gurupi foi o município que mais cresceu na arrecadação do ICMS entre as maiores cidades do TO. **Folha do Tocantins**, p. 1-1, 4 fev. 2019. Disponível em:

<https://folhadotocantins.com.br/gurupi-foi-o-municipio-que-mais-cresceu-na-arrecadacao-do-icms-entre-as-maiores-cidades-do-to/>. Acesso em: 11 out. 2022.

GIL, A. Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IANA, Raniere Franco. A tributação ambiental como instrumento de defesa do meio ambiente. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/13052>. Acesso em: 20 out. 2022.

INSTITUTO ÁGUA E TERRA (Curitiba-PR). ICMS. *In: ICMS Ecológico por Biodiversidade*. [S. l.], 2022. Disponível em: <https://www.iat.pr.gov.br/Pagina/ICMS-Ecologico-por-Biodiversidade>. Acesso em: 19 out. 2022.

LOUREIRO, Wilson. **Contribuição Do ICMS Ecológico À Conservação Da Biodiversidade No Estado Do Paraná**. Orientador: Prof. Dr. Anadalvo Juazeiro dos Santos. 2002. 189 p. Tese

(Doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. Disponível em: http://www.floresta.ufpr.br/pos-graduacao/seminarios/wilson/contribuicao_do_icms.pdf. Acesso em: 11 out. 2022.

MEDEIROS, R.; Young, C. E. F.; Pavese, H. B. & Araújo, F. F. S. (2011). **Contribuição das unidades de conservação brasileiras para a economia nacional**, Sumário executivo. Brasília: UNEP-WCMC. Disponível em: http://www.bibliotecaflorestal.ufv.br/bitstream/handle/123456789/3494/Livro_Contribui%C3%A7%C3%A3o-das-unidades-deconserva%C3%A7%C3%A3o-brasileiras-para-aeconomia%20nacional_UNEP.pdf?sequence=1. Acesso em: 2 jan. 2021.

MONTEIRO, Carlo Eduardo Peralta. **Tributação Ambiental**: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASCIMENTO, V. Marcela. **Instrumentos Econômicos de Gestão Ambiental – Uma Análise da Aplicação do ICMS Ecológico em Minas Gerais**. 2012. 173 f. Dissertação (pósgraduação) – Mestrado em Contabilidade, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. OLIVEIRA, Thaís Soares de; VALIM, Beijanicy Ferreira da Cunha Abadia. **Tributação Ambiental: A Incorporação Do Meio Ambiente Na Reforma Do Sistema Tributário Nacional**. In: REFORMA Tributária. [S. l.: s. n.], 2018. cap. 8, p. 129-148. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8641/1/Tributa%C3%A7%C3%A3o%20ambiental.pdf>. Acesso em: 27 out. 2022.

Passos, R. M. B. & Ramalho, L. S. (2011). **A eficácia do ICMS ecológico como instrumento de política ambiental e o dever do estado quanto à sua efetivação**. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxvcongresso-nacional-de-procuradores-de-estado/direitotributario/EFICACIA%20DO%20ICMS%20 ECOLOGICO%20COMO%20INSTRUMENTO%20DE%20 POLITICA%20AMBIENTAL%20E%20 %20DEVER%20DO%20ESTADO%20QUANTO%20A%20SUA%20EFETIVACAO.PDF/view?searchterm=>. Acesso em: 2 abr. 2022.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Defesa ambiental: utilização de instrumentos tributários. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005. (p.675 – 723).

ROMANO, Rogério Tadeu. O ICMS e os conceitos de mercadorias e serviços. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5212, 8 out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58957>. Acesso em: 27 out. 2022.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico**. HILÉIA – revista de direito ambiental da Amazônia, Manaus, ano 02, n. 02, 2004.

TOCANTINS. **Lei nº 1.323 de 04 de abril de 2002**. Dispõe sobre os índices que compõem o cálculo da parcela do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos Municípios, e adota outras providências. Disponível

em:<http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/decretos/AnexoDec/anexoIII%20Dec4.739.13.htm>. Acesso em: 03 mai. 2022.

TOCANTINS. **Lei 2.959 de 18 de junho de 2015**. Dispõe sobre os critérios de distribuição das parcelas municipais do ICMS, e adota outras providências. Disponível em: <http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei2.959.15.htm#:~:text=LEI%20No%202.959%2C%20de,ICMS%2C%20e%20adota%20outras%20provid%C3%A2ncias>. Acesso em: 31 mar. 2021.

TOCANTINS. **Decreto 5.264 de 30 de junho de 2015**. Dispõe sobre o cálculo do valor adicionado, da quota igual, da população, da área territorial e dos critérios ambientais, relativos à composição do Índice de Participação dos Municípios – IPM, e adota outras providências. Disponível em: <http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/decretos/Decreto5.264.15.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

O ÔNUS DA PROVA DA BOA E DA MÁ-FÉ NO CRIME DE MOEDA FALSA

NÍCOLAS BORTOLOTTI BORTOLON: Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES; coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão Criminal da Defensoria Pública da União; defensor público federal titular do 1º Ofício Criminal da DPU, em Vitória-ES.

Resumo: No presente artigo trataremos da diferenciação de duas espécies do crime de moeda falsa: a conduta de introduzir cédulas falsas em circulação, prevista no §1º, parte final, do art. 289 do Código Penal, e a conduta de restituí-las à circulação, prevista no §2º do mesmo artigo. Essa diferenciação passa pela distinção entre a boa e a má-fé do agente ao tempo em que recebe as cédulas falsas, o que está atrelado ao seu conhecimento, nesse exato momento, acerca da falsidade do material obtido. Com isso, pretendemos demonstrar que a correta distribuição do ônus da prova nos processos que tratem do crime de moeda falsa pressupõe o dever da acusação de descrever e comprovar a má-fé, desde o recebimento das notas falsas, do agente que coloca as cédulas em circulação e afastar, de uma vez, a interpretação equivocada de que incumbe ao réu provar a sua boa-fé, no recebimento, para que a classificação seja feita como o crime de menor potencial ofensivo do §2º.

Palavras-chave: direito processual penal – moeda falsa – boa e má-fé – ônus da prova.

Abstract: In this article we will deal with the differentiation of two types of the crime of counterfeit currency: the conduct of introducing counterfeit banknotes into circulation, provided for in §1, final part, of art. 289 of the Penal Code, and the conduct and return them to circulation, provided for in §2 of the same article. This differentiation involves the distinction between the agent's good and bad faith at the time he receives the fake ballots, which is linked to his knowledge, at that exact moment, about the falsity of the material obtained. With this, we intend to demonstrate that the correct distribution of the burden of proof in the processes that deal with the crime of counterfeit currency presupposes the duty of the prosecution to describe and prove the bad faith, from the receipt of the counterfeit bills, of the agent who places the ballots in circulation and remove, at once, the mistaken interpretation that it is incumbent on the defendant to prove his good faith, upon receipt, so that the classification is made as the crime with the least offensive potential of §2.

Keywords: criminal law – counterfeit currency – good and bad faith – burden of proof.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O crime de moeda falsa e suas principais espécies. 2. O crime de falsificação, mediante fabricação e alteração de moeda. 3. Os tipos penais derivados do §1º do art. 289 do Código Penal e a forma privilegiada do §2º. 4. Diferença entra a boa

e a má-fé nos crimes de introduzir e de restituir moeda falsa em circulação. 5. O ônus da prova no crime de introdução de moeda falsa em circulação. Conclusão. Referências.

Introdução

O crime de moeda falsa, previsto no artigo 289 do Código Penal, tem ocupado boa parte do cotidiano daqueles que atuam na Justiça Federal Criminal. Por ser um crime essencialmente de competência dessa justiça especializada, o seu exame mais aprofundado não tem sido objeto de estudo de boa parte da doutrina, cabendo, por isso, à jurisprudência, especialmente dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça, a definição de seus aspectos materiais e processuais.

O presente artigo busca abordar um dos aspectos processuais desse “crime federal”, até aqui analisado, a nosso ver, de forma pouco dogmática, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, provocando uma inconstitucional inversão do ônus da prova no que se refere a um dos elementos essenciais dos tipos penais constantes do art. 289 e seus §§1º e 2º, qual seja, a boa ou má-fé do agente por ocasião do recebimento da cédula ou moeda falsa e o reflexo desse elemento subjetivo sobre o tratamento penal das condutas posteriores a tal ato.

O exame da má ou da boa-fé ganha especial relevo quando nos deparamos com a figura típica do §2º do art. 289 do CP, considerado “forma penal privilegiada”⁵⁶ em relação às tipificações do *caput* e do §1º do mesmo artigo, dada a reduzida pena cominada em abstrato para a sua prática, o que o coloca, inclusive, na categoria de crimes de menor potencial ofensivo. A praxe forense nessa seara, contudo, tem revelado pouca ou quase nenhuma aplicação da hipótese privilegiada, o que, pensamos, decorre de uma equivocada interpretação dos dispositivos legais e das regras e princípios de Direito Penal e Processual Penal aplicáveis, especialmente, no que concerne ao ônus da prova no processo-crime.

Buscamos, nesse breve estudo do tema, demonstrar que equívocos são esses e como superá-los, tendo em vista a dogmática jurídico-penal mais consentânea com a Constituição Federal e com os princípios gerais aplicáveis ao Direito Criminal.

1.O crime de moeda falsa e suas principais espécies.

O Título X do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) trata dos Crimes Contra a Fé Pública e traz, em seu Capítulo I, os crimes de Moeda Falsa, que compreendem os artigos 289 a 292, com os seguintes *nomen iuris*: Moeda falsa (art. 289), Crimes assimilados ao de moeda falsa (art. 290), Petrechos para falsificação de moeda (art. 291) e Emissão de título ao portador sem permissão legal (art. 292). Todas essas figuras típicas formam o gênero de crimes de moeda falsa; entretanto, interessa-nos, no presente trabalho, tão somente a espécie principal, o crime de moeda falsa *strictu sensu* previsto no art. 289 e, neste, apenas o tipo penal-

⁵⁶ PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 6. ed. volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. II, “art. 289”, item 2.3.

base (*caput*) e os tipos penais derivados dos §§1º e 2º57. Quanto a estes, a previsão legal é a seguinte:

Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

§ 2º - Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Nesse recorte da lei penal, que é o trecho que nos interessa para o presente ensaio, podemos distinguir três tipos penais distintos: o tipo penal-base, previsto na cabeça do artigo e que incrimina as condutas de falsificar, fabricar ou alterar, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro; o tipo penal derivado, previsto no §1º, que incrimina as condutas de importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, guardar ou introduzir na circulação moeda falsa; e, o tipo penal privilegiado, consistente na conduta daquele que, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade. As duas primeiras hipóteses possuem a mesma pena cominada em abstrato: reclusão, de três a doze anos, e multa; a última hipótese, a pena de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Interessa-nos, porém, neste trabalho, sobremaneira, a conduta de “introduzir a moeda falsa em circulação”. Não apenas porque essa seja o desdobramento final de toda a cadeia de atos que compõem a “família” de crimes de moeda falsa, mas principalmente pelos seguintes motivos: (a) a acusação de introdução em circulação é o objeto da maior parte dos processos ajuizados com essa capitulação penal⁵⁸; (b) ao inserir-se na ponta final do processo referido no *caput* e no §1º do art. 289 do CP, a conduta de introduzir a moeda falsa em circulação, via de regra, está muito distante da origem da falsificação e das fases intermediárias de repasse e negociação perpetradas pelas principais quadrilhas de falsários e negociantes desse tipo de contrafação; (c) esse distanciamento do agente introdutor das fases anteriores do crime fez com que o legislador lhe desse a possibilidade de tratamento diferenciado, especialmente quando não comprovadamente ligado a tais fases, tendo como elemento diferenciador o não conhecimento prévio da falsidade, isto é, a ausência de má-fé ou a presença de boa-fé no recebimento das cédulas

57 Para estudo das demais figuras típicas de moeda falsa, indica-se a leitura da obra de José Paulo Baltazar Junior, *Crimes Federais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 107-117.

58 Nesse sentido: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

(§2º do art. 289 do CP); (d) a maior parte dos réus de ação penal por crime de moeda falsa, acusados da ação de introdução em circulação, é primário, não tem antecedentes de fraudes, é pobre e de baixa escolaridade, o que revela, em princípio, total desconexão com os fabricantes de moeda falsas e demais atores das fases criminosas anteriores à fase final de introdução em circulação e evidente desproporcionalidade da cominação da pena de 3 a 12 anos de reclusão a essas pessoas; e (e) a maior parte dos casos tratados como hipótese de introdução em circulação da moeda falsa (§1º, parte final) deveriam ser tratadas como hipótese do crime privilegiado (§2º), dada a falta de elementos descritivos e probatórios de que o agente recebeu as cédulas de má-fé e de que foi a primeira pessoa a introduzi-las no meio circulante, além da imperiosa necessidade de presunção de boa-fé e inocência do acusado, conforme determinam as garantias fundamentais da pessoa acusada de crime.

Por fim, apenas para simplificar a exposição, a partir desse ponto, sempre que nos referimos a moeda, estaremos tratando tanto de cédulas quanto de moeda metálica, sendo certo que, na prática, a ocorrência de casos envolvendo falsificação da última é praticamente inexistente, muito provavelmente pela baixa lucratividade da atividade de falsificar moedas metálicas. Portanto, em todo o restante do artigo, considere-se o termo “moeda” como abrangente das duas espécies de instrumento monetário, mas com especial ênfase prática aos casos de cédulas falsificadas.

2.0 crime de falsificação, mediante fabricação e alteração de moeda.

Como bem aponta Baltazar Junior, o tipo penal do *caput* “não é o mais comum na prática, pois, na maior parte dos casos, o fato surge quando a moeda falsificada é introduzida em circulação”⁵⁹. Ou seja, a fabricação, embora seja pressuposto de todas as condutas derivadas previstas no §1º do art. 289, aparece nos processos judiciais com muito menos frequência que estas, provavelmente em razão da pulverização de ações que da anterior se originam e por serem as atividades “de ponta” ou de execução final (introdução em circulação) as que se evidenciam mais, bem como da dificuldade de se chegar pela via investigativa aos verdadeiros falsários-fabricantes.

O fato é que a conduta incriminada no *caput* diz respeito à atividade de origem da moeda falsa. É onde se inicia todo o processo de contrafação que tem no outro extremo a introdução do *falsum* no meio circulante e, na fase intermediária, a negociação, o repasse e o lucro dos agentes fabricantes, importadores, exportadores, vendedores, negociantes, guardiões e demais envolvidos. O itinerário da moeda falsa tem, portanto, o seu início em uma “fábrica” – clandestina, obviamente, e, não raras vezes, caseira – e passa por um ou mais agentes, até chegar ao seu destino final, a introdução em circulação, e ao seu destinatário último, a vítima, normalmente um comerciante desavisado e que pode ficar no prejuízo de trocar uma de suas mercadorias por um papel sem valor.

A doutrina aponta, de forma unânime, o bem jurídico tutelado pela norma penal em questão como sendo a fé pública, “no concernente à confiança na autenticidade e na regularidade da emissão ou circulação da moeda. De modo secundário, também os interesses das pessoas

⁵⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

prejudicadas”.⁶⁰ Tal conclusão decorre da própria topografia do tipo entre os crimes contra a fé pública (Título X) e da necessária segurança da sociedade em relação à moeda, ao meio circulante e à circulação monetária⁶¹. A vítima, nesse caso, seria, portanto, toda a sociedade, sem prejuízo da identificação de eventuais vítimas diretas.

Se é certo, porém, que a fé pública é o bem jurídico tutelado de forma direta, também é certo que, na maioria dos casos (especialmente quando se chega à fase de introdução em circulação, a mais comum), existe também uma vítima individualizada, que pode ser o comerciante, como citamos, ou um estabelecimento bancário onde se tente ou consiga trocar a nota ou mesmo em um negócio particular sem natureza comercial. Nesse caso, o bem jurídico tutelado, ainda que de forma mediata⁶², é o patrimônio particular.

No entanto, sendo o bem jurídico imediatamente tutelado a fé pública e, como seu corolário, a segurança do sistema monetário e sua importância econômico-social, compreende-se uma pena cominada tão alta, de reclusão, de três a doze anos, e multa. Pena essa equiparável a crimes como peculato (art. 312 do CP), inserção de dados falsos em sistema de informações (313-A) e corrupção passiva e ativa (arts. 317 e 333) – todos crimes contra a Administração Pública – ou de desastre ferroviário (art. 260, §1º) e sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo (art. 261, §1º) – crimes de grande perigo. A comparação entre tais crimes, também com penas máximas cominadas de doze anos, com o crime de moeda falsa e sua pena, permite pressupor que o legislador considerou a atividade de fabricação de moeda falsa, falsificando-a ou alterando-a, desde a edição do Código Penal (já que o art. 289 jamais sofreu alterações legislativas), um crime de grave perigo contra a fé pública.

A simples fabricação de uma nota falsa – desde que não seja grosseira – já representa em si mesma um risco alto à fé pública e à segurança das transações monetárias, na medida em que o *falsum* possa vir a ser utilizado como se moeda verdadeira fosse. Daí à incriminação da conduta prevista no *caput* não demandar a efetiva introdução da moeda falsa em circulação (TRF4, AC 19980401019631-9/SC, Fernando Quadros [Conv.], 2ª T., DJ 17.01.01), tampouco dano a terceiro (TRF4 AC 20037000033205/PR, Paulo Afonso, 31.03.04), como aponta Baltazar Junior⁶³.

O que pretendemos destacar, quanto ao crime do *caput* do art. 289, portanto, é, primeiramente, seu alto grau de reprovabilidade pela lei penal e, em segundo lugar, sua localização topográfica no início do processo criminoso relativo à moeda falsa, ou seja, como origem de todos os demais atos que se seguem na tipificação penal do §1º do art. 289 do CP. Essa relação de raiz das demais condutas criminosas da família de crimes de moeda falsa é, ao mesmo tempo, o que

60 PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 6. ed. volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. II, “art. 289”, item 1.

61 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

62 BALTAZAR JUNIOR. *Idem*.

63 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 109.

dá fundamento às altas penas cominadas no *caput*, mas também o que deve ser levado em conta para analisar as demais espécies típicas dos §§1º e 2º e seus respectivos tratamentos penais e processuais.

3. Os tipos penais derivados do §1º do art. 289 do Código Penal e a forma privilegiada do §2º.

Se as condutas do *caput* do art. 289 do CP configuram o início do itinerário criminoso da moeda falsa, é certo que diversas ações podem derivar dessa primeira conduta, como já supunha o legislador ao incriminar, no §1º do mesmo artigo, as ações de importação, exportação, aquisição, venda, troca, cessão, empréstimo, guarda ou introdução na circulação do produto da contrafação monetária.

A localização dos tipos penais na sequência definida pelo legislador, portanto, não é casual. Ela reflete o próprio desenvolvimento das ações delituosas do crime de moeda falsa, visto como uma sequência de atos que atravessa diversos repasses e negociações (algumas até mesmo internacionais, como se pressupõe com a incriminação da importação e da exportação), podendo culminar com a introdução da mesma em circulação, fato esse que necessariamente se originou de uma primeira conduta de fabricação da nota falsa e de uma ou mais das condutas intermediárias do §1º, por isso, consideradas integrantes de um tipo “derivado/misto alternativo/anormal/congruente”, como leciona Luiz Regis Prado.⁶⁴

Não há dúvida, portanto, que, das condutas tipificadas no art. 289 do CP, a mais grave de todas seja a descrita no *caput*, tanto pela sua topografia, quanto pela natureza originária e pressuposta das demais condutas que dela derivam. Nesse sentido, seria correto afirmar que pode haver fabricação de moeda falsa sem que haja sua posterior importação, venda, guarda ou introdução em circulação; mas, de outro lado, não seria possível dizer que todas essas atividades poderiam existir sem antes ter havido a fabricação, falsificação ou alteração da moeda. Por esse prisma, também se percebe onde reside o principal alvo do tipo penal: na fabricação da moeda falsa, daí a previsão das altas penas já mencionadas para sua prática e sua localização na cabeça do artigo.

Seguindo a linha de raciocínio anteriormente exposta no sentido de haver um escalonamento da reprovabilidade das condutas tipificadas no *caput* e no §1º, faria sentido concluir que estas seriam menos reprováveis do que a primeira. Ocorre que o §1º se inicia prevendo que “Nas mesmas penas [do *caput*] incorre quem[...]”, o que revela, à primeira vista, o mesmo tratamento penal a todas as dez condutas (a fabricação, do *caput* – que pode se dar de duas formas, falsificação ou alteração de moeda – e as nove do §1º) previstas como apenas com reclusão, de 3 a 12 anos, e multa. Uma análise mais detida dos tipos penais, porém, revela que essa primeira conclusão pode ser precipitada.

Como já apontamos, a posição sequencial dos tipos penais do §1º não é fruto do acaso. Em verdade, a referência do referido dispositivo às mesmas penas do *caput* revela a ligação

⁶⁴ PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 6. ed. volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. II, “art. 289”, item 2.2.

estreita que as atividades derivadas têm com a atividade de fabricação da moeda falsa, como sequência ou desdobramento que são da primeira. Nesse sentido, só podem ser tão reprováveis (e apenas) na mesma proporção das condutas do *caput* aquelas condutas que tenham relação **direta e de forma consciente** por parte do autor com a atividade de fabricação das notas. Essa ligação direta e consciente se dá por intermédio do conhecimento do agente que pratica as condutas do §1º quanto à origem das notas falsas, circunstância essa totalmente ligada ao dolo, que, como sabemos, é elemento subjetivo intrínseco do tipo, de acordo com a teoria finalista da ação⁶⁵ adotada pelo Código Penal, em seu art. 18, parágrafo único⁶⁶.

Queremos dizer com isso que somente pratica as condutas do §1º do art. 289 do CP quem age com a **consciência da origem da moeda falsa**, inserindo-se, dessa forma, na cadeia de falsificação da mesma, que culmina (ou deveria culminar) com a sua colocação em circulação. O conhecimento da origem da moeda falsa e a participação na sua introdução no mercado são fatores essenciais à imputação do crime do §1º e que se ligam diretamente ao dolo.

O cerne da questão está, como dito, no conhecimento da origem da moeda em um **processo antecedente de falsificação**. Esse é o elemento de aproximação de uma conduta derivada (§1º) com a conduta principal objeto do tipo penal, que é a fabricação (*caput*). **Sem esse conhecimento**, não se pode falar em derivação e em identidade de penas, mas em outro tipo penal, o do §2º, cuja prescrição repetimos, para melhor compreensão:

§ 2º - Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Note-se que o “recebimento de boa-fé” descaracteriza por completo a conduta de introduzir em circulação a moeda falsa, tal como prevista no §1º do art. 289 do CP, dando à conduta de restituir a moeda falsa à circulação tratamento penal muito mais brando, condizente, inclusive com o de crime de menor potencial ofensivo, dada sua pena máxima ser igual a dois anos (art. 61 da Lei 9.099/95, com redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006, e art. 2º da Lei 10.259/01). O abrandamento da pena é totalmente coerente com a premissa da qual partimos de que **o agente que não participa, de forma consciente e dolosa, da cadeia de atos sequencial à fabricação e disseminação da nota falsa não pode ter o mesmo tratamento penal dado aos que dela participam conscientemente**.

65 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral - arts. 1º a 120. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, v. 1, p. 714.

66 Art. 18. [...]Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Até aí, aparentemente, não há muita margem para discordância e a doutrina e a jurisprudência⁶⁷ caminham mesmo nesse sentido de tratamento **penal** diferenciado entre o agente que pratica a conduta do §2º e os que praticam as condutas do *caput* ou do §1º.

A questão é que não se colhe quase nenhum exemplo prático de aplicação do §2º nos processos que versam sobre o crime de moeda falsa. Quase todos terminam por condenar o réu como incurso no §1º, o que é resultado, a nosso ver, não de um erro no tratamento penal do acusado, mas de um equivocada tratamento **processual** do mesmo, principalmente, no que se refere à distribuição do ônus probatório entre acusação e defesa, na demonstração da boa ou da má-fé, como adiante veremos.

4. Diferença entra a boa e a má-fé nos crimes de introduzir e de restituir moeda falsa em circulação

Vimos que a conduta geral de “colocar moeda falsa em circulação” tem, portanto, duas previsões penais específicas e, portanto, distintas: a da parte final do §1º do art. 289 do CP (introduzir) e a do §2º (restituir) do mesmo artigo. Quais seriam, então, a diferenças essenciais entre elas?

A primeira diferença diz respeito ao uso do verbo nuclear “introduzir” no §1º e “restituir” no §2º e que, apesar da aparente semelhança, posto que ambas importam na colocação da moeda falsa em circulação, possuem diferenças muito significativas, evidenciadas, de plano, pelas respectivas penas cominadas (reclusão de 3 a 12 anos e detenção de 6 meses a 2 anos, respectivamente).

Introdução significa inauguração, começo, entrada e, portanto, criminaliza a conduta daquele que foi, em tese, o **primeiro** a colocar aquela cédula falsa (ou conjunto delas) no meio circulante. Já o ato de “restituir” pressupõe que a moeda falsa utilizada já havia sido inserida **antes** no meio circulante, por conduta de **outrem** (conhecido ou desconhecido) que não o agente⁶⁸, sendo o contato deste com o material ilícito um acontecimento secundário e fortuito em relação à cadeia inaugural de fatos que tiveram origem nas condutas do *caput* e do §1º do art. 289 do CP: fabricação, distribuição e introdução em circulação da nota de forma interligada, consciente e dolosa.

Note-se como a conduta de “restituir” já representa uma quebra **objetiva** em relação à cadeia de produção, intermediação e introdução em circulação da moeda falsa previstas no *caput* e no §1º do art. 289, posto que não há mais ligação do agente do §2º com as condutas das fases originárias do crime mais grave. O autor da restituição é, antes de mais nada, como se

67 O STJ já chegou a reconhecer, inclusive, a proporcionalidade das penas diferenciadas desses dois tipos penais: “A redação do art. 289 do Código Penal respeita o princípio da proporcionalidade ao apenar mais severamente aquele que promove a circulação de moeda falsa para obter vantagem financeira indevida, e aplicar pena mais branda ao agente que, após receber uma cédula falsa de boa-fé, repassa-a para não sofrer prejuízo” (HC 207373/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2013).

68 PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 6. ed. volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. II, “art. 289”, item 2.3.

depreende da redação do §2º, uma vítima do processo criminosos previsto no *caput* e no §1º e que se converte em autor de um outro crime, de muito menor gravidade (menor potencial ofensivo), que é o de restituir à circulação moeda falsa, cuja falsidade vem a conhecer em momento posterior ao seu recebimento como se verdadeira fosse.

Além do mais, o apenamento idêntico (reclusão de 3 a 12 anos) das condutas previstas no *caput* e no §1º tem uma lógica de continuidade da cadeia delitiva, o que pressupõe o elemento **subjetivo** do agente no sentido de saber e querer agir dentro dessa cadeia de condutas criminosas. Quando esse elo se rompe, objetiva e subjetivamente, com a conduta da “restituição”, sem consciência da falsidade desde sua origem, rompe-se também a lógica do apenamento mais grave, culminando com o apenamento mais brando do §2º (detenção de 6 meses a 2 anos).

E é aí que entra outro ponto de suma importância na diferenciação das duas condutas penais e que diz respeito à **boa e à má-fé** do agente, no **recebimento** da moeda falsa.

Em verdade, os termos “má-fé” e “boa-fé” não são muito recorrentes no direito penal. Com efeito, o termo “boa-fé” somente consta de dois tipos penais: o §2º do art. 289 e o §4º do art. 293, ambos do CP e ambos do gênero “moeda falsa”. Já a “má-fé” não consta de nenhum outro tipo do Código Penal. Trata-se, em verdade, de institutos jurídicos muito mais afeitos ao Direito Civil, dado que o Direito Penal possui institutos próprios para caracterização da conduta típica, antijurídica e culpável, a exemplo do dolo, da culpa, do potencial conhecimento da ilicitude, da inexigibilidade de conduta diversa entre outros. Daí a dificuldade natural do operador em trabalhar com os conceitos de boa e de má-fé, no âmbito criminal.

No entanto, o termo “boa-fé” está escrito no §2º do art. 289 do CP e, por isso, é necessário trabalhar com ele. E o primeiro efeito que o uso desse termo pela lei tem é o de indicar que as condutas do §1º **pressupõem a má-fé** do agente; entre tais condutas, a de introduzir moeda falsa em circulação. Em outras palavras, a introdução em circulação pressupõe a má-fé, a restituição pressupõe a boa-fé do autor do fato.

E o que diferencia a má da boa-fé entre condutas tão semelhantes (introduzir e restituir moeda falsa à circulação)? Aquilo a que nos referimos, linhas acima, como **conhecimento prévio da origem falsificada** das notas e que é o elo de ligação entre as condutas do *caput* e do §1º do art. 289 do CP que justificam, juridicamente, a previsão inicial do §1º de aplicação das mesmas penas entre as condutas de criação da moeda falsa e as de sua distribuição e introdução em circulação.

Quem recebe a moeda falsa, com conhecimento de sua origem em um processo antecedente de falsificação, recebe-a de “má-fé”, e, portanto, age com vontade (dolo) de dar continuidade a esse processo, introduzindo-as no meio circulante. Quem, por outro lado, a recebe sem conhecimento prévio ou concomitante de sua origem contrafeita, recebe-as de “boa-fé”, pois as recebe como verdadeiras, tal como prevê o §2º do art. 289; se esse agente, por qualquer motivo, após o recebimento das notas, vem a saber de sua falsidade, não tem mais como praticar a conduta de “introduzir” em circulação (pois estas já estavam no meio circulante, antes), mas, tão somente,

de "restituir" à circulação, incorrendo, por isso, em conduta menos grave. Como já dito, o agente do §2º é uma vítima da cadeia de condutas do *caput* e do §1º que, após tomar conhecimento da falsidade, converte-se em autor de um crime; mas não do mesmo crime de que foi alvo e, sim, de um novo crime, muito menos grave, o de "restituir" o *falsum* ao meio circulante, normalmente como forma de se "livrar do prejuízo", como comumente se diz.⁶⁹

A diferença essencial está, portanto, no **dolo**, que pressupõe, além da **vontade** de praticar a conduta de colocar a moeda falsa em circulação (aspecto ínsito aos dois tipos penais: §1º e §2º), o **prévio conhecimento acerca da falsidade da nota**, tratado pela lei penal (implicitamente no §1º) como "má-fé" ou, na sua ausência, como "boa-fé" (expressamente no §2º).

Veja-se que ambas as condutas, de introduzir (§1º) e de restituir (§2º) possuem o dolo como elemento subjetivo do tipo, inexistindo modalidade culposa em qualquer deles. A diferença, porém, está nos subelementos subjetivos **consciência** e **vontade** e, especialmente, no **momento** de sua ocorrência.⁷⁰ No §1º, o agente tem consciência de que sua conduta de introduzir a moeda falsa em circulação está ligada à cadeia originária de produção e distribuição da *res delictiva* e, portanto, age voluntariamente no sentido de dar seguimento e consumação a esse processo, introduzindo-a (colocando-a de forma inaugural) no meio circulante. Já o agente do §2º não tem consciência inicial da origem contrafeita da nota, que é precisamente o que configura o recebimento de boa-fé; ademais, sequer tem como, objetivamente, praticar a conduta de introduzir a nota falsa em circulação, posto que esse ato final da cadeia de condutas do *caput*-§1º e inaugural da *res* no meio circulante já foi praticado por outrem, até que o objeto da contrafação chegasse à sua posse; por isso, a vontade do agente só pode estar dirigida à conduta da restituição.

Note-se, ainda, que a consciência da contrafação possui um momento bastante específico: o do **recebimento** das notas falsas. É neste momento, precisamente, que se pode definir se o agente está de boa ou de má-fé. Se as recebe **sabendo** previamente (ou concomitantemente) de sua falsidade, está em condições subjetivas de praticar dolosamente a conduta que eventualmente consumará o crime de *introdução* de moeda falsa em circulação. Se, por outro lado, as recebe **desconhecendo** sua falsidade, não tem mais nenhuma condição subjetiva de praticar o crime do §1, mas, tão somente, se vier a perceber a falsidade em momento posterior, de eventualmente praticar a conduta de *restituir* a moeda falsa à circulação.

Do que se conclui que o **recebimento consciente** (de má-fé) da falsidade das notas é **elemento subjetivo especial e indispensável** para a tipificação do crime do §1º, parte final, do art. 289 do CP, ou seja, do crime de **introduzir** moeda falsa em circulação. Já o crime de **restituir**, do art. 2º, pressupõe o recebimento **não consciente** da falsidade (de boa-fé), surgindo esse elemento subjetivo somente em momento **posterior ao recebimento** da nota falsa.

É, portanto, a demonstração ou não da **situação subjetiva do agente, no momento do recebimento** das notas falsas, que vai definir a capitulação penal de sua conduta posterior de

69 PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 6. ed. volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. II, "art. 289", item 2.3.

70 PRADO, 2018, vol. II, "art. 289", item 2.2.

colocá-las em circulação, sob a modalidade de introdução ou de restituição. E é aí que surge a questão central do presente trabalho: o trato que se dá à **prova** de uma ou de outra situação, do que nos ocuparemos no tópico seguinte.

5.O ônus da prova no crime de introdução de moeda falsa em circulação.

Como vimos, tanto a má-fé, implícita no §1º do art. 289 do CP, quanto a boa-fé, explícita no §2º, são **elementos subjetivos dos tipos penais** de introduzir e de restituir moeda falsa à circulação. Como elementos de fatos típicos que são, a comprovação de sua existência é sempre e inexoravelmente, um **ônus da acusação**, nos termos do art. 156, parte inicial, do CPP (redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) c/c os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa (LV), da presunção de inocência (LVII) e do sistema acusatório (art. 129, I).

De fato, em um sistema penal de estrutura acusatória, como é nosso, ao menos a partir do seu desenho constitucional⁷¹, inexistente distribuição do ônus da prova, mas integral atribuição à acusação do ônus de provar todos os elementos e circunstâncias do crime, incluindo a tipicidade do fato, sua antijuridicidade e culpabilidade.⁷² É, assim, extremamente equivocada a ideia de que à acusação incumbiria provar tão somente a materialidade e autoria do fato, cabendo à defesa comprovar as eventuais excludentes criminais.⁷³ No entanto, esse não é o foco do presente trabalho, e nem precisa ser, porquanto aqui estaremos tratando apenas de elementos do tipo e, portanto, daquilo que é uníssono na doutrina⁷⁴: que **o ônus da prova da tipicidade é, em qualquer caso, integral e exclusivo do acusador**.

Também ficou assentado que a demonstração dos elementos subjetivos dos tipos penais em questão, tratados pelo legislador como boa má-fé do agente, estão inicialmente concentrados num momento específico: o do **recebimento** das notas falsas. Assim, ao imputar a conduta de “introduzir moeda falsa em circulação”, prevista na parte final do §1º do art. 289 do CP, é indispensável que o acusador, antes de mais nada, na **denúncia**, descreva a conduta com todas as suas circunstâncias, como prevê o art. 41 do CPP, ou seja, declarando que o réu **recebeu as notas sabendo de sua falsidade**, desde antes ou ao mesmo tempo que as obteve. Sem essa imputação específica do elemento subjetivo, que é ínsito ao tipo penal, é impossível a

71 TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003. p. 166

72 GUARNIERI, José. **Las Partes en el Proceso Penal**, Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México, José M. Cajica, 1952. p. 305.

73 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p.922-931.

74 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 514; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 345; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 258; FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010. p. 757; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 592.

responsabilização pelo crime de moeda falsa em sua modalidade de “introdução” no meio circulante.

Por outro lado, se a caracterização do crime do §1º do art. 289 do CP é feita de forma correta, descrevendo o recebimento das notas pelo réu, de forma consciente e dolosa de sua falsidade desde a obtenção, então surge a necessidade de tal acusação estar acompanhada de elementos mínimos da fase investigativa que sustentem tal afirmação e que configuram a **justa causa** para o exercício da ação penal. Isso significa que, inexistindo tal lastro probatório mínimo para a deflagração do processo judicial penal, a denúncia, embora apta, não deve ser recebida, nos termos do art. 395, III, do CPP, ao menos em relação à imputação do crime de *introduzir* em circulação.

Por fim, para a condenação pelo crime do §1º, é obviamente indispensável que o órgão de **acusação produza provas** em juízo, nos termos do art. 155 do CPP, que demonstrem a veracidade de suas afirmações, ou seja, que comprovem que, **no momento do recebimento das notas falsas**, o acusado tinha plena **consciência** de que recebia o material ilícito e que, ao colocá-lo em circulação, incorreu **dolosamente** na prática do crime de introdução de moeda falsa em circulação. Se não houver nos autos prova alguma sobre a condição subjetiva do réu em relação ao conhecimento da falsidade das notas, no momento do seu recebimento, então não haverá como ser ele condenado pelo crime mais grave, devendo ser, ao menos quanto a tal imputação, absolvido por falta de provas, nos termos do art. 386, II, V ou VII, do CPP. Nesse sentido, colhe-se o seguinte exemplo da jurisprudência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CP. MATERIALIDADE COMPROVADA. DOLO NÃO CARACTERIZADO. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. 1. Para a configuração do delito previsto no art. 289, § 1º, do Código Penal faz-se necessário o pleno conhecimento da inautenticidade da moeda. 2. A materialidade delitiva está comprovada pelo laudo de exame de moeda, que atesta ser falsa a nota apreendida. 3. À míngua de provas suficientes do dolo do acusado, incide no caso o princípio in dubio pro reo, que funciona como critério de resolução da incerteza, expressão do princípio da presunção de inocência. 4. Esse entendimento também está assentado no parecer do Ministério Público Federal, o que reforça as razões de decidir. 5. Sentença absolutória mantida por seus próprios fundamentos. 6. Apelação não provida. **(ACR 00154515520044013300, desembargadora federal MONICA SIFUENTES, TRF1, Terceira Turma, e-DJF1 31/05/2017).**

Pois bem. Essas são as premissas inafastáveis relativas aos ônus processuais da acusação, se quiser processar e condenar alguém pelo crime do §1º, parte final (introduzir em circulação), do art. 289 do CP.

Mas o que pode ocorrer se o órgão acusador não descrever ou não comprovar que o acusado tinha consciência da falsidade das notas ao recebê-las, mas estiver claro que, no momento da colocação em circulação, o agente sabia dessa característica das cédulas? Nesse caso,

o máximo que se poderá imputar é a conduta do §2º, posto que, para tal tipo penal, não é necessário que o autor do fato tenha tido consciência da falsidade, desde o recebimento, mas, apenas, que tenha **adquirido tal conhecimento em momento posterior** e que, tendo tal consciência como pressuposto, pratique **voluntariamente** a conduta de **restituir** a moeda falsa à circulação.

Veja-se que, como vimos no tópico anterior, a consciência da falsidade é elemento subjetivo das duas figuras penais (introdução e restituição), **a diferença está no momento e na forma como o agente chega a tal conhecimento**. Assim, se a acusação formal contra o réu e as provas da instrução judicial somente demonstrarem sua consciência da falsidade em momento posterior ao recebimento ou, simplesmente, não houver nenhum elemento de acusação ou de prova acerca de sua condição subjetiva no ato de recebimento, o máximo que se poderá imputar-lhe é a conduta do §2º.

Se tudo isso pareceu bastante óbvio até aqui, o problema reside na interpretação diversa que é feita acerca da distribuição do ônus da prova, em processos criminais que tratam do crime de introduzir moeda falsa em circulação. Em diversos julgados adota-se a premissa de que **incumbe ao acusado comprovar que agiu de boa-fé**, para que a conduta capitulada na denúncia como concretização do crime do §1º do art. 289 do CP seja desclassificada para o §2º. Nesse sentido:

O ônus da prova do recebimento de boa-fé recai sobre o réu, segundo a jurisprudência desta 3ª Turma. 4. Inexistência de provas de que o réu tenha recebido as notas falsas de boa-fé, ônus que caberia à defesa, nos termos do art. 156, I, do CPP. Incabível a desclassificação pretendida pela defesa para o tipo penal insculpido no § 2º do art. 289 do Código Penal. **(ACR 0011221-80.2008.4.01.3800, Desembargador Federal HILTON QUEIROZ, TRF1 - Terceira Turma, e-DJF1 27/11/2019)**

Sem a prova de que a recorrente recebeu de boa-fé as notas e, depois de conhecer a falsidade, procurou reintroduzi-las à circulação apenas para evitar prejuízo, não é possível a desclassificação do crime para o § 2º do artigo 289 do Código Penal. **(Apelação criminal nº 00267836620024020000, Desembargador Federal PAULO BARATA, TRF2, Terceira Turma, data da decisão: 22/10/2002, publicação: 11/3/2003)**

Conjunto probatório comprova a autoria e o dolo indispensável para a configuração do tipo penal estampado no artigo 289, §1º, do Código Penal. Apelante assume que, mesmo após ciente da falsidade das cédulas, optou por guardá-las e, não obstante o recorrente alegue ter recebido as notas contrafeitas de boa-fé, de fato, a comprovação do quanto alegado em referência à origem das cédulas cabia ao próprio recorrente, ônus do qual o apelante não se desincumbiu. **(Apelação criminal nº**

50001583820204036114, Des. Federal JOSE MARCOS LUNARDELLI, TRF3, 11ª Turma, data da decisão: 30/04/2021, publicação: 05/05/2021)

Não se acolhe a pretensão da defesa no sentido de desclassificar a conduta do § 1º para o § 2º do art. 289 do Código Penal, sob a alegação de ter recebido de boa-fé as cédulas falsas que introduziu em circulação, quanto o réu não comprova a origem das cédulas, ônus que lhe incumbe, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. **(Apelação criminal nº 50016788720134047201, Des. Federal MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, TRF4, 7ª Turma, D.E. 25/03/2015)**

Não há provas nos autos de que o Apelante teria recebido de boa-fé a moeda que tentou introduzir em circulação. [...] A Defesa, realmente, não se desincumbiu de seu *onus probandi*, consoante previsão do art. 156 do CPP. **(Apelação criminal nº 200783000184609, Desembargador Federal MANUEL MAIA, TRF5, 2ª Turma, DJE de 22/04/2010, p. 147)**

A interpretação que imputa ao acusado e à sua defesa o ônus de comprovar sua boa-fé, parte, no entanto, de premissas equivocadas.

Primeiramente, não existe ônus de prova para a defesa relativo a elementos do tipo, sejam eles objetivos ou subjetivos, pois toda circunstância elementar do tipo, isto é, da tipicidade do fato, é ônus integral da acusação. Nesse sentido:

A prova da alegação (*onus probandi*) incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, caput). Exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (*dolo ou culpa*)⁷⁵

As decisões judiciais trazidas como exemplo parecem confundir o ônus da prova de elementos do tipo penal com o ônus da prova de excludentes de antijuridicidade ou de culpabilidade, este, ao menos segundo majoritária doutrina⁷⁶, de incumbência comprobatória da defesa. Contudo, a boa-fé do agente, no crime de restituir moeda falsa à circulação não é uma excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, mas um **elemento subjetivo expresso do tipo penal** do §2º do art. 289 do CP. Elemento esse que, ao mesmo tempo, serve como indicativo da **má-fé** implícita no §1º, parte final (introduzir em circulação) do mesmo artigo, que, como **elemento subjetivo** desse específico tipo penal, é ônus probatório da acusação a demonstração de sua existência.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 791

⁷⁶ "A maioria da doutrina, baseada no disposto no art. 156 (cuja redação não é alterada substancialmente na nova sistemática), bem como em influências de direito processual civil, afirma que o ônus da prova cabe à acusação quanto à autoria e à materialidade, cabendo ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pela acusação" (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.RB-11.12)

Assim, a demonstração da má-fé do tipo penal do §1º do art. 289 do CP, como elemento de tipicidade penal que é, revela-se claramente como ônus indispensável e intransferível da parte acusadora, inclusive para, eventualmente, afastar a aplicação do crime menos grave, que é o do §2º. Não cabe, portanto, ao acusado ou à sua defesa provar que o réu recebeu as notas falsas de boa-fé, antes de restituí-las à circulação, mas, sim, cabe à acusação comprovar que o acusado as recebeu de má-fé e que, portanto, praticou a conduta de introduzi-las em circulação, pois o recebimento consciente da falsidade é elemento subjetivo do tipo penal do §1º do art. 289 do CP.

O problema interpretativo que aqui se busca solucionar parece até advir da colocação topográfica das duas espécies penais, partindo-se da descrição inicial dos crimes mais graves (*caput* e §1º) para o menos grave (§2º). Não obstante a má técnica legislativa, o fato é que, para o intérprete da lei penal, o raciocínio sempre deve partir do crime menos para o mais grave. Desse modo, incumbe à acusação a comprovação de que o réu praticou o tipo penal básico e não apenas isso, mas também o fez com circunstâncias além do ordinário (art. 59 do CP) ou agravantes (art. 61) ou qualificadoras ou majorantes da pena (art. 68). Enfim, há um escalonamento acusatório e, conseqüentemente, probatório que sempre deve partir do menos para o mais, caso contrário, chega-se à aberrante situação de **o réu ter de provar que cometeu um crime menos grave** para que possa se livrar da imputação mais grave que lhe é atribuída pela acusação, como não raro ocorre nos processos de moeda falsa.

Em situações tais que, como visto, não são poucas na jurisprudência, o réu estará diante da chamada **“prova diabólica”** de ônus probatório que beira o impossível ou, ainda que possível, de extrema dificuldade, o que não se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa (LV), da presunção de inocência (LVII) e do sistema acusatório (art. 123, I).

Não bastasse a distribuição consagrada do ônus da prova da tipicidade à parte acusadora, a partir da incidência de princípios basilares do direito processual penal constitucional, temos ainda a incidência de um princípio geral de direito plenamente aplicável ao nosso caso: **a presunção de boa-fé.**

Segundo este milenar brocardo, **“a boa-fé não se prova, se presume”**, logo, **o ônus de comprovar a sua ausência é sempre de quem alega**, ou seja, **de quem alega a existência de má-fé**. Nesse sentido: “A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova” (STJ - REsp: 956943 PR 2007/0124251-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, data de Julgamento: 20/08/2014, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 01/12/2014).

Trata-se, em verdade, de preceito normalmente invocado no âmbito civil, mas, dada a sua natureza de **princípio geral de direito**, plenamente aplicável ao direito penal material e

processual (art. 3º do CPP), dado que estamos falando de **boa-fé subjetiva**, única modalidade que se coaduna com a responsabilidade criminal que também é **sempre subjetiva**.⁷⁷

Se no âmbito civil, a boa-fé é presumida, seja na relação entre particulares (direito privado), seja na relação entre o cidadão e o Estado (direito público), com muito mais razão também deve ser presumida a boa-fé do réu, em um contexto de persecução penal, dadas as especialíssimas e fundamentais garantias que regem o processo penal; entre elas há uma que mais eleva o potencial protetor da presunção de boa-fé: **a garantia de presunção de inocência, prevista no art. 5º, LXVII, da CF**. Assim, se a presunção de boa-fé já tem força suficiente para dar a quem alega sua ausência o ônus total de comprovar a existência da má-fé, no âmbito penal aquela presunção ganha um impulso extra e ainda mais poderoso que o inicial, posto que possuidor de **assento constitucional como garantir fundamental e cláusula pétrea** (art. 60, §4º, da CF). Trata-se, portanto, de uma “superpresunção” de boa-fé a que tem incidência no âmbito criminal.

No caso do processo penal, esse **presunção qualificada de boa-fé** – efetivada pela conjugação da presunção de boa-fé com a presunção de inocência – tem especial efeito sobre o ônus probatório, na medida em que retira do acusado o ônus de qualquer prova de sua boa-fé ou inocência, transferindo, de forma integral e irreversível, o ônus de provar o contrário, ou seja, a má-fé ou a culpa do réu (*latu sensu*), à parte **acusadora**. Por isso, há que se concluir, inexoravelmente, que o ônus da prova da má-fé, enquanto elemento de tipicidade do tipo penal do §1º do art. 289 do CP e, conseqüentemente da ausência de boa-fé para afastamento da hipótese do §2º, é **sempre do órgão de acusação, nunca do réu**.

Desse modo, por qualquer ângulo que se mire a questão do ônus probatório do crime de moeda falsa – seja pelo da comprovação das elementares do tipo (tipicidade penal), seja pelo da comprovação da existência da má-fé ou da ausência de boa-fé – este sempre irá recair sobre a parte acusadora, o Estado, na figura do órgão titular da ação penal, o Ministério Público. Qualquer interpretação em sentido contrário, malferirá princípios fundamentais de direito, com assento constitucional em cláusulas pétreas, de modo que a única exegese compatível é a de que a presunção que se pode atribuir ao acusado é a de sua boa-fé e de sua inocência e que o afastamento dessas pressupõe imputação correta e prova robusta por parte de quem acusa, não se podendo exigir, jamais, que o réu tenha de comprovar a sua boa-fé para ser processado e julgado pelo crime menos grave, no nosso caso, o do §2º do art. 289 do CP.

CONCLUSÃO

O crime de moeda falsa (art. 289 do CP) é um crime de múltiplas condutas, das quais destacamos duas para análise no presente trabalho: a de introduzir cédulas falsas em circulação (§1º) e a de restituir cédulas falsas à circulação (§2º).

Como vimos, são atos com bastante similitude na aparência externa, dado que ambos terminam por colocar moeda falsa em circulação, mas cujos apenamentos muito

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: Parte geral - arts. 1º a 120. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, v. 1, p. 132-133.

diferenciados – reclusão de 3 a 12 anos para a conduta de introduzir e detenção de 6 meses a 2 anos para a conduta de restituir – evidenciam que se trata de crimes de reprovabilidade e natureza deveras distintas. Com efeito, o crime de introdução pressupõe sua ligação com os graves crimes que dão origem à toda a cadeia produtiva e distributiva das notas falsas, enquanto o de simples restituição pressupõe a quebra objetiva do agente com essa cadeia, colocando-a inicialmente como vítima dela, e subjetivamente como praticante de conduta volitiva diversa e de menor potencial ofensivo. Daí a necessidade de sua diferenciação mais acurada, como forma de evitar equívocos na aplicação da lei penal.

Percebemos que os fatores diferenciadores mais significativos residem nos elementos subjetivos de cada tipo penal e que, entre esses, a consciência ou conhecimento da falsidade das notas é o mais importante. Em que pese ambos os crimes exijam essa consciência como pressuposto subjetivo da tipicidade, o momento de concretização do conhecimento da falsidade das cédulas é crucial para a distinção das figuras penais. Nesse ponto, verificamos que a conduta de introduzir em circulação pressupõe consciência da falsidade anterior ou concomitante ao recebimento das notas falsas, o que configura a “má-fé” do agente desde o seu primeiro contato com o objeto do crime. De outro lado, a conduta de restituir pressupõe a aquisição desse conhecimento em momento posterior, com o crime de introdução já consumado anteriormente por outra pessoa, o que torna aquele recebimento inicial das notas um recebimento de “boa-fé” e a sua (re)colocação em circulação um ato de restituição, jamais de introdução.

Com isso, demonstramos também a extrema relevância da demonstração do momento em que a falsidade do objeto chegou ao conhecimento do acusado, circunstância que dialoga diretamente com o instituto da prova no processo penal e os ônus atribuídos constitucionalmente ao Estado acusador.

Relembramos que os elementos subjetivos, no sistema finalista da ação, adotado pelo nosso Código Penal, integram o tipo penal e que, por isso, a comprovação de sua existência se insere, de forma exclusiva e intransferível, no ônus probatório da acusação. Na sequência, conjugamos essas premissas com o fato de que a consciência prévia (ou concomitante) ao recebimento das notas acerca de sua falsidade é elemento subjetivo exclusivo da conduta de introduzir moeda falsa em circulação, somente amoldando-se, por isso, ao §1º do art. 289 do CP, jamais ao §2º, que pressupõe conhecimento posterior ao recebimento. Logo, como elemento subjetivo do tipo penal do §1º, incumbiria integral e exclusivamente à acusação tanto imputar expressamente na denúncia, quanto apresentar elementos probatórios suficientes de sua existência para a possibilidade de processamento e condenação pelo crime mais grave, o do §1º, em detrimento do menos grave, do §2º.

Vimos, também, que por esses mesmos pressupostos, é ilícito exigir do acusado ou de sua defesa a comprovação da inexistência de má-fé ou o seu oposto, a existência de boa-fé, especialmente considerando-se o princípio geral de direito da presunção de boa-fé, fortalecido pelos princípios e garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da ampla defesa, da presunção de inocência do sistema acusatório, todo com assento constitucional em cláusulas pétreas.

Com isso, concluímos que qualquer interpretação em sentido contrário, malferesse esses princípios fundamentais de direito criminal, de modo que a única exegese compatível é a de que a presunção que se pode atribuir ao acusado é a de sua boa-fé e de sua inocência e que o afastamento dessas pressupõe imputação correta e prova robusta por parte de quem acusa, não se podendo exigir, jamais, que o réu tenha de comprovar a sua boa-fé para ser processado e julgado pelo crime menos grave, no nosso caso, o do §2º do art. 289 do CP.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte geral - arts. 1º a 120**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal** [livro eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

GUARNIERI, José. **Las Partes en el Proceso Penal**, Trad. Constancio Bernaldo de Quirós. México, José M. Cajica, 1952.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 15. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** [livro eletrônico]. 6. ed. volume II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, vol. II.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COMO DEFINIR SE UMA OPERAÇÃO SERÁ TRIBUTADA PELO ISS OU ICMS?

RAYSNARA ADRIANA DE MENEZES BARBOSA:

Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

FERNANDA MATOS F. DE O. JURUBEBA⁷⁸

(coautora)

RESUMO: A pesquisa sobre como uma operação será tributada pelo ISS (imposto sobre serviços) ou pelo ICMS (Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e de prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) se dá pela necessidade de poder explicitar os motivos que ocorrem no dia a dia envolvendo conflitos de tributação, ou seja, as dúvidas relacionadas a qual desses tributos incidirá uma vez realizado o fator gerador. O tributo, sendo uma obrigação pecuniária, cobrado pela Administração Pública por meio de atividade administrativa plenamente vinculada, está presente em todas as ações envolvendo compra e venda de mercadorias, compra e venda de móveis e imóveis, bem como em tomadas de serviços sejam elas simples e/ou complexos, em transações pecuniárias, dentre outros. Sabe-se que o Brasil, país emergente, tem uma sobrecarga de tributos expressiva e muitas vezes sugere que o cidadão contribuinte é a sua principal fonte mantenedora. Para tanto, deve-se sempre destacar qual o papel, qual a finalidade do direito tributário, os seus conceitos, expor seus princípios e suas regras, buscando sempre evitar os conflitos de interesse que podem surgir entre a União, os Estados e os municípios, coibindo, desta forma, a chamada bitributação do contribuinte. Os conflitos ávidos do fato gerador entre ISS e ICMS são bastante discutidos nos tribunais. Exalta-se que existem posicionamentos judiciais que geram decisões as quais impactam diretamente na incidência do tributo e também na competência da tributação pelo ente público.

Palavras-chave: Tributo. ISS. ICMS.

ABSTRACT: The research on how an operation will be taxed by the ISS (tax on services) or by the ICMS (Tax on operations related to the circulation of goods and the provision of interstate and intermunicipal transport and communication services) is based on the need to be able to explain the reasons that occur on a daily basis involving taxation conflicts, that is, the doubts related to which of these taxes will be the generating factor. The tax, being a pecuniary obligation, levied by the Public Administration through fully linked administrative activity, is present in our daily lives in

78 Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA). Professora de Direito Tributário da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Assessora Jurídica de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

all actions involving the purchase and sale of goods, purchase and sale of furniture and real estate, as well as in services, whether simple and/or complex, in pecuniary transactions, among others. It is known that Brazil, an emerging country, has a significant tax burden, which places the taxpayer as its main source of support. Therefore, one must always highlight the role and purpose of tax law, its concepts, expose its principles and rules, always seeking to avoid conflicts of interest that may arise between the Union, the States and the municipalities, thus curbing the so-called double taxation of the taxpayer. The avid conflicts of the taxable event between ISS and ICMS are widely discussed in the courts. It is highlighted that there are judicial

positions that generate decisions that directly impact the incidence of the tax and also the competence of taxation by the public entity.

Keywords: Tribute, ISS e ICMS.

INTRODUÇÃO

Com o passar do tempo, o Direito tornou-se muito importante para a convivência social, pois é o que regula os mais variados aspectos dessa comunhão interpessoal, tendo em vista que nele são instituídos princípios e valores de uma sociedade, de um povo e, também, diretivas adequadas ao controle e a organização da vida na sociedade.

O estado, por sua vez, precisa de recursos financeiros para materializar tais direitos sociais. Assim, para obter os referidos recursos, utiliza-se do seu poder de tributar para criar e exigir exações, dentre elas, os impostos. Grifa-se que a instituição de um tributo deve ocorrer por meio de lei, obedecendo assim ao princípio da legalidade tributária.

Ao instituir um tributo, a norma traz de modo abstrato a hipótese de incidência, que nada mais é do que a previsão de uma possível ocorrência de determinado fato. Por conseguinte, ocorrendo essa materialização da hipótese de incidência nasce o fator gerador, ou seja, quando efetivamente se concretiza a hipótese de incidência.

Esta pesquisa discorre sobre os principais elementos da relação jurídica tributária, como breves apontamentos acerca do poder de tributar do estado, da conceituação e da função dos princípios tributários, das imunidades tributárias e espécies tributárias, com foco restrito aos lineamentos do imposto sobre serviços (ISS) e do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), analisando o fato gerador e os apontamentos doutrinários.

O presente artigo científico está pautado em um estudo bibliográfico com fundamentos doutrinários de vários autores, bem como em artigos jurídicos em meio eletrônico. Ainda, este trabalho, buscará demonstrar através de citação da legislação e da jurisprudência, somada a importantes apontamentos doutrinários, o conflito relacionado entre o fato gerador do ISS e ICMS.

2 O PODER DE TRIBUTAR E SUAS LIMITAÇÕES

Com o desenvolvimento do Estado Social de Direito houve uma tendência no sentido de ampliar os limites para o exercício do poder de tributar. A busca pela diminuição das desigualdades sociais levou o Estado a intervir tanto na ordem econômica como na ordem social com o intuito de prover uma maior igualdade entre os povos desfavorecidos.

Por ser algo invasivo, que adentra a esfera econômica do indivíduo, muitos problemas surgiram, como relata o autor Leandro Paulsen:

Os problemas relacionados à tributação, desde cedo, despertaram a necessidade de compatibilização da arrecadação com o respeito à liberdade e ao patrimônio dos contribuintes. Por envolver imposição, poder, autoridade, a tributação deu ensejo a muitos excessos e arbitrariedades ao longo da história. Muitas vezes foi sentida como simples confisco. Não raramente, a cobrança de tributos envolveu violência, constrangimentos, restrição a direitos. (PAULSEN, 2021, p.17).

O autor explica, ainda, que por conta desses fatos, muitos movimentos surgiram pela preservação da propriedade e da liberdade e também pela participação nas decisões estatais. Com o tempo, a sociedade pôde mudar a forma de ver a tributação.

No Brasil, a contribuição tributária, existe e é cobrada desde as primeiras Constituições Federais. Já na Carta de 1924, podia-se perceber a separação da Fazenda Pública Nacional da Fazenda do Imperador, bem como a atribuição à Assembleia Geral do poder de fixar as despesas públicas e repartir a contribuição direta (PAULSEN, 2021).

É importante frisar que só foram incluídas normas pertinentes ao Sistema Tributário Nacional, no que tange à divisão e organização das competências tributárias, bem como vedações ao poder de tributar, a partir da Carta Magna de 1967 (CORREIA NETO, 2017).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, nasceu um Estado democrático fiscal, ou seja, um Estado voltado para sociedade brasileira, a qual desde então, tenta proporcionar certa "liberdade" ao indivíduo, como pontua Ricardo Torres:

O poder de tributar se vincula essencialmente à liberdade. Do seu exercício depende a liberdade individual, pois o tributo é o preço da liberdade econômica. Mas, ao mesmo tempo, implica a perda de uma parcela da liberdade, por incidir sobre os frutos do patrimônio e do trabalho, manifestações essenciais da liberdade e dos direitos fundamentais (TORRES, 2004, p.04).

O Estado voltado para sociedade brasileira pode ser vislumbrado quando em precedência os Direitos fundamentais (PAULSEN, 2021). Isso pode ser percebido logo no início da Carta Magna que versa sobre os Direitos fundamentais e sociais, na qual o indivíduo fica em evidência para o Estado, justificando, assim, a tributação em função do seu desígnio.

2.1 O poder de tributar do estado

Tem-se que o Estado é formado, ou seja, prevista a sua estrutura básica no Texto Constitucional, que previu poderes, fixou competências, discriminou e estatuiu os direitos e as garantias das pessoas, protegendo a sociedade como um todo, tudo isso concedido pelo povo, conforme descrito no artigo 1º, parágrafo único da Carta Maior. Para que o Estado desenvolva seu papel diante de um povo, é primordial a incidência tributária, ou melhor dizendo, é condição inafastável, tendo em vista todo o escopo institucional necessário para assegurar a liberdade, a segurança, a saúde, a propriedade, erradicar a hipossuficiência dos mais necessitados, ou seja, é o bojo de um Estado democrático de direito, social e tributário (COELHO, 2022).

Frisa-se que a tributação em um Estado democrático de direito não é unicamente voltada aos direitos humanos, ela afeta todos os segmentos do discurso jurídico, especialmente às normas protetivas do contribuinte contra o fisco, conforme discorre o autor Celso de Barros:

Afora o aspecto retórico, a afirmação dos direitos e garantias individuais em matéria tributária implica reforçar as restrições impostas pelo constituinte ao legislador, no que se refere ao exercício da competência tributária. Sim, porque, além de destacar a posição do contribuinte, que faz jus a direito "reflexo", diante da norma de limitação ao poder tributário, a compreensão de tais direitos individuais como "fundamentais" confere-lhes outro status jurídico (CORREIA NETO, 2017, p. 283).

Pode-se enfatizar que em um Estado democrático de Direito os poderes são separados para que não haja a concentração centralizada numa única pessoa, no intuito de evitar abusos. Portanto, a Carta Maior do Brasil trouxe em seu artigo segundo que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

Ao Poder Legislativo foi conferido o exercício de criação das leis, dentre elas as tributárias, ao Executivo é confiado o dever de aplicação dessas leis, e ao Poder Judiciário se reservaram as resoluções dos conflitos que porventura advenham das aplicações dessas regras.

A organização política estatal de um ente federado tem o poder de tributar instituído na própria Constituição devendo, então, repartir de forma justa entre todas as pessoas políticas que coexistir nesta federação (COELHO, 2022). A própria Constituição apresenta no Capítulo do Sistema Tributário a divisão das competências tributárias no Estado, como cita Sacha Calmon.

Verifica-se que várias são as pessoas políticas exercentes do poder de tributar e, pois, titulares de competências impositivas: a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Entre eles será repartido o poder de tributar. Todos recebem diretamente da Constituição, expressão da vontade geral, as suas respectivas parcelas de competência e, exercendo-as, obtêm as receitas necessárias à consecução dos fins institucionais em função dos quais existem (discriminação de rendas tributárias). O poder de tributar originariamente uno por vontade do povo (Estado Democrático de Direito) é dividido entre as pessoas políticas que formam a Federação (COELHO, 2021, p.42).

Como visto, a contribuição tributária, fonte primordial do custeio das despesas estatais, é uma obrigação necessária relativa a todos os integrantes da sociedade, tendo em vista que estes são os mantenedores diretos, responsáveis pela existência, bem como pelo funcionamento de toda máquina pública em consonância com a Constituição (PAULSEN, 2021).

2.2 Limitações ao poder de tributar

As limitações ao poder de tributar sempre estiveram presentes, desde as primeiras Constituições Brasileiras, buscando prezar pelo limite nas cobranças, bem como pela regulação de seu exercício. Atualmente, pode-se verificar na Carta Magna uma seção própria e enumerativa das limitações ao Poder de tributar do Estado, a qual estabelece uma rígida discriminação de competência tributária entre os entes estatais (CORREIA NETO, 2017).

Leandro Paulsen esclarece que há limitações que configuram normas negativas de competência tributária, citando as imunidades genéricas de impostos; e também outras que estabelecem cláusulas fundamentais ao exercício da tributação, preservando-se a segurança jurídica, a unidade da federação a igualdade e as garantias individuais.

O que seria essa norma negativa de competência tributária? Como esclarece Ricardo Lobo seria um impedimento ao Estado de criar tributos acerca dos exercícios da liberdade ou sobre bens ou coisas imperativa à manifestação da liberdade, *in verbis*:

Imunidade é intributabilidade, impossibilidade de o Estado criar tributos sobre o exercício dos direitos da liberdade, incompetência absoluta para decretar impostos sobre bens ou coisas indispensáveis à manifestação da liberdade, não-incidência ditada pelos direitos humanos e absolutos anteriores ao pacto constitucional (TORRES, 2005, p. 8)

E as cláusulas fundamentais ao exercício da tributação? Tem-se, aí, uma prerrogativa solene tutelar constituída pelo próprio poder do Estado como concretização de direito e garantias individuais, e também para a preservação da forma federativa do Estado.

As cláusulas podem seguir duas correntes, a principiológica que vincula o legislador infraconstitucional, o Judiciário e a administração; e as institucionais ou processuais que tem a ver com as instituições como o Judiciário, Ministério Público, Banco Central, bem como as ações que instrumentalizam competência constitucional ou infraconstitucional como controle do exercício do poder de tributar (TORRES, 2005).

O intuito das limitações ao poder de tributar, como afirma Leandro Paulsen, diz respeito à preservação da segurança, da justiça, da liberdade e da forma federativa do Estado. A promoção da segurança Jurídica se dá pelas garantias da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade.

2.2.1 Competência Tributária

É imperioso destacar que o Direito Tributário é apenas uma parte do Direito financeiro, o qual compreende às receitas coativas, que representam os tributos, as penas pecuniárias e os empréstimos forçados, com exclusão das demais (BALEIRO, 2018).

No artigo 145 da CF/1988, foi atribuída a Competência tributária à União, aos Estados, bem como aos municípios e ao Distrito Federal (estes são os conhecidos entes políticos do Estado), frise-se que a competência tributária, pertinente a cada ente federativo, só poderá ser instituída por uma das normas concessivas de competência tributária, que não podem ser usurpadas. A título de informação, a matéria é regulada também no Código Tributário Nacional, dos artigos 6º ao 8º (BRASIL, 1988).

A competência tributária não deve ser confundida com a função fiscal. A competência é uma parcela do poder fiscal indelegável, enquanto as atribuições de fiscalização e arrecadação dos tributos são delegáveis, implicando apenas na transferência/compartilhamento da titularidade ativa, ou apenas de atribuições administrativas, podendo, portanto, serem revogadas a qualquer tempo por ato unilateral pela pessoa jurídica que a tenha conferido, conforme o artigo 7º, do CTN. Outro ponto de destaque são as diversidades entre a competência tributária e as repartições das receitas tributárias, pois ao ente político que detém a competência para instituir determinado tributo, nem sempre é garantido a totalidade daquilo que é arrecadado, tendo em vista que há normas constitucionais que asseguram aos Estados e aos Municípios, a participação de arrecadação nos impostos federais, bem como aos Municípios a participação nos impostos Estaduais (PAULSEN, 2021).

Destrinchando um pouco mais os artigos referentes a competência tributária, a Carta Maior em seus artigos 153 e seguintes, fala sobre a competência da União, que para quem são reservados os seguintes tributos: Imposto de importação, Imposto de exportação, Imposto de Renda, Imposto

sobre Produtos Industrializados, Imposto sobre Operações Financeiras, Imposto sobre Propriedade Territorial Rural, Imposto sobre Grandes Fortunas, Imposto extraordinário (nos casos de guerra), empréstimo compulsório, imposto residuais, contribuições especiais, contribuição para o custeio do regime previdenciário de seus servidores públicos, taxas e contribuições de melhoria, além desses através de lei ordinária, a União poderá criar outros tipos de tributos (BRASIL, 1988).

Aos Estados e ao Distrito Federal foi estabelecida a competência tributária relacionada no artigo 155, da Carta Maior, que alista os seguintes tributos: Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, Contribuição para o custeio do regime previdenciário de seus servidores públicos, taxas e contribuições de melhoria.

Seguindo, no artigo 156, da CF/1988, tem-se a competência tributária reservada aos Municípios, a qual destinam os tributos relativos ao Imposto Predial e Territorial Urbano, Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza, Contribuição para o custeio do regime previdenciário de seus servidores públicos, contribuição para o serviço de iluminação pública, taxas e contribuições de melhoria.

2.2.2 Princípios Constitucionais Tributários

As normas jurídicas podem ser divididas em regras e princípios. As regras, são as que ajustam as normas de condutas, que determinam ou proíbem que algo seja feito, ao passo que podem ser acatadas ou infringidas. Quando há conflitos de regras, é verificada a validade e a aplicação de cada uma delas pelos critérios cronológicos ou de especialidade.

Tais preceitos, por sua vez, indicam os valores a serem atribuídos, impondo a identificação da conduta devida a cada caso concreto, conforme as peculiaridades. Em caso de atrito, são analisadas as soluções que buscam contemplar o todo em relação a eles, optando por aquela que tiver mais eficiência em face das circunstâncias específicas sob apreciação. Já os princípios podem ser designados como normas de otimização, que são dotados de maior grau de abstração e servem para orientar o aplicador do Direito quando da análise e interpretação das regras e dos próprios princípios, em consonância com a sua validade e aplicabilidade (PAULSEN, 2021).

A Constituição Federal previu uma série de princípios constitucionais tributários que trazem mandamentos cogentes que devem ser observados e constituem limitações ao poder estatal de tributar e, de outro lado, garantias aos contribuintes.

2.2.3 Imunidades Tributárias

A imunidades, que também constituem limitação ao poder de tributar, representam normas negativas de competência (proibitivas) e buscam proteger determinado valor caro ao constituinte.

São garantias fundamentais. Leandro Paulsen pontua que as imunidades tributárias têm o escopo de proteção aos direitos fundamentais, como descrito abaixo:

As regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos ou de outras demonstrações de riqueza, negando, portanto, competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias. Isso porque tornam imunes à tributação as pessoas ou base econômicas nelas referidas relativamente aos tributos que a própria regra constitucional negativa de competência específica [...]

Também podem ser percebidas e consideradas como garantias fundamentais quando estabelecidas com o escopo de proteger direitos fundamentais como o da liberdade de crença (imunidade dos templos) ou da manifestação do pensamento (imunidade dos livros). Tais imunidades compõem o estatuto jurídico-constitucional de tais garantias fundamentais, de modo que as integram.

A importância de tomar uma imunidade como garantia fundamental está em lhe atribuir a condição de cláusula pétrea inerente aos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 60, § 4o, da Constituição Federal. (PAULSEN, 2021, p. 83).

Importante destacar que em relação a aplicação das imunidades tributárias, as normas negativas de competência são autoaplicáveis, porém há aquelas que exigem regulamentação quando seu texto remete expressamente às condições e aos requisitos estabelecidos em lei.

Em relação às imunidades recíprocas, este é princípio garantidor da Federação, não podendo ser afrontado sequer pelo Poder Constituinte Derivado (PAULSEN, 2021), e impede que os entes políticos cobrem impostos uns dos outros, bem como de suas autarquias e fundações (BRASIL, 1988). Sobre a matéria, Leandro Paulsen:

A imunidade se dá em função das atividades típicas dos entes políticos, de modo que não se aplica a eventuais atividades econômicas realizadas em regime de livre concorrência, regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente-comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel. (PAULSEN, 2021, p.114).

Há outras imunidades, como a dos templos de qualquer culto, que abrange as diversas formas de expressão da religiosidade nos templos onde se realizem os respectivos cultos; as imunidades dos partidos políticos, dos sindicatos, das entidades educacionais e assistenciais sem

fins lucrativos, que são estabelecidos no artigo 150, inc. VI, alínea "c", da Constituição Federal. Imunidades relativas aos livros, jornais, periódicos e do papel para a sua impressão, previstos no 150, inc. VI, alínea "d". As imunidades destinadas às entidades beneficentes de assistência social às contribuições de seguridade social, prevista no art. 195, parágrafo 7º, da CF/88.

Imunidades, estabelecidas pela emenda constitucional nº 75/2013, que tratam sobre os fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros; entre outras esparsas no texto constitucional que merecem estudo específico aprofundado. Entrementes, considerando que as imunidades não são o escopo deste estudo, mas apenas exemplificação de limitação ao poder de tributar, passa-se ao estudo das espécies tributárias.

2.3 ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

A reforma tributária instituída pela Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, deu início a um procedimento tributário independente, estabelecendo normas gerais de gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar (BRASIL, 1966).

O tributo é uma prestação pecuniária compulsória, seja ela em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º, CTN). A natureza jurídica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la, a denominação e demais características formais adotadas pela lei; e a destinação legal do produto da sua arrecadação, em consonância com o art. 4º, CTN, com a devida ressalva com relação às contribuições.

Disciplinado pelo artigo 145, inciso I, da CF/88 e também no art. 16 do CTN, o Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte, com a finalidade meramente fiscal e arrecadatória, ou excepcionalmente extrafiscal.

A Carta Maior brasileira demonstra predicados intrínsecos e aponta o regime jurídico específico das espécies tributárias, definindo uns por distintivos atinentes à estrutura, outros por distintivos ligados à função e outros por aspectos de regime jurídico alheios, quais sejam: as taxas, os impostos, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições. Grifa-se que é critério formidável a destinação e a finalidade das espécies tributárias, por constituir critério de validação constitucional (PAULSEN, 2021).

As classificações dos tributos são feitas da seguinte forma: Primeiramente, os impostos, previstos nos artigos 153, 155 e 156, da Constituição, que indicam bases econômicas relacionadas exclusivamente aos contribuintes, como a aquisição de renda, a circulação de mercadorias, a

propriedade predial e territorial urbana, ou seja, são tributos que incidem necessariamente sobre revelações de riqueza do contribuinte, como menciona Leandro Paulsen.

As taxas, previstas no artigo 145, inciso II, da Carta Maior. Ora, o interesse público impõe ao Estado que exerça o poder de polícia administrativa e que preste determinados serviços, ou seja, as taxas “tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.” (PAULSEN, 2021, p.41).

A contribuição de melhoria, prevista no artigo 145 da CF/88 e também no artigo 81 do CTN, pode ser instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado. (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília)

Em relação ao empréstimo compulsório, regulado pelo artigo 148, da Constituição, pode-se afirmar que são tributos cujo critério de validação constitucional está na sua finalidade, quais são: gerar recursos para fazer frente a uma situação de calamidade ou guerra externa ou para investimento nacional relevante e urgente (BRASIL, 1988).

Por fim, tem-se as contribuições, também conhecidas como contribuições especiais, que, conforme os dizeres de Leandro Paulsen, não são dimensionadas por critérios comutativos, mas por critérios distributivos, os quais podem variar conforme a capacidade contributiva de cada pessoa. Regulada pelo artigo 149, da Carta Magna, pode-se depreender quatro finalidades as quais autorizam a sua instituição, sendo sociais, as de intervenção no domínio econômico, as do interesse de categorias profissionais ou econômicas e as de iluminação pública (BRASIL, 1988).

3 LINEAMENTOS DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) E DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO (ICMS)

3.1 Aspectos do ISS: material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo

O imposto sobre serviço de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador da obrigação tributária principal, a prestação de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar que dispõe sobre o ISS, mesmo que tais serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador (BRASIL, 2003).

O fato gerador pode ser compreendido em dois campos, sendo o primeiro abstrato da norma descritiva do ato ou do fato, e o segundo a concretização daquele ato ou fato descrito. Ainda, o fato gerador pode ser instantâneo, que consiste em um único ato ou fato; continuado, que se concretiza ao passar certo tempo; e complexo, em que o fato gerador se entrelaça atos e atividades (HARADA, 2014).

Ressalta-se que, conforme a hipótese de incidência do ISS, estabelecido na Constituição, bem como na lei complementar 116/2003 que o imposto não é devido quando o serviço é prestado na condição de subordinação (v.g., relação de emprego); quando o serviço for prestado para o exterior do país; e ainda, que o mesmo não incidirá sobre os valores intermediados no mercado financeiro e depósitos bancários (BRASIL, 1988).

O imposto sobre serviço só pode incidir sobre a efetiva prestação de serviço. Vale esclarecer que se entende por prestação de serviço o produto de esforço humano que se apresenta sob forma de bem imaterial, ou no caso de implicar utilização de material preserve a sua natureza no sentido de expressar uma obrigação de fazer, isto é, ter como objeto da prestação a própria atividade (PAULSEN; MELO, 2021).

O fato gerador do ISS se materializa no local da ocorrência do fato tipificado na lei tributária, situação em que gera a obrigação tributária. Tal aspecto resulta do princípio da territorialidade, que se define qual a legislação aplicável. O CTN regula a eficácia territorial em seu artigo 10, nos seguintes termos:

Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União. (BRASIL, CTN)

Conforme o artigo 119, do CTN: “o sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento”, sendo assim, o sujeito ativo do ISS é o município, o Distrito Federal, e ainda, a União em Territórios Federais em que não for dividido em Municípios (BRASIL, 1988).

Incontinente, o sujeito (natural ou jurídico) passivo do ISS é o devedor da obrigação tributária, ou seja, a quem tem obrigação de pagar o tributo (art. 121, CTN). Ainda, o parágrafo único artigo 121, CTN, estabelece que o sujeito passivo da obrigação é o “contribuinte”, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador e o “responsável”, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Ao longo do processo administrativo para o lançamento tributário, após a verificação de 03 (três) critérios (ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, identificação do sujeito passivo e determinação da matéria tributável), calcula-se o tributo devido, que é o aspecto quantitativo do fato gerador, no qual se destacam a base de cálculo e a alíquota.

Tal aspecto está submetido ao princípio da reserva absoluta de lei formal, conforme o artigo 97, inciso IV, do CTN. Caso ocorra alteração da base de cálculo deixando o tributo mais oneroso é equiparado à majoração tributária, o que importará em ser submetido ao princípio da legalidade tributária, conforme descrito abaixo no artigo 97, inciso IV, CTN e artigo 150, inciso I, CF/88:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; (BRASIL, CTN)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; (BRASIL, CFB/88)

A incidência de um percentual sobre o preço de um serviço é regra geral, porém em casos excepcionais poderá ser tributado através de valor fixo (também chamada de tributação por alíquota fixa).

3.2 Lineamentos da lei complementar nº 116/2003

A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, trata do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS ou ISSQN, de competência dos Municípios e do Distrito Federal. Historicamente, a lei complementar é a segunda a regular o ISS, sendo que outrora era o Decreto-Lei nº 406/68 que regulamentava tal instituto.

A nova lei complementar de normas gerais alterou parte dos aspectos da hipótese de incidência os quais são classificados em material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo.

O aspecto material diz respeito à prestação dos serviços constantes na lista anexa à Lei Complementar, o que importa dizer que cada município pode incluir na definição do fato gerador a sua lista de serviços tributáveis tendo em vista que a lista da lei complementar não é autoaplicável. Também, com a não reprodução do artigo 8º do Decreto-Lei nº 406/68, o contribuinte não é mais delimitado a apenas empresa ou profissional autônomo. Se materializado ou efetuado a prestação de serviço, caracteriza-se o aspecto temporal.

Segue-se, que o sujeito ativo do imposto sobre serviço de qualquer natureza é o município, o Distrito Federal, e ainda, a União em Territórios Federais em que não for dividido em Municípios; e o sujeito passivo do ISS, é o contribuinte (art.121, parágrafo único, inciso I, do CTN), e também o responsável tributário (art.121, parágrafo único, inciso II, c/c com o art. 128 do CTN) (BRASIL, 1988).

Em relação ao aspecto espacial, foi adotado pela nova norma critério misto podendo, conforme apregoa o artigo 3º da referida lei concomitante ao artigo 102 do CTN. Ou seja, em resumo, o ISS pode ser devido no local do estabelecimento do prestador, ou onde os serviços são prestados, e ainda, na localidade do estabelecimento do tomador.

Avançando, o aspecto quantitativo do ISS é a junção da base de cálculo e alíquota. O artigo 7º da Lei complementar 116/2003 diz que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, ou seja, o preço que corresponde à efetiva prestação do serviço. A alíquota, regulada nos artigos 8º e 8º-A da lei complementar, pode ser fixa ou variável.

3.3 Aspectos do ICMS: material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo

De competência Estadual, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, está previsto na Constituição Federal no artigo 155, inciso II, a finalidade do imposto é a arrecadação.

Dentre as principais características gerais do ICMS, podem-se destacar as seguintes: fiscal, principal fonte de arrecadação dos Estados; extrafiscal, usado pelos Estados e pelo Distrito Federal como forma de controle da economia; seletivo, determina a variação da alíquota em função da essencialidade do produto; real, instituído e cobrado em virtude do fato gerador. Outrossim, não vinculado, tendo em vista que o fato gerador independe de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte; não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal (BRASIL, 1988).

Igualmente, proporcional, valor do imposto é concomitante ao do bem ou serviço que será tributado; plurifásico, por incidir em todas as etapas da circulação; e, por fim, a repartição de receita, vinte e cinco (25) por cento da arrecadação do ICMS pertencem aos municípios.

O aspecto material do ICMS tem como hipótese de incidência as operações relativas à circulação e mercadoria, bem como a prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, mesmo que a operação ou a prestação seja iniciada no exterior. Frisa-se que o Estado é o sujeito ativo (no qual se verificar a hipótese de incidência) e o contribuinte, qualquer pessoa física ou jurídica, o sujeito passivo. Ainda, um terceiro atuará como responsável tributário de ICMS quando a lei a ele atribuir a responsabilidade pelo pagamento do imposto (BRASIL, 1996).

É no aspecto espacial onde ocorre o fato gerador do ICMS, isso significa que o lugar da operação ou da prestação para os efeitos da cobrança do tributo e definição do estabelecimento responsável pode ser dividido em três hipóteses distintas, conforme descrito no artigo 11, incisos

I, II e III, da Lei Kandir. No momento em que ocorre o fato gerador, aspecto temporal, pode-se considerar o disposto no artigo 12, da Lei Complementar nº 87/1996.

A base de cálculo do ICMS (elemento quantitativo) está descrita no artigo 13 da Lei Kandir. Além disso, integram ainda a base de cálculo do referido imposto a soma total do próprio imposto, o valor correspondente a juros, seguros e outras importâncias pagas, recebidas ou debitadas, como também descontos concedidos sob condição, além do frete (CARNEIRO, 2019).

3.4 Lineamentos da lei complementar nº 87/1996 (Lei Kandir)

A Lei Complementar nº 87/1996, também conhecida como Lei Kandir, foi criada, primeiramente, com a intenção de incentivar as exportações de produtos primários do Brasil, visando melhorar o Saldo do Balanço de Pagamentos. Também se havia a necessidade de elevar os investimentos internos do país com o intuito de promover o crescimento econômico utilizando-se do ICMS (CRUZ; JUNIOR, 2019).

No ano de 2003, por força da emenda Constitucional nº 42/2003, as operações de importação foram protegidas, conforme a nova redação ao artigo 155, parágrafo 2º, inciso X, alínea "a", da CF/88, *in verbis*:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;(BRASIL, CFB/88)

Com intuito de corrigir a perda de arrecadação, o dispositivo firmou uma fórmula obrigatória de transferência da União em favor dos Estados e do Distrito Federal, de acordo com

as condições, critérios e prazos estabelecidos. Vale ressaltar, que enquanto não for editada Lei complementar para regulamentar tal repasses, o Executivo se valerá da Lei Kandir, em seu artigo 31 e anexo (editadas pela Lei Complementar 115/2002).

4 ENTRE O ISS E ICMS: ANÁLISE DO FATO GERADOR

4.1 ISS, ICMS e a jurisprudência

O presente estudo se limitará às discussões em torno dos serviços prestados concomitantes às operações de circulação de mercadoria, conhecidos como contratos mistos. Nesses, ocorre a alienação de serviços e mercadorias. Há de se frisar que apenas um tributo irá incidir sobre esse tipo de contrato, assim dizendo, ou será o ISS ou ICMS, tendo em vista que não pode haver a bitributação.

Traz-se para análise o caso que envolve farmácia de manipulação. O questionamento se baseava na preparação de objetos manipulados, e a dúvida se constituía em saber se os produtos seriam uma espécie de mercadoria, objeto de incidência do ICMS ou, por haver uma orientação profissional para que a preparação desse produto fosse para atender a necessidade de um cliente de forma individualizada/personalizada, se constituiria em um serviço, reclamando incidência do ISS.

Nesse diapasão o STF decidiu que:

EMENTA Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Direito Tributário. Incidência do ICMS ou do ISS. Operações mistas. Critério objetivo. Definição de serviço em lei complementar. Medicamentos produzidos por manipulação de fórmulas, sob encomenda, para entrega posterior ao adquirente, em caráter pessoal. Subitem 4.07 da lista anexa à LC nº 116/03. Sujeição ao ISS. Distinção em relação aos medicamentos de prateleira, ofertados ao público consumidor, os quais estão sujeitos ao ICMS. 1. A Corte tradicionalmente resolve as ambiguidades entre o ISS e o ICMS com base em critério objetivo: incide apenas o primeiro se o serviço está definido por lei complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva a utilização ou o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei; ou incide apenas o segundo se a operação de circulação de mercadorias envolver serviço não definido por aquela lei complementar. 2. O critério objetivo pode ser afastado se o legislador complementar definir como tributáveis pelo ISS serviços que, ontologicamente, não são serviços ou sempre que o fornecimento de mercadorias seja de vulto significativo e com efeito cumulativo. 3. À luz dessas diretrizes, incide o ISS (subitem 4.07 da Lista anexa à LC nº 116/06)

sobre as operações realizadas por farmácias de manipulação envolvendo o preparo e o fornecimento de medicamentos encomendados para posterior entrega aos fregueses, em caráter pessoal, para consumo; incide o ICMS sobre os medicamentos de prateleira ofertados ao público consumidor e produzidos por farmácias de manipulação. 4. Fixação da seguinte tese para o Tema nº 379 da Gestão por temas de repercussão geral: "Incide ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados por farmácias de manipulação sob encomenda. Incide ICMS sobre as operações de venda de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira." 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 605552, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020)

Assim, gerou-se a tese de que incidirá ISS sobre as operações de venda de medicamentos preparados pelas farmácias de manipulação sob encomenda e incidirá ICMS sobre as vendas de medicamentos por elas ofertados aos consumidores em prateleira.

Com efeito, a manipulação de fórmulas medicamentosas sob encomenda tem relação com a atividade do profissional, ou seja, ao invés de optar por medicamento industrializado (de prateleira), o cliente busca a fórmula e privilegia o labor do técnico farmacêutico, o que caracteriza a prestação de serviço, justificando, desta forma, a incidência do ISS.

Seguindo, outro tema bastante discutido foram os relacionados à tributação dos *softwares*, que consistia em saber qual seria a forma de tributação, se se tratava de uma mercadoria (ICMS) ou de um serviço (ISS), tendo em vista que há programas que são vendidos em larga escala e há programas vendidos de forma individual e personalizada.

O STF, deliberou sobre o assunto:

Ementa: Direito constitucional e tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Incidência de ISS ou ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programa de computador. 1. Ação direta em que se discute a validade da incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. 2. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 176.626, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (j. em 10.11.1998), declarou a impossibilidade de incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. Isso porque essa operação tem como objeto o direito de uso de bem incorpóreo insuscetível de ser incluído no conceito de mercadoria. Na mesma ocasião, porém, a Turma reconheceu a

constitucionalidade da incidência do ICMS sobre a circulação de cópias ou exemplares de programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo, os chamados softwares “de prateleira” (off the shelf). 3. Posteriormente, analisando de forma específica a legislação do Estado de São Paulo, a Primeira Turma reafirmou essa tese e concluiu que a comercialização e revenda de exemplares do corpus mechanicum da obra intelectual produzida em massa não caracterizam o licenciamento ou cessão do direito de uso da obra. Trata-se de genuínas operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS (RE 199.464, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 02.03.1999). Este entendimento também foi seguido pela Segunda Turma no RE 285.870-AgR, Rel. Min. Eros Grau, j. em 17.06.2008. 4. A jurisprudência desta Corte, no entanto, recentemente foi modificada, afastando a distinção em função do caráter customizado ou não do programa de computador. 5. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as ADIs 1.945 e 5.659 (j. em 24.02.2021), entendeu que as operações relativas ao licenciamento ou cessão do direito de uso de software, seja ele padronizado ou elaborado por encomenda, devem sofrer a incidência do ISS, e não do ICMS. Tais operações são mistas ou complexas, já que envolvem um dar e um fazer humano na concepção, desenvolvimento e manutenção dos programas, além “[d]o help desk, disponibilização de manuais, atualizações tecnológicas e outras funcionalidades previstas no contrato”. Nesse contexto, o legislador complementar buscou dirimir o conflito de competência tributária (art. 146, I, da CF), no subitem 1.05 da lista de serviços tributáveis pelo ISS anexa à Lei Complementar nº 116/2003, prevendo o “licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação”. Com isso, nos termos do entendimento atual desta Corte, essas operações não são passíveis de tributação pelo ICMS, independentemente do meio de disponibilização do programa. 6. Pedido conhecido em parte e, nessa parte, julgado procedente, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da Lei Complementar nº 87/1996 e ao art. 1º da Lei do Estado de São Paulo nº 6.374/1989, de modo a impedir a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador. 7. Modulação dos efeitos desta decisão, para atribuir eficácia ex nunc, a contar de 03.03.2021, data em que publicada a ata de julgamento das ADIs 1.945 e 5.659, ressalvadas as seguintes situações: a) as ações judiciais já ajuizadas e ainda em curso em 02.03.2021; b) as hipóteses de bitributação relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021, nas quais será devida a restituição do ICMS recolhido, respeitado o prazo prescricional, independentemente

da propositura de ação judicial até aquela data; c) as hipóteses relativas a fatos geradores ocorridos até 02.03.2021 em que não houve o recolhimento do ISS ou do ICMS, nas quais será devido o pagamento do imposto municipal, respeitados os prazos decadencial e prescricional. 8. Fixação da seguinte tese de julgamento: “É inconstitucional a incidência do ICMS sobre o licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador.”.

(ADI 5576, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 09-09-2021 PUBLIC 10-09-2021)

Por conseguinte, o STF firmou que independente de ser em larga escala (padronizado) ou personalizado (elaborado por encomenda), os programas de computador devem ser tributados por ISS, tendo em vista que o desenvolvimento, manutenção, atualizações tecnológicas dispõem de um serviço que é prestado por meio de “um dar e um fazer humano” (sic).

4.2 Apontamentos doutrinários

Os questionamentos em relação à tributação por ISS ou ICMS são bastante acalorados nos tribunais, principalmente no que se refere à natureza da atividade desempenhada, inclinando-se entre uma mera prestação de serviço ou circulação de mercadoria.

Importa destacar aqui que prestar um serviço compreende em uma obrigação de fazer (integrando as cessões de direito, prestação de trabalho e locação de bens móveis), enquanto os bens corpóreos, implica na obrigação de dar (transmissão).

Aponta-se que para haver a incidência do ISS, a prestação de serviço pode se concretizar com uma simples prestação pessoal de serviços ou por meio de uma empresa prestadora de serviços, ambas com fornecimento ou não de mercadorias (PAULSEN, 2021, p.484).

Outrossim, só é de competência municipal o que está descrito na Lei complementar, excluindo-se os serviços prestados em regime celetista (relação de emprego), em regime estatutário (públicos e prestados pelos órgãos da administração pública) e os autosserviços, o que importa dizer que a área tributável do ISS é totalmente delimitada (COELHO, 2022).

Ainda, conforme o artigo 155 da CF/88, em relação ao ICMS, a incidência se sobrepõe à circulação de mercadoria (com a transmissão de posse ou titularidade através de um ato de comércio) ou prestação de serviços interestaduais ou intermunicipais de transporte (ao cruzar limites municipais ou divisas estaduais de forma onerosa) e de comunicação (prestado de forma onerosa), ainda que iniciados no exterior.

Nessas situações em que não há certeza sobre qual vai ser a hipótese de incidência, Sacha Calmon, diz que não são propriamente conflitos de competência, mas “invasões de competência em razão da insuficiência intelectual dos relatos constitucionais pelas pessoas políticas destinatárias das regras de competência relativamente aos fatos geradores de seus tributos” (COELHO, 2022, p. 94).

A Constituição Federal, por meio do artigo 146, institui os impostos, traça suas competências, e às leis complementares, que tratam dos assuntos tributários, cumpre a missão de dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária, regulamentar as limitações constitucionais ao poder de tributar, bem como estabelecer normas gerais em matéria tributária, sem alterar, portanto, os dispositivos constitucionais (BRASIL, 1988).

5 CONCLUSÃO

Este trabalho, a partir de dois casos apreciados pela Suprema Corte, visou demonstrar como definir se uma operação será tributada pelo imposto sobre serviço de qualquer natureza ou pelo imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

Para tanto, fez-se um breve apontamento sobre os principais assuntos que norteiam o direito tributário, os quais dão sustentabilidade a base de definição da incidência dos tributos e suas competências, tendo em vista que tal matéria trata de uma obrigação pecuniária.

O tributo, sendo uma prestação pecuniária, cobrado pela Administração Pública está presente em todas as ações envolvendo compra e venda de mercadorias e também nas tomadas de serviços sejam elas simples e/ou complexas, que, como visto nas operações mistas, geram conflitos de interesse entre o Estado e Município.

Como evidenciado, ao Estado é conferido a instituição e cobrança do ICMS, que contém uma base de cálculo diversificada, possuindo três fatos geradores (mercadorias, transporte interestadual e intermunicipal e comunicação). Aos municípios, por sua vez, compete o ISS, com incidência sobre os serviços regulamentados e listados e na Lei Complementar nº 116/2003.

Como demonstrado, houve duas situações de operações mistas, nas quais se verifica a prestação de serviço juntamente com o fornecimento de mercadoria, que ensejaram um conflito de competência, causando insegurança jurídica ao contribuinte.

Ambos os casos, levados ao STF para julgamento, tiveram seus temas amplamente debatidos e analisado à luz da Constituição e das normas existentes no ordenamento brasileiro que incidem sobre matéria tributária, bem como à intensa interpretação, no intuito de pacificar o assunto conflituoso e evitar a bitributação pelos entes políticos.

As referidas análises basearam-se no fato gerador, a partir do que o Supremo Tribunal Federal extirpou as supostas dúvidas por meio de sua atividade interpretativa máxima, para se fixar que quando em exame a mera prestação de serviço (obrigação de fazer), tem-se a competência dos municípios (ISS) e quando diante da entrega de mercadoria, por se tratar de uma obrigação de dar, tem-se a competência dos Estados (ICMS).

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro CTN Comentado**. Ed. Forense – 14ª edição. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 03 jun. 2022.

_____. **Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em: 03 jun. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 19 set. 2021.

_____. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>. Acesso em: 27 jun. 2021.

CARNEIRO, Claudio. **Impostos federais, estaduais e municipais**. Saraiva Educação SA, 2017.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Grupo Gen-Editora Forense, 2022.

_____. **A experiência jurídica e a história dos homens**. 2019. Disponível em: Correio Braziliense. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/opiniao/2019/09/15/internas_opiniao,782461/a-experiencia-juridica-e-a-historia-dos-homens.shtml. Acesso em 20 set. 2021.

CRUZ, Luiz Sávio de Souza. JÚNIOR, Onofre Alves Batista. Orgs. **Desonerações de ICMS, Lei Kandir e o pacto federativo** / Luiz Sávio de Souza Cruz, Onofre Alves Batista Júnior, organizadores. – Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2019.

HARADA, Kiyoshi. **ISS–Doutrina e Prática**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Os impostos e o Estado de Direito**. São Paulo: Almedina, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

PAULSEN, Leandro; MELO, Omar Augusto L. **ISS: Constituição Federal e LC 116 Comentadas**. Editora Saraiva, 2021.

STF. **RE: Recurso Extraordinário Nº 605552**. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=conflictos%20iss%20e%20icms&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 01 de maio de 2022.

_____. **ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 556**. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=conflictos%20iss%20e%20icms&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 01 de maio de 2022.

TORRES, Ricardo Lobo. O poder de Tributar no Estado Democrático de Direito. IN: **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Barueri: Manole, p. 460-504, 2005.

ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: ESTÁGIO NÍVEL SUPERIOR

JOSLANE SOARES DE BRITO AIRES:

Graduanda do Curso de Direito pela UNICATÓLICA.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(orientador)

RESUMO: O assédio moral caracteriza uma série de humilhações em graus diferentes e de aspectos difíceis de serem denunciados devido ao medo, represálias e chantagens. A vítima muitas vezes não tem o apoio necessário nem do órgão que estagia e nem dos supervisores que os orienta. A falta de informação e legislação específica dificulta a denúncia, uma vez que a cultura machista impregnada na sociedade gera julgamentos em desfavor da vítima. O estudo é de forma exploratória, pois tem a finalidade de acrescentar conhecimentos, ampliá-los e fazer utilização com eficiência para se obter um resultado eficaz, com uma pesquisa documental e bibliográfica referente a descrição do tratamento legal sobre o assédio moral. O objetivo geral é identificar o assédio moral no âmbito do estágio supervisionado e a importância da denúncia. O Assédio Moral é um quadro que está se apresentando nas relações trabalhistas, bem como nas relações de trabalho não empregatícia, tendo como análise a relação de estágio, uma forma incorreta e desumana de obrigar o cumprimento de obrigações exageradas impostas, os maus tratos, desprezo ou marcantes mudanças psicológicas exigidas no cotidiano.

Palavras-chave: Assédio Moral; Direito; Estágio Supervisionado; Legislação Específica; OIT.

ABSTRACT: Moral harassment characterizes a series of humiliations in different degrees and aspects that are difficult to denounce due to fear, reprisals and blackmail. The victim often does not have the necessary support either from the body that is intern or from the supervisors who guide them. The lack of information and specific legislation makes it difficult to report, since the sexist culture impregnated in society generates judgments against the victim. The study is exploratory, as it aims to add knowledge, expand it and make use of it efficiently to obtain an effective result, with a documentary and bibliographic research referring to the description of the legal treatment of moral harassment. The general objective is to identify moral harassment within the scope of the supervised internship and the importance of the complaint. Moral harassment is a situation that is appearing in labor relations, as well as in non-employment labor relations, having as an analysis the internship relationship, an incorrect and inhuman way of forcing the fulfillment of imposed exaggerated obligations, mistreatment, contempt or marked psychological changes required in everyday life.

Key Words – Moral Harassment; Right; Supervised internship; Specific Legislation; OIT.

INTRODUÇÃO

Diante da evolução dos direitos e deveres dos trabalhadores, sendo eles cargos públicos, comissionados, privados, estagiários e aprendizes, tem se falado muito no que ocorre nos

bastidores de cada órgão. Um dos grandes problemas ocorridos ao longo do tempo é o assédio moral, onde ocorre a exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma recorrente e prolongada, no âmbito de suas atividades.

Sendo assédio moral um tema atual e relatado dentro da própria universidade, seria de grande importância começar a pensar o que pode ser feito para mudar ou minimizar impactos que essa prática tem na vida dos estagiários.

Ao ingressar na Universidade, o acadêmico tem como suporte do curso o estágio supervisionado, muitas vezes passando por provas em seleções concorridas a possibilidade de interação do aluno com o ambiente externo, ambientalização da teoria em prática e a socialização com profissionais qualificados.

Porém, muitas vezes esse sonho de conciliar prática com teoria torna-se um pesadelo, em alguns casos o estagiário sofre assédio moral e não consegue denunciar o agressor devido à falta de informação, ingenuidade, chantagens e opressão. É uma conduta que traz danos inimagináveis à dignidade e à integridade do indivíduo, afetando a saúde mental e psicológica e prejudicando o ambiente de trabalho.

Cada vez mais os pedidos de indenização por danos morais e/ou materiais são mais significativos dentro da responsabilidade civil, identificando os direitos e deveres impostos por lei aos trabalhadores em geral, porém pouco se sabe sobre o assédio, doutrinas que são de extrema importância, são minoria no mercado.

Diante de mudanças tão claramente significativas e por ser tema atual e delicado, várias são as dúvidas sobre o assédio moral e suas nuances acerca do constrangimento, humilhação e a melhor maneira de se resolver a situação sem que a vítima seja demitida ou exonerada do cargo em questão. As obras e artigos que analisam o tema ainda são escassas e isso dificulta a informação, bem como a denúncia ao ato.

Dada a sistemática da situação pós assédio moral ser um momento delicado e de extrema responsabilidade para quem denuncia, o assédio deve ser minuciosamente analisado a cada detalhe de informação, bem como provas e/ou testemunhas.

Embora não exista uma lei específica no Brasil que regulamente o assédio moral, a nossa Constituição Federal e o Novo Código Civil preveem indenização aos que sofrem tal dano, mesmo que esse dano seja exclusivamente moral, ou seja, o estagiário poderá entrar com uma ação de dano moral pelo assédio moral sofrido no ato educacional supervisionado.

Diante de uma temática tão complexa e delicada o maior problema está em saber: Qual o tratamento legal do assédio moral no âmbito do estágio supervisionado e como é possível, nesse contexto, promover a denúncia? Essa dúvida paira em todas as vítimas que sofrem de assédio moral e por ser um tema que remete ao psicológico, muitas vezes os traumas são de uma magnitude infinita.

1. ASSÉDIO MORAL NA ESFERA TRABALHISTA

A Câmara Federal aprovou em março de 2019 o PL (Projeto de Lei) 4.742/2001, que tipifica o assédio moral no trabalho como crime.

De acordo o texto do Projeto de Lei o assédio moral configura-se a quem ofender reiteradamente a dignidade de alguém, causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental, por conta do exercício de emprego, cargo ou função. O assédio moral nem sempre ocorre de patrão para funcionário, supervisor para estagiário. Muitas vezes, pode ocorrer entre funcionários de hierarquias iguais, bem como, de funcionário para o patrão ou superior hierárquico.

A causa somente terá início se a vítima representar o ofensor, sendo tal representação irretratável, isto é, de acordo com a proposta do projeto de lei.

A matéria está em tramitação na CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) do Senado. O texto do Projeto de Lei 4.742/2001 altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar o crime de assédio moral. O projeto também prevê a inclusão do assédio moral no Código Penal, e ainda define pena de detenção para o crime de um a dois anos e multa. A pena pode ser agravada em até um terço, se a vítima for menor de 18 anos.

Em relação à visibilidade jurídica e social, ainda não foram tomadas medidas necessárias relacionadas à sua prevenção e punição. De acordo a pesquisa o Projeto de Lei 4.742-2001 não foi efetivado ainda, deixando desamparados os trabalhadores de todos os meios. A vítima encontra dificuldade para denunciar o agressor devido a impossibilidade da legalidade.

Enquanto o projeto ainda está sendo analisado pela CCJ no Senado, podemos nos sustentar na Lei 14.132/21, art. 147-A "perseguir alguém reiteradamente por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade."

Além dos efeitos do assédio moral no contrato de trabalho, essa violência ocasiona também responsabilidade civil e patrimonial do empregador e do sujeito assediador pela conduta ilícita que fere o ordenamento jurídico e seus princípios fundamentais, além do direito subjetivo do assediado.

Segundo o art. 186 do Código Civil Brasileiro, o ato ilícito é caracterizado pela ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que resulte na violação do direito e cause danos a outrem, ainda que exclusivamente moral.

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

De acordo o que dispõe o art. 187 do CC, terá conduta ilícita o empregador ou seu preposto com poderes delegados que abusem de seu poder de direção.

Art. 187. "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

O art. 927 no parágrafo único do Código Civil determina a obrigação da reparação do dano sobre os atos cometidos ilícitos:

Art. 927. "Aquele que, por ato ilícito, 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."

Diante do exposto, de acordo com o direito civil, a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho gerará uma responsabilidade direta do sujeito assediador que, ao cometer ato ilícito deverá reparar danos morais e materiais à vítima. A responsabilização direta do empregado que praticou o assédio contra outrem, não prejudica a responsabilidade indireta e objetiva do empregador pela conduta ilícita do seu empregado ou preposto, de acordo com o art. 932, inc. III:

Art. 932. "São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"

A responsabilidade indireta do empregador nesse caso será objetiva, uma vez que independe de comprovação de culpa do agente, no caso o empregador, para que haja a obrigação de indenizar, conforme previsto no art. 927, parágrafo único, combinado com o art. 932, III, transcritos acima. Portanto, é necessário demonstrar apenas o fato lesivo voluntário ou imputável a alguém, o dano sofrido, e o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

A responsabilidade do empregador é solidária, segundo o art. 942 do CC, parágrafo único, ou seja, o empregado vítima do assédio moral pode pleitear os danos sofridos pelo assédio tanto contra o empregado assediador, quanto contra o próprio empregador.

No art. 934 do Código Civil, o empregador, após reparar o dano provocado por um de seus empregados, poderá entrar com ação de regresso contra o agente causador do prejuízo, no caso, o empregado assediador.

Art. 934 "Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz."

O fenômeno do assédio moral começou a despertar mais interesse e preocupação entre os pesquisadores das mais diversas áreas, pois se trata de uma forma de agressão disfarçada e de difícil forma de se comprovar, que vem destruindo cada vez mais os ambientes de trabalho e convívio social, bem como a saúde psíquica e física de seus trabalhadores, afetando não só este ambiente de trabalho, mas todos os ambientes que a vítima frequenta (CHECCHIA, 2016, p.11).

O estagiário é a peça-chave para onde o agressor emite sua ira, frustrações, agressividade, e, mesmo fazendo parte da empresa, por tempo determinado, supervisionado por um orientador, o estagiário é o que chamamos de fragilidade maior, aquele que toda a culpa é direcionada a ele. Esse comportamento do agressor vai se tornando repetitivo, visto de maneira inofensiva por demais servidores, porém se analisadas as palavras, os maus olhares, gestos e atitudes ao longo do tempo se caracteriza o assédio moral.

2.RELAÇÕES DE TRABALHO: ESTÁGIO SUPERVISIONADO

Esta modalidade de relação de trabalho tem o propósito maior que é o desenvolvimento educacional do aluno, não devendo este ser submetido a atividades ao dos empregadores e/ou servidores do ambiente ao qual foi contratado, bem como exceder a carga horária do estagiário.

De acordo com a Lei do Estágio, Lei nº 11.788/08, o estágio é um ato educativo, supervisionado pelas instituições de ensino, desenvolvido no ambiente de trabalho, visando preparar o estagiário para o mercado de trabalho.

O intuito do estágio é a aprendizagem do estagiário e nunca a exploração da sua mão-de-obra. Uma vez que o art. 3º, III da Lei do Estágio prescreve que deve haver "compatibilidade entre aquelas previstas no termo de compromisso e as atividades desenvolvidas no estágio."

O estagiário não faz jus aos direitos trabalhistas previstos na CLT, tais como 13º salário, férias, depósito de FGTS, aviso prévio, dentre outros, uso exclusivo dos trabalhadores que possuem a Carteira de Trabalho estipulada pela CLT.

Porém, na prática muitas empresas querem reduzir gastos na folha de pagamento, não precisando arcar com encargos trabalhistas, buscam no estagiário uma oportunidade de reduzir seu gasto na folha de pagamento, uma vez que só necessitará custear o valor mensal da bolsa-auxílio, que na grande maioria dos casos é irrisório.

O desvirtuamento do contrato de estágio leva ao reconhecimento do vínculo empregatício do estagiário com o concedente do estágio. Neste sentido, a própria Lei 11.788/08 abre esta possibilidade ao dispor que qualquer descumprimento no termo de estágio caracteriza vínculo empregatício (Art. 3º, § 2º).

Tem sido entendimento do TST que esta irregularidade no contrato de estágio implica na nulidade do mesmo, ante o objetivo de fraudar a aplicação da Lei Trabalhista, nos termos do art. 9º da CLT..

1. ESTÁGIO. DESCARACTERIZAÇÃO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A finalidade do estágio é propiciar ao estudante uma experiência prática que seja compatível com o seu currículo escolar. Do contrário, haverá desvirtuamento do instituto que implicará o reconhecimento do vínculo de emprego, tal como dispõe o § 2º do art. 3º da Lei 11.788/2008 [...]. (TST. AgR-AIRR-1122-42.2013.5.10.0017. Rel: HUGO CARLOS SCHEUERMANN. Dje: 22/06/2016-.

Para comprovar o vínculo empregatício é imprescindível que os requisitos caracterizadores do emprego estejam presentes, sejam eles: subordinação jurídica, pessoalidade, pessoa natural, não-eventualidade e onerosidade.

Contudo, há de se ressaltar que, por força de norma constitucional não é possível o reconhecimento do vínculo empregatício, caso a parte concedente do estágio seja ente da Administração Pública Direta (prefeituras, Tribunais de Justiça, etc.) ou Indireta (empresas públicas, por exemplo).

Diante disso, a finalidade do estágio é proporcionar ao estudante uma contribuição significativa de conhecimento, pois o estagiário irá conciliar a teoria vista na universidade com a prática adquirida no estágio supervisionado, uma vez que essa harmonização contribui para o seu engrandecimento tanto acadêmico quanto profissional.

2.1 RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de trabalho é gênero, ou seja, engloba todas as formas de contratação de trabalho, enquanto a relação de emprego é considerada espécie. Diante disso, a relação de emprego é uma espécie do gênero da relação de trabalho. A relação de trabalho se subdivide em vários outros tipos de relação, sendo uma delas a relação de emprego, o trabalho autônomo, prestação de serviços, trabalho eventual, o trabalho por tempo determinado e todas as outras modalidades laborais.

2.1.1 RELAÇÃO DE EMPREGO

A relação de emprego ocorre quando estão presentes os requisitos do art. 3º da CLT:

Art. 3º - "Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário."

Parágrafo único - "Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual."

Desse modo, a relação de emprego apresenta requisitos importantes, como a alteridade, que se espelha na noção de que os frutos da prestação do serviço são auferidos pelo empregador, e nunca pelo empregado.

Sendo assim, o empregador não pode repassar os prejuízos aos empregados, cabendo ao empregador assumir os riscos da atividade econômica eventualmente suportados, por conta dessa condição.

Em seguida vem a subordinação, que por sua vez, é caracterizada como dependência jurídica, é um estado de sujeição que une o empregado ao empregador. Encontra seus limites na lei e no contrato de trabalho. Trata-se de uma subordinação jurídica.

Outro requisito de grande importância é a pessoalidade, onde preceitua que o contrato de trabalho é infungível, ou seja, se dá intuito persone. Tal requisito separa o empregado do trabalhador avulso. É um contrato personalíssimo e, por conta disso, a prestação de serviço deve ser executada pessoalmente, excluindo a substituição por outra pessoa, além de não se admitir que o empregado seja pessoa jurídica.

A onerosidade é a figura jurídica que aponta para a necessidade de um cumprimento de obrigações, onde uma parte executa em correspondência às de outra, isto é, a remuneração do trabalho, o que diferencia, portanto, o trabalho voluntário do trabalho remunerado.

E por último e não menos importante temos a não eventualidade, que pressupõe que a relação de emprego deverá ser contínua, visto que a relação de emprego ocorre em um trato sucessivo, perdurando-se no tempo. Tais requisitos, são características de uma relação de emprego e deverão ocorrer simultaneamente, de forma cumulativa.

Há uma relação de emprego quando há a prestação de serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário - onerosidade. Destaca-se que a prestação de serviços tem que ser *intuitu personae*, ou seja, a pessoa é insubstituível para a realização da tarefa - pessoalidade. o trabalho não precisa mais ser contínuo para que seja reconhecido como relação de emprego - não eventualidade.

O empregado deverá ser pago, mesmo se a empresa estiver com dificuldades financeiras - isenção de risco. O empregador determina o tempo e o modo como o empregado deve desempenhar suas atividades - subordinação. Desse modo, estando presentes todos os requisitos previstos no art. 3º da CLT, qualquer eventual problema, deverá ser discutido na Justiça do Trabalho.

2.1.2 RELAÇÃO DE TRABALHO

A relação de trabalho ocorre quando algum dos requisitos do art. 3º da CLT não são preenchidos, ou seja, basta que apenas um, daqueles critérios não seja suprido para que tenhamos uma relação de trabalho.

Se a prestação dos serviços é eventual, sob dependência de empregador, temos a relação de trabalho; se para prestar aquele serviço não há o pagamento de salário, teremos a relação de trabalho; e por fim, se pessoa que prestar aquele serviço puder ser substituída, haverá a relação de trabalho.

Geralmente, a relação de trabalho decorre de uma obrigação de fazer, isto é, quando as partes estabelecem uma relação de trabalho, estipula-se, em mesmo nível de direitos e deveres, o que será prestado, sem que nenhuma parte tenha preferência sobre a outra, ou seja, estão equiparadas.

3. ESTÁGIO SUPERVISIONADO

A Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008, dispõe sobre os estágios de estudantes define e classifica a relação de estágio, as obrigações das instituições em relação aos estágios de seus educandos, os direitos e deveres dos estudantes, a fiscalização e as disposições gerais.

O art.1º, dispõe:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos.

O art. 10º, II, dispõe sobre a jornada de trabalho dos estudantes do ensino superior:

Art. 10. A jornada de atividade em estágio será definida de comum acordo entre a instituição de ensino, a parte concedente e o aluno estagiário ou seu representante legal, devendo constar do termo de compromisso ser compatível com as atividades escolares e não ultrapassar:

II – 6 (seis) horas diárias e 30 (trinta) horas semanais, no caso de estudantes do ensino superior, da educação profissional de nível médio e do ensino médio regular.

O estágio supervisionado é uma atividade proposta aos alunos de graduação que permite por meio de experiências práticas vivenciar os conteúdos teóricos estudados em sala de aula.

Para o desenvolvimento do estágio, a presença de um profissional em campo é obrigatória. O estagiário atua dentro de um órgão ou empresa, experimentando a rotina do ambiente de trabalho e realizando tarefas relativas à sua área de estudo.

O estágio supervisionado promove experiência prática e é fundamental para o melhor aproveitamento da graduação, com isso o estagiário conhece o mercado de trabalho antes de se

formar, obtém conhecimento, uma vez que as habilidades desenvolvidas no estágio são únicas, e muitas vezes, o estágio supervisionado é o primeiro contato do estudante com o mercado de trabalho.

Além da experiência profissional, o estudante terá a oportunidade de ampliar o seu *networking*, tanto com outros estudantes e professores quanto com profissionais que já atuam na área fortalecendo e se destacando no mercado de trabalho.

Em muitos casos, o estágio supervisionado é o primeiro contato do estudante/estagiário com o mercado de trabalho. A prática do estágio supervisionado soma com a teoria vista durante todo os períodos de faculdade. A partir dessa experiência se torna possível conhecer os desafios da profissão e buscar formas de selecioná-los com o conhecimento adquirido.

4. PRINCÍPIOS E DIREITOS CONSTITUCIONAIS

O fundamento do princípio da dignidade humana que está na no art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, fundamento basilar da República, além de um rol de direitos sociais dos trabalhadores que, casados com os dispositivos da Consolidação das Leis do trabalho - CLT e os princípios trabalhistas: Princípio da irredutibilidade salarial, Princípio da norma mais favorável, Princípio da primazia da realidade, Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e o Princípio da continuidade da relação de emprego, bem como as garantias, direitos e deveres do estagiário na Lei do Estágio nº 11.788/2008, levam a perceber a importância de prezar pela dignidade dos trabalhadores, estagiários e pelos ambientes de trabalho sadios e dignos, cuja responsabilidade é das empresas e órgãos públicos. A dignidade do estagiário e seu ambiente de trabalho saudável vem ganhando mais destaque nas produções doutrinárias e destaca-se como preocupação dos magistrados ao proferirem sentenças envolvendo essas questões.

No tocante, ressalta-se que no contexto da globalização em que vivemos, desenvolveu-se uma certa pressão sobre os estagiários, visando sempre a maior produtividade e lucro, sem se preocupar muito com a sua saúde ou com as relações interpessoais que deveriam ser desenvolvidas nos ambientes de trabalho, resultando em uma competitividade prejudicial, um ambiente tenso, que afeta negativamente cada estagiário física e psicologicamente, gerando também queda na produtividade.

Na falta de previsão legal referente ao assédio moral em nosso ordenamento jurídico, os estagiários não conseguem relatar o assédio moral que sofrem afetando a integridade, dignidade sob ameaças bruscas e destrutivas. Uma violência perversa no cotidiano sem amparo legal.

Segundo o que dispõe o art. 1º da Lei do Estágio:

Art. 1º Estágio é ato educativo escolar supervisionado, desenvolvido no ambiente de trabalho, que visa à preparação para o trabalho produtivo de educandos que estejam frequentando o ensino regular em instituições de educação superior, de educação profissional, de ensino médio, da educação especial e dos anos finais do ensino fundamental, na modalidade profissional da educação de jovens e adultos”.

Nessa mesma Lei constitui-se os direitos e deveres do estagiário.

Há uma relação privada que pode contar com todos os elementos da relação de emprego, mas não se enquadra no tipo legal da CLT, que inviabiliza o contrato empregatício, o estágio regularmente formado e praticado de acordo com a Lei 11.788/08. As contratações de estagiários não são regidas pela CLT e não criam vínculo empregatício de qualquer natureza; a contratação é formalizada e regulamentada exclusivamente pelo Termo de Compromisso de Estágio.

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho (...); IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.". Diante de todo o exposto, faz-se necessário entender que para que ocorra o assédio moral no ambiente de estágio é irrelevante a configuração de qualquer tipo de relação de trabalho. Essa violência pode ocorrer em qualquer relação de trabalho a qualquer tempo, sendo irrelevante a configuração de um tipo de relação de trabalho, seja a relação de emprego ou estágio.

Portanto, o operador do direito deve atentar-se a cada caso concreto e suas peculiaridades, utilizando sempre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observados nos art. 5º, inciso LXXVIII e no art. 2º da Lei 9.784/1999, respectivamente.

O direito à indenização por dano moral encontra amparo nos arts. 186 e 927 do Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios fundamentais da Constituição Federal, sobretudo naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano, art. 1º, da CF.

No art. 126, do Código de Processo Civil – CPC, dispõe que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

A prova no processo do trabalho tem os seguintes princípios: a) Necessidade da Prova: qualquer fato trazido à lide deve ser provado para que possa ser considerado. Pelo ônus probandi a parte a ser beneficiada com o fato é quem deverá prová-lo. O juiz, em princípio, não acredita em nenhuma parte, até que as provas venham aos autos. Segundo a Constituição Federal o juiz tem o dever de demonstrar as razões jurídicas que utilizou para formar a decisão, art. 126 CPC. b) Unidade: a prova deve ser apreciada como um todo e o juiz pode decidir por uma ou pelas duas partes, desde que os fatos apresentados o convençam da veracidade. c) Lealdade ou Probidade da Prova: a prova tem um propósito ético e existe o interesse de todos os que atuam no processo, que a verdade seja encontrada. Ao litigante má-fé, aquele que altera as provas para se beneficiar ilegalmente, caberá uma punição (CPC, art. 17, II e IV, respectivamente). d) Contradição: a contradição é uma das principais características do processo e acontece quando a parte contra quem foram

apresentadas provas, tem o direito de impugná-las e também de apresentar a contra prova. Por não existir prova secreta, no momento da apresentação de provas por uma parte, a outra é intimada para impugnar, sob pena de nulidade processual. e) Igualdade de Oportunidades: os litigantes devem ter igual oportunidade para a produção de provas, sob pena de nulidade processual. A parte que se sentiu prejudicada deve manifestar-se apenas no momento oportuno, sob pena de indeferimento. Passado esse momento, no caso de silêncio da parte interessada em arguir o ato nulo, este se convalidará tornando-se hábil à produção dos efeitos previstos em lei. Faz-se exceção aos casos de “nulidade absoluta”, que pode ser arguida de ofício ou por iniciativa da parte em qualquer tempo ou grau de jurisdição, art.113, do CPC, caput. f) Legalidade: São requisitos necessários para a produção de provas: tempo, lugar (em sala de audiência, CPC, art.336), meio (de acordo com a legislação), adequação (porque cada fato tem sua maneira própria de ser provado, como por exemplo: a existência de atividade insalubre – prova pericial), etc. g) Imediação: Significa que o juiz é “sujeito do processo”, participando ativamente e não apenas observando as partes litigarem. h) Obrigatoriedade da prova: É sabido que a prova é tanto de interesse das partes quanto do interesse público que visa a solução do processo, portanto as partes devem apresentar as provas necessárias de acordo com a distribuição do ônus da prova e o devem ser compelidas pelo juiz a apresentarem as demais provas que achar imprescindíveis. Caso as partes se mantenham omissas quanto às comprovações dos fatos alegados devem arcar com as consequências de sua própria inércia.-(CHECCHIA, 2016, p. 34 e 35)

Apesar da dificuldade de provar a ofensa à dignidade do trabalhador, os tribunais não podem se eximir de responsabilizar os ofensores que cerceiam os valores do trabalho, nem os deixar impunes pelo ilícito cometido. No entanto, por outro lado também não se pode condenar alguém sem prova alguma, ferindo os princípios da inocência e do contraditório e ampla defesa inerentes a todos os cidadãos.

Em nosso ordenamento jurídico a regra geral é que o ônus da prova incumbe a quem faz a alegação, art. 818 da CLT e art. 333, inciso I do CPC, no entanto por se tratar de uma situação específica de grande dificuldade probatória e sérias consequências para o autor vítima da violência não deveria ser essa regra sempre aplicada na instrução probatória do assédio moral.

Acerca da dificuldade probatória, destaca-se o posicionamento doutrinário de LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. p.494 VIANA, Márcio T. Critérios para a inversão do ônus da prova no processo do trabalho.: [...] que a prova de algumas condutas configuradoras do assédio moral é muito difícil; logo, incumbe à vítima apresentar indícios que levem a uma razoável suspeita, aparência ou presunção da figura em exame, e o demandado assume o ônus de demonstrar que sua conduta foi razoável, isto é, não atentou contra qualquer direito fundamental. A experiência revela que se não existir a adequada distribuição da carga

probatória, a normativa a respeito da temática não se tornará efetiva e permanecerá no terreno da declaração de boas intenções.

O assédio moral no estágio supervisionado é um dos problemas que vem se enfrentando em busca da proteção da dignidade do estagiário e do ambiente de trabalho saudável, que fere a tutela do direito do trabalho. Apesar de sempre existir, houve uma maior atenção recentemente em várias áreas do conhecimento. Ao se tornar cada vez mais comum desperta uma preocupação no direito do trabalho e procura-se formas de evitar e resolver esse fenômeno tão prejudicial tanto para o estagiário quanto para a empresa ou órgão em questão.

É obrigação do supervisor tratar com urbanidade seus estagiários, implementando condições de trabalho que protejam a saúde e a segurança, inclusive sob o aspecto psicológico.

5. DECISÕES DOS TRIBUNAIS RELACIONADOS

Segundo jurisprudência pacífica, o limite do poder empregatício é a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade que devem ser reconhecidos. No Brasil só veio realmente ser discutido com seriedade o assédio moral após um acórdão elaborado em julgamento de um recurso ordinário pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17.^a Região, Espírito Santo, em que o tribunal classificou como assédio moral às perseguições sofridas por um técnico de publicidade e propaganda, conforme acórdão do Recurso Ordinário nº 1315.2000.00.17.00.1, relatado pela magistrada Sônia das Dores Dionízio.

O Tribunal Regional do Trabalho da 17.^a Região (Vitória-ES) julgou o primeiro caso em que se reconhece que a violação à dignidade da pessoa humana dá direito à indenização por dano moral, com a seguinte ementa:

ASSÉDIO MORAL – CONTRATO DE INAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - A tortura psicológica, destinada a golpear a autoestima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua autoestima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado. (TRT - 17.^a Região – RO 1315.2000.00.17.00.1 - Ac. 2276/2001 - Rel. Juíza Sônia das Dores Dionízio - 20/08/02, in Revista LTr 66-10/1237).

Em relação à dignidade do trabalhador a Constituição Federal de 1988 incluiu a memorável garantia constitucional à indenização por dano moral, de acordo o art. 5º, inciso X, que assim dispõe:

"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

O ministro Hugo Carlos Scheuermam, do TST, proferiu em Recurso de Revista a seguinte decisão sobre o agravo de instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. 1. Com base nas provas angariadas, o e. TRT concluiu que a preposta da reclamada, como superior hierárquica da reclamante, lhe destinava tratamento rude e diferenciado em várias oportunidades, de forma sistemática e frequente, perturbando o exercício de seus trabalhos, tendo inclusive solicitado a dispensa por justa causa, fatos que inequivocamente ensejam a indenização por dano moral deferida em sentença. 2. Na hipótese, o tribunal regional não dirimiu a controvérsia à luz dos princípios disciplinadores da repartição do ônus da prova, resultando inconcebível a vulneração dos artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, uma vez que o litígio foi solucionado com base na prova efetivamente produzida, sobretudo na prova testemunhal. 3. Convém destacar que, de acordo com a doutrina e jurisprudência, o dano moral é um dano in re ipsa, que prescinde de comprovação, bastando a demonstração do ato ilícito e do nexo causal, os quais restaram evidenciados no caso. Aplicação do art. 896, a, da CLT, da OJ 11-sdi-1/TST e das Súmulas nº 296 e 337/TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST – AIRR 0001305-05.2011.5.15.0062 – Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann – DEJT 07.02.2014, p. 310).

O agravo de instrumento trata-se de controvérsias a respeito da configuração de assédio moral no ambiente de trabalho em decorrência da conduta abusiva e discriminatória do superior hierárquico, o que resultou no acometimento pelo autor de doença ocupacional (depressão).

O primeiro tratado internacional sobre violência e assédio no mundo do trabalho entrou em vigor no dia 25 de junho de 2021, reconhecendo o direito de todas as pessoas a um mundo de trabalho livre de violência e assédio.

A Convenção nº 190 parte do entendimento de que ninguém deve estar sujeito a violência e assédio no mundo do trabalho (OIT 2018b).

Por esta razão, seu escopo de proteção é amplo e vai além dos empregados (Art. 2), e garante proteção a todos os trabalhadores independentemente de seu estatuto contratual, tanto na economia formal como informal, e seja no setor privado ou público (OIT 2019b; 2018b). Além disso, a referência a outras pessoas no mundo do trabalho amplia ainda mais o escopo para

abranjer pessoas em formação, incluindo estagiários e aprendizes; candidatos a emprego; voluntários e pessoas cujos contratos foram rescindidos, assim como indivíduos que exercem autoridade, deveres ou responsabilidades de um empregador (OIT 2018b; 2019b). É importante lembrar que este amplo escopo de proteção está de acordo e é consistente com a última definição estatística de "trabalho", conforme adotada pela Conferência Internacional dos Estatísticos do Trabalho. Ela abrange todos os empregos e atividades de trabalho em todas as formas de trabalho.

Apenas seis países ratificaram a convenção e, lamentavelmente, o Brasil ainda não faz parte desse grupo.

O Ministério Público do Trabalho entrou com uma Manifestação favorável pela Ratificação da Convenção 190 da OIT, no dia 09 de dezembro de 2020. A Coordenadora Nacional Coordigualdade MPT, Adriane Reis de Araújo frisa: "A paz social assenta raízes na garantia de segurança econômica e um nível de bem-estar material a todas as pessoas e no convívio social livre de violência e assédio.

Em 22 de maio de 2017 o Procurador Geral do Trabalho Ronaldo Curado Fleury decretou a Portaria nº 583, estabelecendo no seu art. 1º a Política Nacional de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral e Sexual e da Discriminação no âmbito do mandato do Ministério Público do Trabalho.

Art. 1º Instituir a Política Nacional de Prevenção e Enfrentamento do Assédio Moral e Sexual e da Discriminação no âmbito do Ministério Público do Trabalho, a qual tem por finalidade estabelecer princípios, diretrizes e ações para a prevenção e enfrentamento dessas situações no âmbito da Instituição.

Algumas sentenças já foram deferidas, porém, muito ainda está a desejar, devido a morosidade da justiça, bem como o medo dos estagiários para entrar com ações de danos morais e indenizações. Vejamos algumas analogias apresentadas que ainda estão com processos em andamento.

De acordo o Grupo de Estudos da Magistratura do Trabalho - GEMT, através do link <http://www.gemt.com.br/novo/index.php?cmd=noticias&id=40818> de 06 de setembro de 2018, um estagiário de banco conseguiu indenização por danos morais após ter sido chamado de "burro" e "ignorante" pela chefia. A decisão é da juíza Cristina Adelaide Custódio, titular da 8ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, e foi confirmada pelo TRT de Minas.

Na decisão, a magistrada explicou que, para caracterizar o assédio moral, é necessário verificar se houve, ou não, conduta ativa ou omissiva do empregador no sentido de humilhar, perseguir, ironizar, desmoralizar ou ofender a integridade física e/ou mental do trabalhador, de forma continuada e sob ameaça de perder o emprego ou mesmo provocando a desestabilização do ambiente de trabalho.

No caso, uma testemunha afirmou que os chefes eram pessoas difíceis de lidar e que presenciou agressões verbais ao estagiário por parte deles. Explicitou que uma das chefes chamou o colega de "burro" e "ignorante". Para a magistrada, ficou provado o ato ilícito praticado pelo empregador, a ponto de causar dano aos direitos de personalidade do trabalhador. A decisão considerou que a chefe abusava do seu poder empregatício ao lidar com os subalternos.

"Induidoso que a atitude da reclamada, no sentido de tratar o reclamante de forma desrespeitosa, chamando-o de 'burro' e 'ignorante', causou dano ao obreiro, já que este foi verbalmente agredido pela superiora, devendo responder a ofensora nos termos dos arts. 186 e 927 do CC", destacou. A indenização foi fixada em R\$1 mil, valor considerado razoável pela julgadora, conforme critérios explicitados na sentença. A condenação foi confirmada pelo TRT mineiro, Processo PJe: 0010256-13.2016.5.03.0008 — Sentença em 01/11/2017.

Através do Processo nº 0010256-13.2016.5.03.0008, o autor entrou com embargo de declaração, no dia 15 de maio de 2018 e no dia 12 de julho de 2018, houve uma audiência de conciliação. Os procuradores das partes inseriram a petição com os termos do acordo entabulado, bem como a planilha com os valores que serão pagos, inclusive, com a discriminação das parcelas para efeitos previdenciários e fiscais, requerendo sua homologação. O acordo importa o pagamento da quantia líquida de R\$171.808,52. O juiz da audiência foi o magistrado Antônio Gomes de Vasconcelos.

Em Porto Velho/RO, o Ministério Público do Trabalho (MPT) após denúncias de empregados e estagiários de Direito contra o escritório de Advocacia Carlos Troncoso, Naza e Pereira e Associados, instaurou a ação civil pública n.0000375-58.2015.5.14.0002 para condenar o dono do referido escritório pela prática de assédio moral. A 2ª Vara do Trabalho de Porto Velho acolheu as alegações do MPT de Rondônia condenando o escritório de advocacia ao pagamento de R\$ 400.000,00 mil reais para reparar os danos morais sofridos pelos estagiários (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL MPT-RO-AC, 2015).

Em outro caso de ocorrência de assédio moral no ambiente de estágio, a 1ª Vara do Trabalho de Betim/ MG, condenou uma empresa a pagar o valor de R \$5.000,00 (Cinco mil reais) a título de indenização por danos morais. O assédio moral era praticado por superior hierárquico que desferia contra os estagiários insultos depreciativos, tais como: "gordo manchado" e "peça de salame". (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2016).

O número de estagiários que denunciam o assédio moral ainda é muito baixo, por mais que os posicionamentos acima citados deduzem resultados positivos quanto à tutela jurisdicional em relação às denúncias e processos de assédio moral. Essa é a constatação de uma pesquisa realizada pela pedagoga Luciana de Jesus Brito, em sua tese de conclusão de curso pela Faculdade de Educação da Universidade de Brasília (UNB). Em sua pesquisa, que tinha como alvos estagiários de nível médio e superior, dos 126 alunos participantes, 94% relataram já ter sofrido assédio moral no ambiente de estágio, porém somente 24% denunciaram o ocorrido (BRITO 2016, p.43).

O tratamento legal do assédio moral no âmbito do estágio supervisionado para promover a denúncia é possível através de uma legislação específica, uma vez que, o medo, a pressão diante dos obstáculos que o assédio promove impossibilita que o estágio supervisionado seja visto não

apenas como mão de obra barata, mas como um meio de aprendizado prático de conhecimento valioso e benéfico para a carreira dos estudantes. Diante da falta de legislação específica fica difícil dar o primeiro passo, a denúncia.

CONCLUSÃO

O estágio supervisionado é uma experiência que todo estudante deveria ter, pois é uma oportunidade de aprendizado, porém se tornou na prática uma maneira econômica de contratar mão de obra barata. O estagiário está em uma posição de fragilidade e sensibilidade, uma vez que todos os dias está sendo avaliado, se tornando suscetível a pressões profissionais.

À medida que as sociedades se democratizam, os indivíduos, aliados ao maior acesso à informação, ficam mais conscientes de seu papel como cidadãos, tornando mais difícil a convivência com práticas repressivas e autoritárias.

Em relação a visibilidade jurídica e social estamos estagnados, pois ainda não foram tomadas medidas necessárias relacionadas a sua prevenção e punição. A vítima encontra dificuldade para denunciar o agressor devido a impossibilidade da legalidade. O desconhecimento da legislação e de sua proteção legal, ainda que escassa, faz com que muitos estagiários se sujeitem a sofrer práticas abusivas no trabalho.

Não tem sido fácil para os estagiários encontrarem uma maneira de denunciar o agressor sem se prejudicar no ambiente do estágio, uma vez que a opressão, chantagens e o medo de perder a bolsa, que muitas vezes é o que ajuda a pagar a mensalidade da faculdade, afetam a saúde mental, abalando às vítimas dessa prática e impactando em suas vidas individuais e da sociedade.

Uma grande quantidade de jovens executa os trabalhos mais simples e desinteressantes dos escritórios, ultrapassam o horário estabelecido de 6 horas pela lei 11.788/08, exercem desvio de função. No fundo, não são estágios legítimos.

Em 2022, a Organização Internacional do Trabalho - OIT incluiu em sua convenção a pauta sobre violência e assédio ao estagiário, colocando o estagiário em uma categoria que deve ser mais protegida e amparada, porém o Brasil não ratificou ainda a Convenção 190 da OIT, deixando desamparados os trabalhadores e estagiários que buscam uma legislação confiável para adquirir seus direitos em meio ao caos de um assédio moral.

A melhor orientação para os estagiários e demais trabalhadores é não se silenciar, independente da conduta do agressor. Fazer uma denúncia é o primeiro passo para que o assediador seja punido pelos seus atos, e o Ministério Público do Trabalho - MPT é o órgão mais atuante em causas de assédio moral, porém, nada implica que a vítima busque assistência jurídica de advogado ou advogada para ajuizamento de ação trabalhista na Justiça do Trabalho, denúncia nos órgãos de confiança da empresa em que trabalha e/ou sindicatos ou associações.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. Escritório de Advocacia em Porto Velho é condenado a pagar R\$ 400 mil por praticar assédio moral a empregados e estagiários de Direito. Disponível em: <<http://www.prt14.mpt.mp.br/19-noticias/342-escritorio-de-advocacia-em-porto-velhocondenadoapaga...>> em: 17 out.2022.

BRASIL. Constituição Federal, 1988. Constituição: República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 07 set.2022.

BRASIL. Lei 11.788, de 25 de setembro de 2008. Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho –CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; revoga as Leis nº 56.494, de 7 de dezembro de 1977, e 8.859, de 23 de março de 1994, o parágrafo único do art. 82 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e o art. 6º da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11788.htm> Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Portaria nº 583, de 22 de maio de 2017, do Ministério Público do Trabalho.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.742, de 23 de maio de 2001, Câmara Federal.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor - 52ª Edição 2021.

BRITO, Luciana de Jesus. ASSÉDIO MORAL: IMPLICAÇÕES NO PROCESSO FORMATIVO DO ESTAGIÁRIO. Brasília. UNB. 2016

CHECCHIA, Marcela Fernandes. **A dificuldade probatória do assédio moral no ambiente de trabalho**. 2016. Monografia (Graduação em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo. LTr 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Estagiário ofendido continuamente pelo superior deve ser indenizado. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-19/estagiario-ofendido-continuamente-superior-indenizado>>. Acesso em: 17 out.2022.

VIANA, Márcio Túlio. “Critérios para inversão do ônus da prova no processo do Trabalho”. In Revista LTr, São Paulo, vol. 58, outubro/94.

Violência e assédio no mundo do trabalho: Um guia sobre a Convenção Nº 190 e a Recomendação Nº 206. OIT Organização Internacional do Trabalho. Brasil. 2022.

Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_832010/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 07 nov.2022.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA SOB A ÓTICA DO CASO SHANTAL VERDELHO

NARASMYM TORRES DE ASSUNÇÃO:

Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

LÍVIA HELENA TONELLA⁷⁹

(orientadora)

RESUMO: A partir do momento em que o parto começou a ser institucionalizado, a mulher foi deixando de ter o controle sobre o seu corpo, começando a sofrer diversas formas de violência, antes, durante e após dar à luz. Nesse contexto, o presente artigo pretende abordar acerca da violência obstétrica sob o prisma do abuso sofrido pela influenciadora digital Shantal Verdelho, que sofreu essa violência de forma física, verbal, moral e psicológica. Partindo de uma cultura enraizada de que toda dor é inerente ao parto, a mulher, muitas vezes, sequer tem conhecimento de que está sofrendo uma grave violação dos seus direitos humanos fundamentais. Sendo um problema frequente, como o ordenamento jurídico brasileiro enquadra a violência obstétrica e protege a mulher? Abordar acerca do assunto é de suma importância para, além de conscientizar e fomentar a ideia de respeito e parto humanizado, também destacar os direitos da mulher. Diante disso, como objetivo geral, busca-se entender o que é violência obstétrica, seu contexto histórico e suas formas de ocorrência, ao passo em que objetiva-se, especificamente, apontar qual é o seu tratamento legal, estudar a responsabilidade civil, seus elementos e diferença entre erro médico e erro do médico, apontar as políticas públicas que versam sobre o tema, bem como explicar sobre o caso Shantal Verdelho. Para a elaboração desse artigo, utilizou-se o método dedutivo, com técnica de pesquisa documental, bibliográfica. Conclui-se que a violência obstétrica, apesar de tão corriqueira, ainda não tem tipificação, sendo a legislação omissa acerca dessa prática.

Palavras-chave: parto; violência obstétrica; violência contra a mulher; violência de gênero.

INTRODUÇÃO

Entende-se a violência obstétrica como os abusos sofridos pela mulher, sejam eles físicos, psicológicos ou morais, com imposição de procedimentos invasivos, ocultação de informações, negação de ter o acompanhante, entre tantos outros fatores, como se esta não tivesse autonomia sobre o seu próprio corpo, violando os seus direitos, podendo ocorrer no período da gestação, durante o parto e até mesmo depois, quando ela está passando pelo período do puerpério.

Assim, o presente artigo pretende abordar acerca do assunto sob a ótica do ocorrido com a influenciadora digital Shantal Verdelho, que sofreu violência obstétrica no momento do parto da sua filha, tendo, entre alguns dos atos violentos, a aplicação da manobra de Kristeller, já proibida

79 Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil (2021). Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

pela Organização Mundial de saúde, que consiste em pressionar o útero para forçar a saída do bebê, uma série de xingamentos e a tentativa de rasgar a sua região íntima para puxar a criança.

Embora a gravidez tenha que ser um momento especial, assim como o próprio parto e seu pós, esses momentos acabam se tornando um verdadeiro tormento quando a figura da mulher tem a sua integridade violada, sobretudo, pelo seu estado de fragilidade, e, por vezes, ela sequer tem conhecimento dos abusos que está sofrendo, seja pelo desconhecimento dos seus direitos, seja pela ideia espalhada de que toda dor no parto é normal e que o médico, bem como os demais profissionais da saúde, sempre sabem o que é melhor e o que deve ser feito.

Diante disso, como o ordenamento jurídico enquadra a violência obstétrica e de que maneira as mulheres estão amparadas contra os abusos sofridos?

Abordar acerca do referido tema é de suma importância, haja vista que a mulher, muitas vezes, não faz ideia sequer de que sofreu um abuso, tampouco da gravidade dele, não detendo poder sobre o seu próprio corpo, sendo ele tratado como se não a pertencesse. Assim, a denúncia dessa prática tão corriqueira acaba ficando cada vez mais inexistente, sendo necessário o debate aberto a respeito do tema, não somente para difundir um conhecimento tão atual, mas também, para compreender como a legislação brasileira se posiciona e como a mulher está protegida.

Desse modo, como objetivo geral, busca-se entender o que é violência obstétrica, seu contexto histórico e tipos, ao passo em que objetiva-se, especificamente, apontar como a legislação brasileira a enquadra, estudar a responsabilidade civil na violência obstétrica, apontar as políticas públicas no tocante ao assunto, bem como explicar sobre o caso Shantal Verdelho.

Metodologicamente, utilizou-se o método dedutivo, com técnica de pesquisa documental, bibliográfica. Estudou-se não somente o entendimento dos doutrinadores da área, mas também, o posicionamento dos tribunais superiores sobre a violência obstétrica e dos demais dispositivos legais pertinentes ao assunto, a citar, o Código Penal, Código Civil, Constituição Federal e os projetos de lei que versam sobre a matéria.

No primeiro capítulo, será explanado o conceito de violência obstétrica, seus aspectos históricos, como houve a mudança dos partos realizados pelas parteiras para o processo de institucionalização desse momento, bem como as formas dessa violência, que pode ser verbal, física, psicológica e sexual.

No segundo capítulo, tem-se a sua abordagem jurídica no Brasil, estudando como a legislação brasileira trata do assunto, as omissões legislativas e os projetos de lei existente, com um breve apontamento do posicionamento dos tribunais superiores.

Posteriormente, no terceiro capítulo, será estudada a responsabilidade civil na violência obstétrica e todas as suas nuances, abrangendo como diferenciar a responsabilidade civil objetiva e subjetiva, seus elementos, a responsabilidade civil do Estado e dos agentes de saúde da rede do Sistema Único de Saúde, a diferença entre erro médico e erro do médico e a violência obstétrica como forma de violação dos direitos fundamentais da mulher. Por fim, no último capítulo,

explicitar-se-á o caso da influenciadora digital Shantal Verdelho e as políticas públicas de enfrentamento à violência obstétrica.

1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Entende-se a violência obstétrica como toda forma de violência sofrida pela mulher, durante ou após o parto. Ocasão em que está muito fragilizada e deixa de ser a figura principal desse momento. Seu corpo, em contexto de violência obstétrica, passa a ser tratado como se não lhe pertencesse, seja com imposição de práticas invasivas e até proibidas, seja desrespeitando a sua vontade, seja ouvindo xingamentos e afins. Esses abusos, portanto, podem se dar de variadas formas, todas elas sendo extremamente vexatórias, humilhantes e traumáticas.

Nesse contexto, ela é entendida como:

[...] intervenção institucional indevida, não autorizada ou sequer informada, até mesmo abusiva, sobre o corpo ou processo reprodutivo da mulher, que violam sua autonomia, informação, liberdade de escolha e participação nas decisões sobre o seu próprio corpo. (MARIANI e NASCIMENTO, 2016, p. 51)

É a própria desumanização do corpo da mulher, mais uma vez objetificado como se nada fosse, tirando de si a autonomia de vontade e o seu poder de decisão. Como sabido, a violência obstétrica é reconhecida como uma violência de gênero, uma vez que somente a figura da mulher pode passar por uma gestação e, conseqüentemente, dar à luz a um bebê, sendo ela, portanto, o único sujeito passivo desse crime.

Reconhecer e compreender que sofreu violência obstétrica segue sendo uma matéria complicada, isso porque ela é cometida, na maioria das vezes, por algum profissional que todos julgam ser qualificados para tal, e qualquer dor física é vista como normal e inevitável, assim como qualquer procedimento imposto pelo médico é tido como certo, por exemplo.

Por outro lado, é importante esclarecer que a violência obstétrica pode ser cometida por outras pessoas além do médico, pois, além da violência poder restar configurada pela própria negligência estatal, ela também pode partir de qualquer profissional ou pessoa que tenha algum envolvimento com a situação, ou seja, técnicos de enfermagem, algum parente da gestante e etc.

Segundo AGUIAR:

[...] a violência dentro dos serviços de saúde de uma forma geral é identificada a um mau atendimento que inclui: fala grosseira, negligência, abandono, ofensa moral; não ter paciência, gritar, empurrar; não dar informações ao paciente e tratá-lo com indiferença; fazer algum procedimento ou exame sem consentimento, inadequado ou desrespeitosamente; discriminação por condição social ou cor e a violência física. (AGUIAR, 2010, p. 149)

Nota-se, assim, que a violência obstétrica se configura de diferentes formas, é uma violação aos direitos da mulher e do seu bebê, é o desrespeito ao seu corpo e sua vida, é, até mesmo, a aplicação de procedimentos dolorosos que ela sequer sabe que estão sendo feitos ou que aceite apenas porque foi levada a pensar que ele era necessário, por medo, como no caso dos médicos que forçam a paciente a se submeter a uma cirurgia de cesárea, porque, caso contrário, o bebê pode morrer.

1.1. Aspectos históricos

Antigamente, os partos eram realizados por uma parteira ou curandeira, comumente no próprio domicílio da mulher, com seus parentes à sua volta e ela tendo total autonomia sobre o seu corpo e seus movimentos. Assim, essa era uma atividade de realização quase exclusiva da mulher, preferido até mesmo pela gestante, visto que encontrava na pessoa da parteira uma confiança e segurança pelo parto humanizado.

No final do século XVI, essa profissão contou com grande mudança, quando começou a ser utilizado o fórcepe obstétrico, equipamento que passou a incluir o homem nessa atividade, não apenas pela consideração do parto como algo técnico e científico, mas também, pelo fato das parteiras não terem condições financeiras de adquirir esse mesmo equipamento, tendo em vista que as mulheres sempre foram colocadas em posição de inferioridade face ao homem, até mesmo no quesito econômico (NAGAHAMA e SANTIAGO, 2005, p. 655).

Desse modo, o parto passou a ter um caráter intervencionista, e, apesar das parteiras não concordarem com isso, estas tiveram que começar a aceitar a presença de um cirurgião para supervisionar o procedimento, após a sua devida regulamentação, como uma estratégia da igreja e também estatal (NAGAHAMA e SANTIAGO, 2005, p. 655).

Logo, as parteiras, que era quem ajudava as mulheres a darem à luz, perderam o seu espaço para os homens, por serem consideradas inaptas para com as novas técnicas, não terem condições de adquirir o fórcepe, assim como discordarem do fato da mulher perder o protagonismo desse momento e serem tratadas como o médico bem achar melhor.

É certo que, apesar de ter sido assim durante um longo período da história, o avanço da medicina trouxe inúmeras benesses, como a diminuição da mortalidade da mãe e do bebê, uma vez que nem todo parto era possível ser feito em casa sem uma intervenção médica.

Por outro lado, ao passo em que trouxe esses benefícios, a mulher também deixou de ser a figura central e ter domínio sobre si, haja vista que os procedimentos se tornaram cada vez mais invasivos, muitas vezes, desnecessários, retirando dela o direito de opinar sobre esse momento tão importante.

Nessa vertente, a ideia do parto passou a ser modificada:

[...] o discurso médico da metade do século 19 relativo à obstetrícia caracterizou-se pela defesa da hospitalização do parto e da criação de maternidades. O parto deixou de ser privado, íntimo e feminino, e passou

a ser vivido de maneira pública, com a presença e interferência de outros atores sociais. (NAGAHAMA e SANTIAGO, 2005, p. 656)

A violência contra a mulher é proveniente de uma estrutura cultural que coloca a figura feminina em posição de inferioridade em detrimento do homem, sendo considerada incapaz e de menor capacidade. Assim, ao passo em que a parteira passou a ter a sua intelectualidade questionada, a gestante tinha o seu corpo visto como um objeto que não fosse seu, deixando de ter autonomia sobre ele.

Posto isso, Pinafi explica:

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica — portanto, passível de desconstrução — que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause, ou seja, passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada. (PINAFI, 2007, p. 01)

Desse modo, a violência obstétrica é uma violência de gênero, isso porque o Decreto nº 1973, de 1º de agosto de 1996, que promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, tratou de reconhecer, em seu art. 1º, como violência contra a mulher, “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.”.

1.2 Tipos de Violência Obstétrica

Há várias formas de violência obstétrica, sendo, a mais comum delas, a violência física, que resta caracterizada por todo ato que viole a integridade física da mulher, lhe cause algum desconforto e seja realizado sem o seu consentimento.

Um famoso grande exemplo da violência obstétrica física é a realização da episiotomia, uma incisão na região íntima da mulher, com o ensejo de auxiliar na hora de retirar o bebê. Ocorre que, além de não ser um procedimento permitido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), a episiotomia, muitas vezes, é feita sem a anuência da paciente e anestesia, sendo considerada uma prática violenta, cuja ocorrência deve ser devidamente justificada e anotada em prontuário.

A situação é tão crítica e cruel que, comumente, os médicos dão um ponto extra na região aberta, de maneira bárbara, o que popularmente é conhecido como “ponto do marido”, como se o corpo da mulher tivesse a função de satisfazer o homem, com o objetivo de deixar a vagina mais apertada, trazendo danos físicos e psicológicos irreparáveis para a mulher, que ficará sofrendo, por exemplo, com dores na penetração.

Ademais, é direito da gestante escolher a posição que vai parir, entretanto, a imposição de estar sempre deitada também é apenas mais uma das tantas violências sofridas. A própria OMS

elucida que a parturiente deve ter a liberdade de escolha, não podendo o profissional da saúde lhe obrigar a ficar em qualquer uma que não seja a optada por ela. A posição de deitar com as pernas abertas suspensas por um equipamento, inclusive, é igualmente proibida e desumana.

A violência obstétrica também pode ser sexual, em caso de exame de toque em excesso sem necessidade, verbal e moral quando há xingamentos e falas vexatórias, bem como psicológica, que causa insegurança e medo, como nos casos em que é imposto um procedimento invasivo sob a justificativa de ser crucial, fazendo a parturiente aceitar calada por medo ao se sentir numa posição de inferioridade.

Observa-se, assim, que várias são as formas de violência obstétrica, podendo ocorrer mais de uma delas ao mesmo tempo.

2. ABORDAGEM JURÍDICA NO BRASIL

Apesar de ser um fato corriqueiro, o Brasil não possui uma legislação federal específica para tratar da violência obstétrica, do mesmo modo que não há tipificação acerca da matéria no Código Penal brasileiro. Entretanto, cumpre salientar que, embora não haja tratamento próprio no ordenamento jurídico pátrio, será aplicada a legislação geral para punir os referidos atos danosos contra a mulher.

Dessa maneira, ainda que não tenha tipificação própria, a violência obstétrica continua sendo uma conduta antijurídica, ilícita e culpável, é uma violência contra a mulher, de modo que, para tratar da matéria, os dispositivos aptos se encontram dispostos no Código Penal, na Constituição Federal, no Código Civil, Código de Defesa do consumidor, nas resoluções que regulam a medicina e em leis diversas, como a Lei nº 11.108/2005, que garante às parturientes o direito ao acompanhante.

2.1 Legislação brasileira acerca da violência obstétrica

Conforme explicitado no tópico anterior, não há um regramento específico acerca da matéria, entretanto, pode-se mencionar diversos projetos de lei que tramitam em prol da defesa das gestantes, e isso se justifica porque ainda se faz necessário um olhar maior e realmente direcionado ao assunto, que reconheça a violência obstétrica e propicie uma garantia real do direito da mulher e do bebê que ela está dando à luz.

O primeiro Projeto de Lei (PL) para reconhecer a violência obstétrica foi o de nº 7.633/2014, que a caracteriza, em seu art. 13, como:

Art. 13 – Caracteriza-se a violência obstétrica como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos(as) profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. (BRASIL PROJETO DE LEI Nº 7.633/2014)

Ressalte-se que o parágrafo único do mesmo dispositivo legal também reconhece a violência nos casos de abortamento. Do mesmo modo, a proposta legislativa em comento destaca em seu art. 3º, inciso II, a utilização de práticas menos invasivas como um dos princípios da assistência humanizada, o que se mostra primordial, visto que, na prática, muitas vezes uma mulher é submetida a uma cesariana sem sequer compreender os motivos de tal ato.

No tocante à própria cirurgia cesariana, o art. 14 deste mesmo dispositivo também elucida condutas que se consideram violência obstétrica, entre as quais, além de uma cesariana desnecessária e sem a informação dos seus riscos reais, tem-se também a sua realização apenas por conveniência médica, norteadas por comentários constrangedores, a banalização de suas dores e até mesmo negar-lhe um acompanhante (que já possui regulamentação, através da Lei nº 11.108/2005) e até mesmo atendê-la de porta aberta, ferindo a sua privacidade.

Igualmente, tem-se também o Projeto de Lei nº 7.867/2017 (apensado ao Projeto de lei nº 7.633/2014), que entende, em seu art. 3º, a violência obstétrica como toda conduta praticada por “membro da equipe de saúde, do hospital ou por terceiros, em desacordo com as normas regulamentadoras ou que ofenda verbal ou fisicamente as mulheres gestantes, parturientes ou puérperas”.

Aliado a isso, tramita também o Projeto de lei nº 8.219/2017 (apensado ao Projeto de lei de nº 7.867/2017), que define essa forma de violência em seu art. 2º como “a imposição de intervenções danosas à integridade física e psicológica das mulheres nas instituições e por profissionais em que são atendidas, bem como o desrespeito a sua autonomia.”

Entre os mais recentes, observa-se o Projeto de lei nº 878/2019, que também segue em apenso ao Projeto de lei nº 7.633/2014, que prevê, além do plano individual de parto, seu direito à informação sobre os detalhes da sua saúde e do seu filho, até mesmo para um melhor direcionamento das suas escolhas, o que lhe garante a autonomia sobre o seu momento.

Outros projetos de lei do ano-calendário de 2019 que também discutem os direitos das gestantes são os de nº 2.963/2019, 3.635/2019 e 3.310/2019, que visam reforçar a autonomia da mulher e lhe assegurar o direito de escolha sobre os procedimentos do seu parto.

No que concerne à caracterização da violência obstétrica, o supracitado Projeto de Lei elucida, em seu art. 13, como violência “a como a apropriação do corpo e dos processos naturais relacionados à gestação, pré-parto, perda gestacional, parto e puerpério” que causem a perda da sua autonomia, ratificando o mesmo já preceituado no art. 13 do Projeto de Lei que versa sobre a mesma matéria em 2014, outrora mencionado.

A título de conhecimento, é imprescindível mencionar que o Código Penal, embora omissivo no que diz respeito à violência obstétrica, pode ter esse crime enquadrado em outras condutas já previstas no ordenamento. Assim, observa-se a tipificação do crime de lesão corporal, disposto no art. 129 do CP e lesão corporal de natureza grave, consoante art. 129, §1º, IV, se ocorre à aceleração do parto.

Além da lesão corporal, a conduta pode se enquadrar no crime de homicídio (art. 121 do CP), injúria (art. 140 do CP), quando há os comentários humilhantes, por exemplo, como a famosa frase escutada pela gestante na hora de parto ao queixar-se de dor, qual seja, “na hora de fazer, não estava reclamando”, bem como no crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

2.2 Violência obstétrica nos tribunais superiores

Ao ser pesquisado o termo de “violência obstétrica” nos tribunais superiores, os resultados ainda são relativamente pequenos. Essa quantidade se explica pela própria omissão do ordenamento jurídico brasileiro em conceituá-la, embora seja uma violência tão recorrente, fato este que mostra apenas reforça a necessidade da sua tipificação.

Em análise, pesquisando também por nomes de formas específicas de violência obstétrica, como a episiotomia, manobra de Kristeller e até mesmo a violação ao direito ao acompanhante na hora do parto, pode-se observar que uma das maiores queixas de violência obstétrica é a episiotomia, procedimento extremamente invasivo e severo, cuja realização só deve ser feita em casos de necessidade e com a devidamente justificativa anotada em prontuário.

Para melhor demonstrar o referido, observe-se o referido julgado:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO. RETO-VAGINAL. FALHA. EPISIOTOMIA. FÍSTULA COMPLICAÇÕES. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. DEVER DE INDENIZAR EVIDENCIADO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO HOSPITAL.

QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORA. MORAIS E ESTÉTICOS. JUROS DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Afigura-se prescindível a realização de nova perícia médica quando a prova já realizada é suficientemente esclarecedora. O mero descontentamento da parte com o resultado da perícia exame não autoriza a realização de novo 2. O hospital demandado, na qualidade de prestador de serviços, mesmo que a médica não tenha relação de vínculo empregatício, é parte legítima e responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores. Contudo, a responsabilidade do médico, profissional liberal, é apurada mediante a verificação da culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, na esteira do art. 14, §4 2, do CDC, cabendo ao autor comprovar os requisitos da responsabilidade civil, que são o ato ilícito culposo, o dano e o nexa causal entre o ato e o dano causado. 3. Caso em que a prova documental coligida ao caderno processual, corroborada pela conclusão pericial e demais elementos, demonstram a presença do nexa causal entre a falha no atendimento pós-parto da autora e ocorrência de fístula reto-vaginal decorrente do resultado da episiotomia, não identificada no momento inicial. 4. Situação que agravou o quadro infeccioso da autora, necessitando

nova internação e realização de procedimento cirúrgico posterior. 5. Dano moral caracterizado. Agir negligente da ré que ultrapassa o mero dissabor. Quantum indenizatório fixado em observância às peculiaridades do caso e com o fim de assegurar o caráter repressivo e pedagógico da indenização, sem constituir-se elevado bastante para o enriquecimento indevido da parte autora. 6. Valor dos danos morais e estéticos mantido, especialmente considerando o risco à saúde da autora, decorrente do erro do diagnóstico e ausência de tratamento eficaz. Danos estéticos evidenciados pela presença de cicatriz e arbitrados em conjunto com os danos morais. 8. Juros de mora que incidem desde a citação, uma vez que se trata de relação contratual a entretida pelas partes. Inteligência do art. 405 do CCB. 9. Honorários advocatícios fixados com base no art. 85, § 2º, do CPC, vez que se trata de ação de cunho condenatório, e considerando o longo tempo de tramitação (demanda ajuizada em 2014) e a intensa produção de provas, demandando considerável labor do profissional. Pedido de redução rejeitado. Majoração decorrente da sucumbência recursal (art. 85, § 11). PRELIMINARES DESPROVIDOS. (TJ-RS - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2085694 - RS (2022/0067620-5), Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 15/06/2022 Data de Publicação: 21/06/2022)

Restou comprovado o nexa causal entre a episiotomia e a fístula reto-vaginal e a necessidade de nova internação da autora para reparação do prejuízo causado. Por tratar-se de responsabilidade civil objetiva do hospital, a comprovação de sua culpa não se faz necessária.

Em análise de outros julgamentos, observa-se que é entendimento jurisprudencial o direito da mulher à devida indenização, nos casos de violência obstétrica, mas até mesmo o resultado das buscas demonstra o quanto a matéria ainda carece de atenção.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL NA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A responsabilidade civil pode ser considerada independente da responsabilidade penal. Ela é compreendida como:

[...] um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico primário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem, é fonte geradora de responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2018, p. 24)

Desse modo, significa que uma pessoa não pode se eximir de reparar os danos causados, tampouco ignorar os desvios de suas condutas que são contrárias à lei. Nesse sentido, Tartuce defende que:

O ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma

jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. (TARTUCE, 2014, p. 35)

Nos moldes do Código Civil, a teoria da culpa tem sua previsão no art. 186, onde dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. No âmbito da violência obstétrica, resta caracterizada quando é negado a uma parturiente, por exemplo, um remédio para aplacar a sua dor.

Nessa mesma linha de pensamento, Diniz assegura a responsabilidade civil:

[...] como 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. (DINIZ, 2012, p. 50)

Dessa maneira, cujo objetivo é reparar o dano causado, a responsabilidade pode ser subjetiva ou objetiva, e ambas as modalidades serão abordadas nos subtópicos que seguem.

3.1 Violação dos Direitos Fundamentais

A violência obstétrica, sem dúvida, é uma forma de violação dos direitos humanos da mulher e dos seus direitos e garantias fundamentais, uma vez que, embora garantidos pela Constituição Federal, na prática, o que se observa é a sua constante violação.

Nesse sentido, NAZÁRIO e HAMMASRSTRON (2014, p. 4) acertadamente explicam que “A Constituição Federal garante à mulher os mesmos direitos e deveres dado ao homem, mas apesar da mulher ter conquistado seu espaço diante da sociedade, ainda é vítima das mais variadas formas de violência”.

Os direitos fundamentais possuem o ensejo de propiciar dignidade, e prover a devida proteção da mulher não apenas face à sociedade, mas também, proteção à luz do poderio do Estado. Nesse sentido, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na ótica do presente objeto de estudo, a violência obstétrica é uma violação aos direitos fundamentais da mulher, quando esta tem a sua liberdade de posição e locomoção cerceada, quando não detém o conhecimento acerca do seu estado de saúde e do seu filho, quando lhe é imposto uma cesárea como única via, quando realizam em seu corpo um procedimento invasivo sem necessidade, entre tantas outras formas de violência.

Trazendo à baila a episiotomia e a Manobra de Kristeller, cumpre destacar o inciso III, do art. 5º da CF, que preceitua que “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”, o que reforça não só a humanização do seu atendimento como uma necessidade, mas sim, como um direito fundamental.

Nessa senda, destaca-se também a violação do art. 196 da CF:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

É direito da mulher uma assistência digna e respeito às suas vontades, porém, o que se observa, é a violação da sua autonomia da vontade, perpetrada por uma construção histórica de que a figura feminina é uma simples peça de pouca valia.

3.2 Elementos da responsabilidade civil

A responsabilidade civil pode ser objetiva e subjetiva. No que concerne à objetiva, esta não se faz necessária a comprovação de culpa, ao passo em que a responsabilidade civil subjetiva exige que seja comprovada a culpa do agente, ou seja, se a conduta foi dolosa ou culposa.

A responsabilidade civil objetiva dos hospitais, por exemplo, lastreia-se na sua obrigatoriedade de prover condições dignas para que seja realizado o parto, como instalações devidas e aparelhos adequados. A responsabilidade, nesse caso, independe da existência de culpa, pois prover essas condições mínimas é um dever estatal, previsto na Constituição Federal.

No concernente aos seus elementos, tem-se a conduta do agente, que pode ser uma ação ou omissão, a culpa, em uma conduta dolosa ou culposa, dano e o nexo de causalidade. A começar pela conduta do agente, CAVALIERI FILHO (2012, p. 36) a explica como “o comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas”. É a prática do agente, seja o ato de cometer determinado ilícito, seja a omissão em não fazer aquilo que deveria ter feito por sua obrigação legal.

Por outro lado, cumpre ressaltar que esse fazer ou não fazer tem que ser algo controlável, não podendo o agente controlar aquilo que foge do seu controle. Nessa vertente, GONÇALVES (2018, p. 70) defende que “essencial é que a ação ou omissão seja, em abstrato, controlável ou dominável pela vontade do homem”, haja vista que, caso assim não seja, não se pode falar propriedade de ser um caso de responsabilidade civil.

A culpa, considerada apenas na responsabilidade civil subjetiva, é a vontade ou não do agente em chegar a determinado resultado. A culpa pode ser dolosa, quando o agente tinha a intenção, ou culposa, quando o resultado causado não foi intencional, mas que se alcançou pela sua negligência ou imperícia.

Aliado a isso, tem-se dois outros grandes elementos, o dano e o nexo de causalidade. O dano é o prejuízo, é o malefício acarretado na vítima. Sem ele, não há responsabilidade civil, afinal, se nada foi lesado, não haveria, portanto, algo a ser reparado, esse prejuízo é inexistente. Acerca disso, CAVALIERI FILHO (2012, p. 77) destaca que “encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida”.

Uma vez comprovado o dano, é primordial, por conseguinte, restar comprovado também o nexo de causalidade, que é o liame que comprova que a conduta do agente, omissiva ou comissiva, com dolo ou culpa, que deu causa ao dano. Para RIZZARDO (2015, p. 67), esse liame é a “relação verificada entre determinado fato, o prejuízo e um sujeito provocador”. Quando se fala, então, de responsabilidade civil, é de suma importância uma análise minuciosa desses elementos e da sua ligação, para que possa restar comprovada ou não a sua existência.

3.3 Responsabilidade civil dos médicos: erro médico x erro do médico

Embora sejam termos amplamente confundidos, cumpre destacar a diferença entre eles. Entende-se por erro médico como o equívoco cometido por qualquer profissional da saúde, não apenas a figura do médico em si. Por outro lado, o erro do médico é aquele cometido exatamente pelo médico.

No caso da violência obstétrica, o erro médico, qual seja, a conduta inadequada, pode partir de um enfermeiro, técnico de enfermagem ou qualquer outro agente de saúde que esteja atendendo a parturiente, até mesmo do próprio hospital, se este faltar com as suas obrigações, como a falta de um leito onde a gestante acaba tendo o seu filho numa cadeira na recepção.

3.4 Responsabilidade civil do Estado em razão da violência obstétrica cometida por médico ou agentes de saúde da rede do sistema único de saúde

Compreende-se como dever do Estado garantir a saúde de todos, estando essa obrigação disposta no art. 196 da Constituição Federal. Quando este dever não é cumprido, fala-se, portanto, de uma violação, e aplica-se a responsabilidade civil objetiva, que independe da culpa do agente causador.

A respeito disso, observe-se a previsão no art. 37, §6º da CF:

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:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL)

Assim, o Estado precisa indenizar a vítima pelos prejuízos causados, sem que seja necessária a comprovação da sua culpabilidade no malefício. O mesmo ocorre quando se trata dos médicos ou agentes de saúde que exercem suas atividades na rede do Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que estes se tratam de servidores públicos.

Desse modo, quando ocorre a violência obstétrica, o Estado responderá por eles, também com a responsabilidade civil objetiva, não sendo necessário comprovar a culpa, o que significa que a vítima não litigará diretamente contra o servidor, mas sim, contra o Estado.

4. ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E POLÍTICAS PÚBLICAS: CASO SHANTAL VERDELHO

No ano-calendário de 2010, um estudo realizado pelo SESC, em parceria com a Fundação Perseu Fasano, identificou que 1 a cada 4 mulheres no Brasil sofrem alguma forma de violência obstétrica (HAMERMULLER e UCHÔA, 2018).

Áudios e vídeos vazados em dezembro de 2021, da influenciadora Shantal Verdelho, alegaram que a mesma havia sido vítima de violência obstétrica. No respectivo áudio, entre tantas denúncias, a influenciadora destacou que o médico que realizou seu parto, além de ter quebrado o sigilo médico, anunciando em seu perfil do instagram qual havia sido o sexo do bebê, ainda comentou da sua parte íntima para outros, em comentários esdrúxulos, dizendo que ela havia ficado “arregaçada” e que isso era porque não havia feito episiotomia.

No mesmo áudio, ela narra que seu marido utilizou uma câmera Go Pro, durante o parto, e que, posteriormente, quando foi assistir com ele, se deparou sendo xingada durante todo o procedimento, com palavras de baixo calão, assim como viu o médico rasgando-a com a mão, sem necessidade, com raiva por ela não ter feito a episiotomia, transformando em um show de horrores para si e toda a sua família um momento que era a realização de um sonho.

Registraram-se diversas formas de violência obstétrica, além de verbal e física, tem-se também a psicológica, pressionando-a e lhe infringindo medo ao repetir que só faltava a episiotomia para nascer, mesmo sabendo que esse procedimento não era necessário.

Como se não fosse suficiente, apesar de ter mencionado diversas vezes que estava doendo, sua barriga foi pressionada com força, desde o começo, com a aplicação da manobra de Kristeller, que não é recomendada. Em vídeo disponibilizado ao programa Fantástico, observa-se a influenciadora queixando-se de dor pela pressão forte que fazem em sua barriga, enquanto o médico diz que ela só está meditando.

Em razão disso, a influenciadora digital requereu a instauração de um inquérito policial para que as condutas do médico fossem devidamente investigadas e o Ministério Público ficou no aguardo das respectivas investigações policiais para possível oferecimento de denúncia.

A violência obstétrica consiste numa grave desrespeito aos direitos da mulher, devendo ter um olhar mais direcionado e cuidadoso sobre o assunto e políticas públicas. No que diz respeito às medidas que devem ser tomadas, a Organização Mundial da Saúde (2014, p. 2-3) destaca a necessidade:

1. Maior apoio dos governos e de parceiros do desenvolvimento social para a pesquisa e ação contra o desrespeito e os maus-tratos [...] 2. Começar,

apoiar e manter programas desenhados para melhorar a qualidade dos cuidados de saúde materna, com forte enfoque no cuidado respeitoso como componente essencial da qualidade da assistência [...] 3. Enfatizar os direitos das mulheres a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto [...] 4. Produzir dados relativos a práticas respeitadas e desrespeitadas na assistência à saúde, com sistemas de responsabilização e apoio significativo aos profissionais [...] 5. Envolver todos os interessados, incluindo as mulheres, nos esforços para melhorar a qualidade da assistência e eliminar o desrespeito e as práticas abusivas. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2014, p. 2-3)

É necessário ter conscientização e humanização desse momento, a mulher precisa voltar a ter autonomia sobre o seu parto, precisa ter o conhecimento acerca dos seus direitos e os profissionais de saúde e todos os envolvidos devem respeitar. A violência obstétrica fere a sua dignidade, liberdade e até mesmo o seu direito à saúde.

As políticas públicas se fazem imprescindíveis e cumpre mencionar a Portaria de nº 569/2000, cujo objetivo, estabelecido em seu art. 1º, é "Instituir o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento, no âmbito do Sistema Único de Saúde." De todo modo, vale lembrar que a violência obstétrica é um problema de ocorrência geral que a mulher necessita de amparo, seja na esfera pública ou privada.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente artigo, observa-se que a violência obstétrica é uma forma de violação dos direitos da mulher, que pode ocorrer em momento anterior, durante ou após o parto, quando está no período do puerpério.

Várias são as formas dessa violência ocorrer, podendo essa agressão se dar de maneira física, moral, verbal, sexual e psicológica, sendo a física ainda mais comum pela aplicação do procedimento da episiotomia e da Manobra de Kristeller, ambas não recomendadas, sendo a primeira, inclusive, considerada violenta e invasiva.

Nota-se que, com o decorrer do tempo, o parto deixou de ter a figura da mulher como peça central e passou a ser um momento institucionalizado, o que acarretou o cerceamento da sua liberdade sobre a forma de ocorrer o nascimento do seu filho.

Em análise dos dispositivos legais, constata-se que, apesar de ser uma prática cada vez mais frequente, ainda não há, no ordenamento jurídico brasileiro, uma lei federal específica para tratar da matéria, existindo apenas projetos de lei que versam sobre o assunto. Logo, verifica-se que não há tipificação para a forma de violência em comento, sendo o Código Penal brasileiro omissivo no que diz respeito à matéria, aplicando, portanto, normas gerais que se adequem ao caso na esfera cível, administrativa e penal, com vistas a coibir essa prática e punir aqueles que cometem a violência.

No que diz respeito ao entendimento dos tribunais superiores, nota-se que o termo violência obstétrica ainda é relativamente de poucos resultados, tendo-se em consideração a quantidade de mulheres que sofrem com isso. De todo modo, é entendimento pacificado o dever de indenizar civilmente as vítimas, numa forma de reparação pelos danos sofridos.

Por fim, conclui-se que se faz necessária não só a adoção de políticas públicas com o objetivo de divulgar e conscientizar sobre o que é violência obstétrica e quais os direitos da parturiente, mas também, a criação de uma lei específica sobre a matéria, para que a mulher tenha o devido amparo legal e o parto volte a ser um momento de sua autonomia.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, J. M. **Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. 2010. Tese (Doutorado) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 set 2022.

_____. **Decreto nº 1973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 13 set 2022.

_____. **Projeto de lei nº 7.633, de 2014. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=494BE22BE379353C5C7EFAC1AE2BBB16.proposicoesWeb2?codteor=1261087&filename=Avulso+-PL+7633/2014>. Acesso em: 14 set 2022.

_____. **Projeto de lei nº 7.867, de 2017. Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=AC09E88E486EE2C6AC480F5277D5BCDB.proposicoesWebExterno1?codteor=1574562&filename=Avulso+-PL+7867/2017>. Acesso em: 17 set 2022.

_____. **Projeto de lei nº 8.219, de 2017. Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01q8e48fds2pag2vz9i2jx98tx5538002.node0?codteor=1591466&filename=Avulso+-PL+8219/2017>. Acesso em: 14 set 2022.

_____. **Projeto de lei nº 819, de 2019. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1718521>. Acesso em: 18 set 2022.

_____. **Projeto de lei nº 3.635, de 2019. Garante à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0gd192he9s7cccop9ordkt1e816214693.node0?codteor=1766676&filename=PL+3635/2019>. Acesso em: 17 set 2022.

_____. **Projeto de lei nº 2.693, de 2019. Institui a Política Nacional de Atendimento à Gestante.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=637BEC44281FAEF028695A4F48FD0305.proposicoesWebExterno1?codteor=1763159&filename=Avulso+-PL+2693/2019>. Acesso em: 22 set 2022.

_____. **Projeto de lei nº 3.310, de 2019. Dispõe sobre o registro de som e imagem de consultas pré-natais, trabalho de parto e parto.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1759840&filename=PL+3310/2019>. Acesso em: 28 set 2022.

_____. **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: 14 set 2022.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 15 set 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em recurso especial nº 2085694 - RS.** Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. 21 de junho de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=EPISIOTOMIA&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3Eepisiotomia%3C%2Fb%3E&b=DTXT&p=true&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&tp=T>. Acesso em: 19 set 2022.

_____. **Portaria nº 569, de 1º de junho de 2000.** Disponível em: <https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html>. Acesso em: 20 set 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 10. ed. São Paulo. Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HAMERMULLER, Amanda; UCHÔA, Thayse. **Violência obstétrica atinge 1 em cada 4 gestantes no Brasil, diz pesquisa**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/humanista/2018/01/28/violencia-obstetrica-atinge-1-em-cada-4-gestantes-no-brasil-diz-pesquisa/>>. Acesso em: 19 set 2022.

MARIANI, Adriana; NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Violência obstétrica como violência de gênero e violência institucionalizada**: breves considerações a partir dos direitos humanos e do respeito às mulheres. Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (Unibrasil), Curitiba-PR, vol. 2, n. 25, p. 48-60, jul/dez 2016. Disponível em: <<https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/3060/2630>>. Acesso em: 13 set 2022.

NAGAHAMA, Elizabeth Eriko Ishida; SANTIAGO, Silvia Maria. **A institucionalização médica do parto no Brasil**. Ciência & Saúde Coletiva, p. 651-657, 2005.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=8DFFC71C35759CDDE9FD44BB3DC9548D?sequence=3>. Acesso em: 30 set 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora forense, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014

PINAFI, Tânia. **Violência contra a mulher**: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. São Paulo: Revista Histórica, 2012.

APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA À MULHER TRANSEXUAL VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÁRCIO DANNIEL TAVARES LEAL:

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

FRANCISCO LUCAS DE ANDRADE ARAÚJO⁸⁰

(coautor)

GUSTAVO LUÍS TUPINAMBÁ RODRIGUES⁸¹

(orientador)

RESUMO: A aplicabilidade da Lei Maria da Penha para as mulheres transexuais vítimas de violência doméstica é objeto de estudo desse artigo, principalmente, quando se considera o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Observa-se o posicionamento doutrinário de alguns autores, como: Masson, Natália (2019); Jesus, Damásio (2015); Ceccarelli, Paulo Roberto (2013); Interdonato, Gian Lucca (2017); Paulo Nader (2017); Constituição Federal (1988) e sites, jornais nacionais, artigos, que subsidiaram grandiosamente a produção e definição da metodologia de pesquisa. Nesse sentido, tem-se uma produção, excepcionalmente, bibliográfica e qualitativa. Orientada pela jurisprudência emanada em abril de 2022 pelo Superior Tribunal de Justiça, que assegura às mulheres transexuais o direito à aplicação da Lei Maria da Penha, bem como, suas medidas protetivas, quando aquelas buscarem seus direitos. Sabe-se que o Brasil é um país machista, onde as minorias sofrem constrangimentos, discriminações, intolerância e, assim sendo, é necessária uma ampla divulgação e defesa dos direitos desses grupos tão marginalizados, mas detentores de direitos individuais e coletivos que os assegure perante a sociedade.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Preconceito. Transexuais.

1 INTRODUÇÃO

Abordando o tema da identidade de gênero, pode-se chegar à conclusão de que as relações de gênero podem ser estudadas com base nas identidades feminina e masculina, e como uma pessoa se sente em relação a tal identidade. Tendo em vista que, uma pessoa transgênicamente ou uma pessoa transexual pode se identificar como homem ou mulher, mas não binária. Neste contexto, em relação às mulheres transexuais, estas nasceram no gênero masculino, mas não se identificam como sendo homens.

⁸⁰ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

⁸¹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, ÚLTIMOW TÍTULO.

Eis que surge uma controvérsia para embasar a discussão referente à aplicação do art. 5º da Lei Maria da Penha à espécie, necessária é a diferenciação entre os conceitos de gênero e sexo, voltados para a inclusão das transexuais no cunho protecionista da Lei em comento. Tendo em vista, a relação dessas minorias com a lógica da violência doméstica contra a mulher.

O Superior Tribunal de Justiça em alguns dos seus julgados vem consolidando a temática sobre a diferença de gênero e sexo, para o âmbito da aplicação da Lei Maria da Penha na proteção das transexuais com enfoque na punibilidade Estatal desta Lei com o uso da hermenêutica para o caso concreto.

Desse modo, a base deste trabalho é buscar meios para melhor compreensão sobre a problemática que se dá com a violência doméstica e familiar fortalecendo a tese de que não se restringe apenas a mulher cisgênero, ou seja, a que nasceu no sexo feminino e se identifica com ele e nem se trata apenas de uma questão biológica, mas de uma temática que atinge o gênero feminino como um todo, posto que, a quem se identifique se enxergando e se reconhecendo como mulher. Dessa forma, procura-se abordar a compreensão do problema em relação à aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres transexuais, vítimas de violência doméstica.

Revisando a bibliografia em Direito Penal sobre a aplicação das medidas protetivas da Lei Maria da Penha para a proteção das mulheres transexuais e corroborando com os votos dos Ministros da 6ª turma sobre Recurso Especial nº 1.977.124/SP, em uma análise relacionada com a limitação da aplicação da Lei Maria da Penha à condição de mulher biológica, é o objeto de estudo principal desse trabalho, que visa também analisar políticas públicas e sociais que tratam da aplicação da tutela jurisdicional do Estado nos casos de violência doméstica contra as transexuais.

A metodologia abordada é de cunho bibliográfico normativo, visto que, o tema central deste trabalho e as relações de gênero, sexo, identidade de gênero, sobre um fator meramente biológico para a aplicação da Lei Maria da Penha e suas medidas de proteção em situação de violência doméstica e familiar contra as transexuais. Em suma, o Juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negaram as medidas protetivas, entendendo que a proteção da Lei Maria da Penha seria limitada à condição de mulher biológica, não se trata apenas da analogia, mas sim de aplicar apenas o texto da Lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006).

Por conseguinte, a Sexta Turma do STJ estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra as mulheres transexuais. Tendo em vista que, este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata, trazendo uma proteção mais ampla a todas aquelas que se reconheçam como pertencentes ao gênero feminino.

Assim, este artigo se desenvolve em três capítulos, capítulos dois, três e quatro. O segundo capítulo tem o título "Constituição Federal de 1988 e a Igualdade de Gênero" que discorre sobre a

importância da Carta Magna para nortear a proteção das mulheres transexuais. O terceiro capítulo, “Características Gerais da Lei Maria da Penha” que trata sobre a criação da Lei Maria da Penha e como ela foi ampliada para receber mulheres transexuais, apresentando assim, a importância e necessidade de discorrer sobre esse tema. O quarto capítulo é intitulado de “Entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da Lei Maria da Penha as Mulheres Transexuais” e expõe de forma direta o posicionamento da Corte Superior, esmiuçando os votos dos Ministros.

E, por fim, temos a conclusão do referido trabalho, sendo o espaço dedicado para as considerações finais e críticas sobre o assunto abordado.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A IGUALDADE DE GÊNERO

A Constituição Federal é a norma superior de um Estado Democrático de Direito e laico, como tal, deve prevalecer sobre todos os outros documentos normativos que esse Estado possua. Trata-se de um documento jurídico-político que define as normas, regras e princípios que regem as relações públicas e privadas em seu âmbito.

A visão estigmatizada construída socialmente a respeito dos estudos nas bases familiares em relação ao gênero e a perpetuação do preconceito e da intolerância entre o ceio familiar, diante disso, buscou-se o cunho protetivo do Estado e que este assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, em especial, a violência de gênero em desfavor das mulheres transexuais.

O filósofo Emmanuel Kant foi quem mais influenciou o pensamento acerca da dignidade da pessoa humana e a atual Constituição Federal acolheu como sendo um dos seus princípios basilares à condição de fundamento da República. Trata-se de um macro princípio que norteia e orienta todo o sistema jurídico brasileiro. A dignidade é atributo inerente a todo e qualquer ser humano, a convivência social exige respeito e consideração recíprocos entre esses seres (DIAS, 2014).

O Brasil é signatário de vários acordos internacionais de direitos humanos que visam respeitar a não discriminação de qualquer origem. A identidade de gênero é um item que tem garantia constitucional, infraconstitucional e nas convenções internacionais.

O caput do artigo 5º Constituição Federal de 1988 assevera:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988, n.p).

Diante disso, a jurisprudência brasileira vem promovendo a valoração dos direitos fundamentais no que se refere à identidade de gênero, e concedendo a aplicação da Lei Maria da Penha às transexuais ou travestis vítimas de violência doméstica ou familiar. Não há espaço, no

Direito, para o preconceito e a discriminação de gênero. Inegável é o reconhecimento dos sujeitos de direitos, independentemente de sua identidade de gênero.

Conforme dito anteriormente, a autora Maria Berenice Dias (2011, p. 98), diz que:

O direito à sexualidade, como um direito comum de primeira geração, diz respeito à intimidade e à vida privada das pessoas. Em sua opinião, a sexualidade integra a própria condição humana. Ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual.

Além de estarem amparados na Carta Magna, estes direitos estão protegidos em Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Internacional para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em especial o público trans.

2.1 Conceitos de gênero, sexo, identidade de gênero

Ao aprofundar o conhecimento sobre gênero, sexualidade e a orientação sexual se faz extrema importância à reavaliação dos pré-conceitos enraizados ao longo do tempo, para se analisar sem prejulgamentos infundados, desta forma requer uma visão além dos ensinamentos religiosos ou institucionais. Tendo a sexualidade, como uma dicotomia entre o corpo biológico e o psicológico, provocando nele uma insatisfação biológica que impacta as relações sociais deste com a sociedade ao qual ele está inserido.

Nesse sentido, Louro (1997, p. 49) ensina o seguinte:

Quando afirmamos que as identidades de gênero e as identidades sexuais se elação, queremos significar algo distinto e mais complexo do que uma oposição entre dois polos; pretendemos dizer que as várias formas de sexualidade e de gênero são interdependentes, ou seja, afetam umas às outras.

É importante reiterar que a noção de gênero diante do dinamismo científico, passou a ser compreendida além dos papéis ou padrões socioculturais limitados apenas ao masculino e feminino ao qual perdurou por muito tempo numa lógica rígida e limitada. Através destes novos entendimentos em especial do judiciário, ampliou-se as concepções sobre orientação sexual e finalidade de suas identidades como uma categoria que exprime as suas vontades e orientações sexuais das mais variadas formas.

No contexto histórico, o gênero é o termo usado para designar a construção social do sexo biológico. Ele tem a ver com a organização da sociedade em relação aos sexos. Assim, a definição de homens e mulheres é resultado do contexto social, em vez da anatomia de seus corpos. Dessa forma, teríamos dois gêneros: o masculino e o feminino.

Em muitas culturas e lares da sociedade brasileira, o tema sobre sexualidade ainda é um tabu, e a expressão sexual continua não sendo vista como simplesmente uma escolha pessoal. Há preconceito e, às vezes, até violência, nesse sentido é sempre importante reforçar que se precisa evoluir como seres humanos. Para se chegar a informações confiáveis e compreender as expressões relacionadas ao tema, são passos importantes para poder abrir a mente e ajudar a combater estes estigmas.

As pessoas que se identificam como transexuais não são necessariamente homossexuais. Por isso, elas não são “classificadas” pela orientação sexual, mas, sim, pela identidade de gênero. Os transgênicos são pessoas que não se identifica com o gênero que tem, apesar de ter um sexo biológico, ela se percebe como pertencente ao sexo oposto no caso dos travesti homem que se identifica com o gênero feminino.

Essas pessoas podem apenas se vestir como mulheres ou passarem por procedimentos cirúrgicos e hormonais para mudar o corpo transexual transgênico que modificam o corpo, por meio de cirurgias e medicamentos, para adotar um novo gênero.

De acordo com Nathalia Masson (2019, p. 289):

O direito de cada pessoa vivenciar livremente a sua sexualidade representa, portanto, uma faceta do direito à liberdade, à igualdade e à dignidade, vez que se traduz no direito de gerir a própria vida de maneira a alcançar maior bem-estar, sem que isso possa resultar em quaisquer restrições de direitos.

Desta maneira, percebe-se que em um sentido mais humano, todos têm o direito à felicidade e que está para ser alcançada, além de muitas outras variáveis, depende da liberdade de orientação sexual, da liberdade de disposição do seu próprio corpo, da liberdade de relacionamento. É imprescindível, que a sociedade amadureça no sentido de que as pessoas são diferentes e que possuem ideias, sentimentos, desejos, emoções e se veem de forma diferente uma das outras.

Corroborando com esse entendimento, no tocante à identidade de gênero, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a categoria dos transgênicos, o direito à mudança ou alteração de prenome e identificação sexual no registro civil, independentemente, de ter havido ou não cirurgia de transgenitalização ou de tratamentos hormonais. Esse é o entendimento verificado na ADI 4275 (BRASIL, 2018, p. 02), que segue *in verbis*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgênicos que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.

Essa é uma importante decisão e que confere, acima de qualquer outro benefício, um verdadeiro resgate de dignidade às pessoas transexuais. Nota-se que o nosso judiciário tem se mostrado e atuado, através de suas decisões, de forma moderna e humana, conferindo direitos a partes da sociedade que sempre foram marginalizadas. É, sem dúvida, um grande avanço na conquista de direitos.

3 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA LEI MARIA DA PENHA

É necessário destacar que toda essa evolução, jurídica e social, fora fruto da coragem de uma mulher chamada Maria da Penha Maia Fernandes, a qual foi vítima, durante todo o seu casamento, de diversas agressões perpetradas por seu marido, sendo que, dentre as diversas agressões, ocorreram duas tentativas de homicídio, tendo a primeira tentativa de homicídio resultado na paraplegia de Maria da Penha.

Antes de analisar de forma mais aprofundada a Lei 11.340/2006 é importante destacar que, antes do advento da Lei Maria da Penha, os casos de Violência Doméstica e Familiar perpetradas contra as mulheres eram tipificados como crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima de até dois anos e, portanto, era julgado pelos Juizados Especiais Criminais o que, conseqüentemente, lhes sujeitava à aplicação de medidas despenalizadas trazidas a efeito pela Lei nº 9.099/95, mais conhecida como Lei dos Juizados Especiais.

Contudo, o cenário jurídico-social sofreu notável mudança a partir do advento da Lei nº 11.343/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, momento em que o “manto” protetor da entidade familiar fora retirado e, então, as mulheres passaram a serem encorajadas a trazer à tona os casos de agressões ocorridas no seio familiar, estes modestos ensaios desboca no afluente direito a evolução legislativa as necessidades mais pungentes dessa categoria.

Com o advento desta Lei, os crimes de violência doméstica e familiar deixaram de ser considerados crimes de menor potencial ofensivo (aqueles com pena máxima de até dois anos) e, ainda, foram trazidos a efeito vários preceitos e mecanismos mais céleres, efetivos e humanizados

visando a tutela dos direitos das mulheres que sejam vítimas de qualquer tipo de violência baseada no gênero feminino e praticadas no âmbito doméstico e familiar, considerando para tanto, que as mulheres, no sentido do gênero feminino, encontram-se, presumidamente, em situação de vulnerabilidade no seio familiar em relação ao seu parceiro (a).

Após o lapso temporal sobre a Lei 11.340/2006 e com evolução da sociedade e suas variadas modificações ao aspecto da identidade de gênero, surgiu um embate nos tribunais sobre a Lei Maria da Penha sendo preciso analisar quem poderá ser sujeito passivo dos crimes abarcados pela referida Lei, mais especificamente no que tange à possibilidade de pessoas transexual ou transgênicas figurarem neste polo, vez que estas se identificam como sendo do gênero feminino, bem como desempenham o papel feminino na relação. Para se chegar a um entendimento sobre essa problemática os ministros da 6ª Turma do STJ, analisaram diversos aspectos quanto à questão da identidade de gênero.

Desta forma, com as reiteradas negativas de aplicação da Lei Maria da Penha na proteção de travestis e mulheres transexuais, a revista *Isto É* (2021 apud Benevides, 2022, p. 77) produziu a seguinte matéria:

A omissão do sistema judiciário com casos de violência doméstica contra mulheres trans, por desconsiderar seu gênero como válido para a proteção contra a violência de gênero. Aliado a isso, o judiciário, muitas vezes, adota posturas transfóbicas ao emitir decisões nos poucos casos cujas denúncias são acolhidas. Em matéria, o jornalista Fernando Lavieri elucida que o judiciário ainda trata mulheres trans no masculino, tirando, portanto, seu direito a ser acolhida pela Lei Maria da Penha.

O teor da matéria acima, descreve de forma perfeita, o posicionamento e entendimento do Juízo de Primeiro Grau, bem como, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em consideração à decisão que originou o REsp nº 1.977.124/SP.

Não há como negar os avanços que a Lei Maria da Penha proporcionou no tocante à proteção contra a violência doméstica contra as mulheres transexuais, tendo diversos julgados Brasil a fora com esse entendimento. No entanto, existem decisões de juízes, que tem negado a proteção prevista na Lei Maria da Penha, alegando entre outras questões, que estas não seriam mulheres, e que, portanto, a lei não se aplicaria a elas, em um flagrante violação dos direitos humanos da população transexuais.

Em consequência de a transexualidade envolver questões complexas, o modo de abordar a questão reflete-se necessariamente no entendimento da esfera jurídica principalmente quando afeta direitos da personalidade e a regulação jurídica da identidade. Desta forma, a teoria tridimensional do Direito defende que as modificações sociais no ordenamento jurídico ocorrem como consequência de demandas sociais que forçam a criação de legislação reguladora sobre o

tema, ou seja, a Lei surge após o fato social, o que obriga o poder judiciário a pautar sobre a temática, assim ocasionando o ativismo judicial.

4 ENTENDIMENTO DO STJ SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA AS MULHERES TRANSEXUAIS

Trata-se de um tema sensível, nevoido por preconceitos e discriminações até mesmo por aqueles que devem julgar com imparcialidade e, acima de tudo, levando em consideração o que o texto constitucional prega no tocante à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, pairam, principalmente, no âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais, divergências sobre a possibilidade extensiva da aplicabilidade da Lei Maria da Penha às transexuais. O entendimento do STJ, em tese, deverá uniformizar o entendimento sobre a referida lei e evitar decisões conflitantes, diminuindo traumas para às vítimas e reduzindo o tempo dos processos, o que contribuirá também para uma Justiça mais eficiente e célere.

Historicamente, a violência praticada no âmbito familiar é tida ainda como tabu, existindo até um ditado popular: “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”. Acontece que, geralmente, a parte que mais sofre nessas brigas é a mulher, gênero feminino.

Segundo Nucci (2019, p. 794):

Costumava-se, como medida de política criminal, defender o arquivamento de inquérito policial ou até mesmo a absolvição da pessoa acusada quando o casal se reconciliava, visando à preservação da família. Uma condenação poderia provocar maiores danos à estabilidade conjugal, já alcançada pela recomposição de ambos.

Nesse sentido, a citação acima corrobora com o entendimento, de uma forma mais crítica, que nossa sociedade é extremamente machista e que sempre favoreceu o universo masculino em detrimento do público feminino.

No entanto, ainda de acordo com Nucci (2019, p. 794):

Ocorre que, atualmente, cuida-se da hipótese de violência doméstica (art. 129, §9º do Código Penal-grifo nosso), cuja ação é pública incondicionada. Por isso, não nos parece ser o caso de continuar a aplicar a política criminal de preservação dos laços familiares, pois o interesse público em buscar a punição do agente é superior à pretensa preservação do matrimônio.

Com fulcro na passagem acima, percebe-se que a sociedade tem reagido no sentido de coibir a violência doméstica familiar. Isso só é possível graças ao avanço do nível de entendimento

de civilidade da sociedade, que lutou e ainda luta por melhores condições para os públicos mais vulneráveis.

Segundo Dias (2011, p. 275-276):

Essa Lei nasceu dos anseios de uma sociedade cansada da impunidade dos autores de agressões físicas e psicológicas que vitimam as mulheres no âmbito doméstico e também de forte pressão dos órgãos internacionais responsáveis pela defesa dos direitos humanos – como a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Ancorada no próprio texto constitucional e em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica, Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, entre outras, podemos afirmar que a Lei Maria da Penha é a principal legislação nacional de prevenção contra a violência doméstica e familiar contra a mulher em situação de vulnerabilidade.

A base para a criação da Lei Maria da Penha é o artigo 226, § 8º da Constituição Federal que diz: Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, fica evidente que a discussão sobre violência doméstica é de extrema importância, principalmente, pelos números alarmantes desse tipo de delito, sendo o Brasil um dos campeões mundiais nessa modalidade de crime.

Não obstante a uma reflexão interna, percebe-se que se trata de um tema que transcende as fronteiras nacionais e que existe uma pressão muito grande de organismos internacionais que reflete em políticas públicas mais efetivas na proteção do público abrangido pela referida lei.

Precedendo à análise do entendimento do STJ sobre o tema, é importante destacar o caput e o parágrafo único do artigo 5º da Lei Maria da Penha, vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006, n.p).

Destarte, presume-se que o texto da lei prevê categoricamente, que interpretação deve ater-se ao gênero, independentemente de orientação sexual, e não ao aspecto biológico.

Segundo Interdonato (2017, p. 92),

A aplicabilidade da Lei Maria da Penha em situações nas quais as vítimas são mulheres transexuais é possível, favorecendo e garantindo, maior segurança nos casos de violência doméstica, demonstrando uma recepção um pouco mais positiva do que a apresentada no âmbito civil, na questão da alteração de documentação.

Percebe-se que o a aplicabilidade da legislação protetiva beneficia, sobremaneira, uma classe minoritária e excluída que necessita de proteção. Nesse sentido, o STJ entende que a Lei Maria da Penha é aplicável para o caso da mulher transexual vítima de violência doméstica.

Em análise do caso concreto do julgamento do Recurso Especial Nº 1977124 - SP (2021/0391811-0), segundo o relator, Ministro Rogério Schietti (BRASIL, 2022, p. 26) “Importa enfatizar que o conceito de gênero não pode ser empregado sem que se saiba exatamente o seu significado, e de tal modo que acabe por desproteger justamente quem a Lei Maria da Penha deve proteger: mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, também as transexuais”.

É de suma importância destacar a posição adotada pela 6ª turma do STJ, originada do julgamento do REsp Nº 1977124 - SP (2021/0391811-0), no caso que se estar a analisar, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal.

Ainda segundo ao julgado em comento, o Ministro Relator Rogério Schietti (BRASIL, 2022, p. 02) afirma:

Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas, e o direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias.

Nesse sentido, a Lei Maria da Penha tem por objetivo maior a proteção das vítimas em situações de vulnerabilidade, como é o caso da ofendida nos autos do REsp acima mencionado. Os abusos por ela sofridos aconteceram no ambiente familiar e doméstico e decorreram da distorção sobre a relação oriunda do pátrio poder, em que se pressupõe intimidade e afeto, além do fator

essencial de ela ser mulher, conforme se lê no trecho do REsp acima citado, a seguir transcrito *in verbis*.

Conquanto a Lei n. 11.340/2006 não estabeleça o sujeito passivo "com base no sexo feminino, mas no fato de ser mulher", o que implica a compreensão sobre as "diversas experiências do que é ser mulher", também se deve ter presente que "é preciso interpretar a lei com atenção para que um sujeito abstrato universal não seja interpretado de modo a restringir direitos e experiências de mulheres de carne e osso com base em estereótipos (MELLO, 2020, p. 84-86).

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz. Os Srs. Ministros Antônio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Destarte, o STJ usou da interpretação extensiva, que é quando a lei diz menos do que ela queria realmente dizer ao caso concreto.

Ao interpretar a lei de forma mais extensiva, o STJ faz com que a justiça chegue mais longe e beneficie mais cidadãos. Isso é positivo, pois a hermenêutica jurídica não pode estar presa na expressão literal da lei, devendo esta, ser interpretada de acordo com o caso concreto e de acordo com contexto histórico e social. A interpretação da lei deve acompanhar a evolução da sociedade e permitir que mais pessoas possam estar protegidas pelo escudo da justiça.

Corroborando com o parágrafo anterior, Dias (2011, p. 277-278) diz:

A importância desse diploma legal reside não somente no fato de criar formas de prevenção e punição da violência doméstica e familiar. Definitivamente, a importância e a extensão dessa lei são muito maiores. Pode-se afirmar, sem receio de errar, que a Lei Maria da Penha representa um marco legislativo no direito brasileiro, por trazer expressamente em seu texto o reconhecimento legal do conceito moderno de família, formado por pluralidade de formas familiares e baseado no afeto – suprimindo assim uma lacuna que imperava na nossa legislação infraconstitucional e deixava à margem da lei o relacionamento e as famílias homoafetivas.

Percebe-se que a evolução da sociedade em seus diversos aspectos, bem como, as pressões dos diversos organismos de defesa das minorias e direitos humanos é essencial para que aconteça a modernização legislativa e protetiva desses mesmos grupos.

4.1 Análise e interpretação dos votos dos ministros no julgamento do recurso especial nº 1977124 - SP (2021/0391811-0)

Observa-se que este é um tema muito importante sob a óptica do direito constitucional, do direito penal e direito processual penal, forçando-nos a expandir os conhecimentos sobre a evolução social e seus desdobramentos no âmbito do direito, sobretudo, no alcance da justiça diante da sociedade.

Nesse sentido, faz-se necessário uma análise dos votos dos Excelentíssimos Ministros do STJ, diante do caso em questão, para que possamos ter uma melhor compreensão da evolução da lei, através de uma interpretação mais extensiva.

O relator Ministro Rogério Schietti Cruz, abordou os conceitos de sexo, gênero e identidade de gênero, com base na doutrina especializada e na Recomendação 128 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que adotou protocolo para julgamentos com perspectiva de gênero. Segundo o magistrado, "gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres", enquanto sexo se refere às características biológicas dos aparelhos reprodutores femininos e masculinos, de modo que, para ele, o conceito de sexo "não define a identidade de gênero".

O Ministro Schietti, destacou o voto divergente da desembargadora Rachid Vaz de Almeida no TJSP, posto que, os julgados de tribunais locais que aplicaram a Maria da Penha para mulheres trans, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do próprio STJ sobre questões de gênero e o parecer do Ministério Público Federal no caso em julgamento, favorável ao provimento do recurso – que ele considerou "brilhante" (BRASIL, 2022).

A Ministra Laurita Vaz (BRASIL, 2022, p. 41) acompanhou o ministro relator em seu voto vogal dizendo:

Faço esse breve apanhado de dados apenas para frisar que a mulher trans é agredida, em regra, exatamente por sua condição de mulher. Quando os dados revelam que a maioria das mulheres trans é vitimada no lar por pessoas conhecidas, como no caso concreto em análise, o que temos diante de nós é um crime praticado no mesmo contexto cultural que conduziu o legislador a editar a Lei Maria da Penha, cuja premissa fundamental é o repúdio à violência doméstica e familiar baseada no gênero.

Nesse sentido, por unanimidade, os ministros da Sexta Turma entenderam que o artigo 5º da Lei Maria da Penha caracteriza a violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero, mas que isso não envolve aspectos biológicos e acompanharam os pareceres dos Ministérios: Público Estadual Paulista e Ministério Público Federal.

Importante ressaltar que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, através do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), em reunião ordinária em 15/06/2016 aprovou o Enunciado Nº 01/2016, *in verbis*:

A Lei Maria da Penha pode ser aplicada a mulheres transexuais e/ou travestis, independentemente de cirurgia de transgenitalização, alteração do nome ou sexo no documento civil". Submetido à "deliberação da plenária o enunciado foi aprovado por unanimidade (GNDH, 2016, p. 01).

Como reflexão e crítica, no Brasil, em 2021, segundo dados da Agência Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), houve 140 mortes de transexuais e travestis. Tal fato coloca nosso país, pelo 13º ano consecutivo, como o mais letal do mundo para esse público. Isso é um absurdo para um país que tem uma Constituição embasada nos ideais democráticos, defensora dos direitos humanos e proteção de grupos minoritários (BENEVIDES, 2022).

Segundo Nader (2017, p. 107):

A ideia de justiça faz parte da essência do Direito. Para que a ordem jurídica seja legítima, é indispensável que seja a expressão da justiça. O Direito Positivo deve ser entendido como um instrumento apto a proporcionar o devido equilíbrio nas relações sociais. A justiça se torna viva no Direito quando deixa de ser apenas ideia e se incorpora às leis, dando-lhes sentido, e passa a ser efetivamente exercitada na vida social e praticada pelos tribunais.

Quando o artigo 5º da Lei Maria da Penha faz citação à palavra mulher, logo depois ele assevera que esse entendimento deve basear-se no "gênero" e não apenas no conceito biológico. Nesse sentido, mesmo que tenhamos violência doméstica em números tão alarmantes, é confortante saber que o entendimento dos Procuradores, Promotores e Tribunais Superiores está no sentido de ampliar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para este público, pois esta lei possui mecanismos de proteção que, com a atuação firme do Estado, pode coibir de forma efetiva a violência doméstica sofrida por mulheres, sejam cisgênero ou transexuais. Isso é o deixar de ser apenas ideia e sim, como bem disse Nader na citação acima, uma justiça viva no Direito com uma lei incorporada e exercitada na vida social e praticada pelos tribunais.

Em suma, entendemos que o entendimento sobre a aplicabilidade da Lei Maria da Penha às mulheres transexuais é uma realidade mais próxima desse grupo minoritário e, extremamente, vulnerável em nossa sociedade. Pois, conforme apresentado, este é o entendimento dos Tribunais Superiores, bem como, das Procuradorias e Promotorias.

5 CONCLUSÃO

A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha é, acima de tudo, um marco histórico e simbólico na luta contra a opressão e violência de gênero. Trata-se de uma legislação que está em constante mudança, pois acompanha a evolução da própria sociedade.

Nesse contexto, aperfeiçoar as leis, visando cada vez mais que estas protejam, sobretudo, os mais vulneráveis é imprescindível. Não obstante, deve-se ter mecanismos de justiça, através dos órgãos julgadores, cada vez mais próximos da sociedade e sintonizados com o avanço social, em todos os sentidos e guiados, principalmente, pela Constituição Federal e não se apegando a tradições patriarcais ou limitando-se às literalidades das palavras, mas sempre, ao caso concreto.

Ainda que exista violência doméstica em números tão alarmantes, é confortante saber que o entendimento dos Procuradores, Promotores e Tribunais Superiores está no sentido de ampliar a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para este público, pois esta lei possui mecanismos de proteção que, com a atuação firme do Estado, pode coibir de forma efetiva a violência doméstica sofrida por mulheres, sejam cisgênero ou transexuais.

O estudo aprofundado da jurisprudência proferida pelo STJ, através do RESP Nº 1977124 - SP (2021/0391811-0), fez com que se buscasse conhecimentos diversos, principalmente, nas áreas do direito, sociologia e psicologia, para que se chegasse a alguma conclusão sobre números alarmantes sobre violência em nosso País.

A sociedade brasileira formou-se ancorada em princípios tradicionais e conservadores, onde as mulheres não tinham voz e muito menos direitos. Elas eram como mercadorias pertencentes, primeiramente, aos seus pais e depois aos seus esposos. Essa situação fez com que o Brasil se transformasse, ao longo do tempo, em um país machista e misógino.

Tal estudo proporcionou, também, que se chegasse à conclusão de que a sociedade está no caminho certo para que grupos minoritários sejam protegidos pela Lei. Mesmo que o Brasil esteja passando por um tempo sombrio, com casos escancarados de racismo, misoginia e preconceitos diversos, entende-se que a repercussão da decisão aqui analisada está no sentido de extensão dos direitos sociais e na garantia dos direitos humanos a grupos de riscos. Esse deve ser o caminho para que se possa reverter anos de atrasos sociais e descasos com públicos vulneráveis.

Sem sombra de dúvidas, a sociedade brasileira, sobretudo os grupos minoritários, é a grande beneficiada com a decisão do RESP Nº 1977124 - SP (2021/0391811-0), pois ela é extensiva, inclusiva, protetiva e socialmente justa. Parabeniza-se o Sr. Ministro Relator Rogério Schietti Cruz, por seu excelente trabalho, bem como, os demais ministros que acompanharam o relator, ministro Antônio Saldanha Palheiro, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior. Destaca-se ainda, a posição do Ministério Público Federal, que se posicionou em defesa dos princípios da Constituição Federal e apoio a decisão ora analisada.

Os Tribunais têm a missão de praticarem uma justiça viva, atual e inclusiva. Somente assim, o Direito, através das Leis, será exercitado na vida em sociedade e os cidadãos gozarão de direitos e garantias capazes de proporcionar um convívio harmônico e confiante nas instituições estatais.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, Bruna G (Org). **Dossiê assassinatos e violências contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. 144 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4275 Distrito Federal**. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 11.340, de 7 de Agosto de 2006**, Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.977.124 / SP. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. julgado em 05/04/2002. Disponível em: [file:///C:/Users/Wi/Downloads/RESP-1977124-2022-04-22-%20PROJETO%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Wi/Downloads/RESP-1977124-2022-04-22-%20PROJETO%20(1).pdf). Acesso em: 25 out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direitos das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GNDH-Grupo Nacional de Direitos Humanos. **Enunciados COPEVID aprovados na reunião ordinária do CNPG de 15/06/2016 – MPM**. Disponível em: <https://www.cnpg.org.br/site/images/arquivos/copevidenunciados.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

INTERDONATO, Gian Lucca. **“Trans-identidade”**: a transexualidade e o ordenamento jurídico. 1. ed. – Curitiba: Appris, 2017.

LOURO, Guacira Lopes Louro. **Gênero, sexualidade e educação**. Petrópolis: Vozes, 1997.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 7. ed. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MELLO, Adriana Ramos. **Lei Maria da Penha na Prática**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 84-86.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 40. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 19. ed. (2. Reimp.). Rio de Janeiro: Forense, 2019.

A EDUCAÇÃO NO CÁRCERE: DA PREVISÃO À REALIDADE

BIANCA ROCHA SUZUKI:

Acadêmica de Direito no
Centro Universitário São Lucas
| AFYA

LETÍCIA VIVIANNE MIRANDA CURY⁸²

(orientadora)

Resumo: Tanto a Constituição Federal, quanto a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) constituem os direitos dos presos, sendo o Estado responsável por garantir a não violação desses. O presente artigo tem como objetivo geral possibilitar uma análise sobre o direito à educação dos presos, desde o seu surgimento até as presentes legislações. No mais, foi realizado um breve estudo comparado entre o sistema penal do Brasil e da Noruega, além de explorar a oferta do ensino nas penitenciárias de Rondônia. No fim, foi possível observar que, de fato, o indivíduo que comete infrações deve ser penalizado, contudo é extremamente necessário observar o respeito à dignidade individual, assim como dispõe o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: sistema penitenciário. educação. ressocialização.

Abstract: Both the Federal Constitution and the Law of Criminal Execution (Law No. 7.210/1984) constitute the rights of prisoners, and the State is responsible for ensuring the non-infringement of these. This article has as general objective to enable an analysis on the right to education of prisoners, from its emergence to the present legislation. In addition, a brief comparative study was conducted between the penal system of Brazil and Norway, and explore the offer of teaching in the prisons of Rondônia. In the end, it was possible to observe that, in fact, the individual who commits infractions should be penalized, however it is extremely necessary to observe respect for individual dignity, as well as the Brazilian legal system.

Keywords: prison system. education. resocialization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Desenvolvimento. 1.1. Origem do ensino nas penitenciárias. 1.2. Evolução do ensino nas penitenciárias brasileiras. 2. A educação na Constituição Federal e Lei de Execução Penal. 3. Estudo comparado: Uma análise das diferenças entre o Sistema Penitenciário Brasileiro e o Norueguês. 4. Educação nas penitenciárias do Estado de Rondônia. Conclusão. Referências.

⁸² Prof. Orientadora Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Mestre em Corrupção e Estado De Direito pela Universidade de Salamanca/Espanha. Mestre em Direito Penal pela Universidade de Salamanca/Espanha.

INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro demonstra uma realidade contrária àquela estabelecida no ordenamento jurídico. Teoricamente, ao ser preso, o único direito que deve ser restringido é o direito à liberdade. No entanto, os condenados têm seus direitos básicos violados e, além de tudo, sua dignidade desrespeitada. A superlotação, a ausência de atendimento básico à saúde, as condições precárias e insalubres dos presídios, são alguns dos problemas enfrentados no sistema penitenciário brasileiro.

Essa situação das penitenciárias é um problema público que deve ser observado não somente pelas autoridades, mas também pela sociedade, já que ao invés da ressocialização e reinserção do condenado à vida social, a prisão desmoraliza o cidadão preso e favorece a reincidência. Isto porque, ao cumprir a pena e retornar ao convívio social, possivelmente o indivíduo voltará a delinquir, causando, assim, medo e insegurança à toda coletividade mediante o aumento da criminalidade.

Por óbvio, a legislação dispõe de outras formas que têm a mesma finalidade ressocializadora, todavia, neste artigo, será tratado a respeito do direito à educação aos presos.

Não há dúvidas de que o legislador, tanto na Constituição Federal de 1988, quanto na Lei de Execução Penal, trouxe diversos dispositivos acerca da educação aos indivíduos reclusos, a fim de promover a ressocialização e capacitação, preparando-os para o retorno ao convívio social. Portanto, resta evidente que é dever do Estado prestar a assistência educacional ao condenado, conforme as disposições legais.

Acontece que, o ambiente das penitenciárias não oferece as mínimas condições adequadas para o funcionamento do sistema educacional nas prisões.

No decorrer do artigo, será abordado desde a origem do ensino nas penitenciárias, bem como a sua evolução dentro do sistema penal brasileiro, tratando-se, portanto, do avanço das legislações relativas ao tema no decorrer dos anos.

No mais, será feita uma breve análise das diferenças entre o sistema penal norueguês e o sistema penal brasileiro. Por fim, será tratado quanto ao direito à educação nas penitenciárias do Estado de Rondônia.

Assim sendo, o presente estudo justifica-se pela necessidade do pesquisador em propor uma análise sobre a educação no sistema carcerário brasileiro, desde a sua previsão legal até a forma como ela realmente é proporcionada aos presos. Para este artigo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e a documental, baseando-se em livros, artigos e legislações concernentes ao tema.

DESENVOLVIMENTO

1.1 Origem do Ensino nas Penitenciárias

Neste primeiro momento, objetiva-se elucidar, de modo claro e objetivo, a origem da educação nas prisões no contexto mundial, sendo que, posteriormente, será compreendida tal temática nas penitenciárias brasileiras. No entanto, faz-se necessário realizar um breve resumo acerca do início das penas privativas de liberdade.

Com o início das comunidades organizadas, surge a necessidade de proteger aqueles que fazem parte dela. Dessa forma, originou-se a elaboração de um padrão de comportamento a ser seguido, com condutas adequadas para o bom convívio em conjunto (sociedade). Nessa época, o Estado não intervia nas punições, sendo cada indivíduo responsável por seu próprio resguardo e de sua família. Assim, nasce a “justiça com as próprias mãos” ou “vingança privada”.

Destaca-se que, até a Idade Média, não havia a existência de um local específico para encarcerar os indivíduos infratores, estes apenas eram mantidos em locais de custódia, já que, posteriormente, seriam submetidos a tortura e à pena de morte.

Com o passar dos anos, como bem pontua Carvalho Filho (2002), as instituições penais passaram a assumir uma dinâmica que fosse capaz de reprimir o delito e promover a reinserção social daqueles que os comete. Assim, portanto, surgiu o que, teoricamente, é o sistema prisional dos dias atuais.

Ocorre que, incontroverso é que a pena, incontestavelmente, se caracteriza(va) pela ausência de requalificação dos presidiários. Desta forma, com a superlotação das instituições prisionais, situação que ficou ainda mais marcante com o crescimento da população, bem como, diante da ausência de maior direcionamento quanto à ressocialização do preso após o cumprimento da pena privativa de liberdade, fez-se necessário observar as causas de tais fatores, bem como a aferição do cumprimento da pena, não apenas como um ato puramente punitivo, mas também a partir de um ato de viabilizar a não reincidência.

Aqui, inicia-se a breve contextualização acerca da origem da educação nas prisões que, conforme Marcondes e Marcondes (2007, p. 6-7), teve a religião como base:

A educação carcerária tem as suas origens na religião e as primeiras preocupações ocorreram nos Estados Unidos da América para possibilitar aos presos a leitura da Bíblia e de outros livros sagrados. Contudo, os esforços iniciais à escolarização da população carcerária encontraram grandes obstáculos das autoridades penitenciárias, tanto que um diretor da Penitenciária de Auburn em 1824 proibiu os presos de ler e escrever, sob o argumento de que a instrução destes presos poria em risco a sociedade,

porque iriam utilizar-se desses conhecimentos para falsificar documentos. (MARCONDES; MARCONDES, 2007, p.6-7).

Observa-se que, naquela época, a educação consistia na leitura de livros religiosos, todavia, houve certo receio em ofertar tal ensino aos presos, já que estes, do ponto de vista das autoridades penitenciárias, poderiam utilizar da leitura e escrita para cometer mais crimes.

No âmbito mundial, o grande marco histórico quanto ao direito à educação ocorreu em 1948, quando este fora consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 26:

Artigo 26

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (ONU, 1948).

No entanto, pode-se dizer que o marco para a instituição da educação nas prisões, ou ao menos como garantia aos presos, ocorreu em 1955, com a elaboração do documento Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, das Nações Unidas, que trouxe, na seção "Regras de Aplicação Geral" os "Princípios Básicos" a serem seguidos pelas autoridades no tratamento dos reclusos. Em específico, a regra 4, dispõe que:

Regra 4

[...]

2. Para esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser

facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos. (ONU, 1955).

Ademais, neste mesmo documento, na seção “Educação e Lazer”, afirma-se que:

Regra 104

1. Devem ser tomadas medidas no sentido de melhorar a educação de todos os reclusos que daí tirem proveito, incluindo instrução religiosa nos países em que tal for possível. A educação de analfabetos e jovens reclusos será obrigatória, prestando-lhe a administração prisional especial atenção. 2. Tanto quanto for possível, a educação dos reclusos deve estar integrada no sistema educacional do país, para que depois da sua libertação possam continuar, sem dificuldades, os seus estudos. (ONU, 1955).

Verifica-se que tal documento trouxe diversas previsões que auxiliaram as legislações vigentes quanto ao tratamento destinado aos reclusos, não somente quanto à educação, mas também tendo estabelecido que estes devem ser tratados com o respeito inerente ao valor e dignidade humana.

Numa perspectiva histórica e teórica, diz-se que o momento de instauração da educação dentro do sistema prisional foi reflexo do final da Segunda Guerra Mundial, com o advento do ideário liberal e o recebimento de novos aportes teóricos (AMARAL; SANTANA, apud SARAIVA; LOPES, 2011).

No mais, convém destacar que em 1975, em seu livro “Vigiar e Punir”, Michel Foucault traz “sete máximas universais da boa condição penitenciária”, sendo a educação o quinto princípio elencado. Sobre o tema, SOUZA (2013, p.19) nos ensina que:

Com a revolta dos detentos em 1945 – ainda quando Foucault escrevia Vigiar e Punir -, pelo fato da reforma penitenciária não ter dado certo, fez com que os princípios constituídos há quase 150 anos, voltem a fazer algum efeito sobre os apenados. Esses princípios são as “sete máximas universais da boa condição penitenciária”. O primeiro é princípio da correção (os detentos devem ser transformados novamente seu comportamento); o segundo, o princípio da classificação (devendo ser os detentos isolados ou agrupados de acordo com a gravidade penal); o terceiro, o da modulação das penas (as penas devem ir mudando de acordo com as mudanças de comportamento, progressos ou recaídas dos apenados); o quarto, é o princípio do trabalho como obrigação e como direito (o trabalho deve ser a chave principal para que ocorram as mudanças nos apenados); o quinto, o princípio da educação penitenciária (sendo responsável por este o poder público, assim como se

torna uma precaução indispensável nos interesses da sociedade e uma obrigação com o detento); o sexto, o princípio do controle técnico da detenção (este se caracteriza pelo surgimento dos agentes penitenciários); e por fim, o sétimo, o princípio das instituições anexas (dando assistência aos detentos durante e depois de cumprida sua pena, até sua readaptação definitiva dos delitos cometidos). (SOUZA, 2013, p.19).

Assim, observa-se que Foucault defende a educação como direito do preso e dever do Estado: “A educação do detento é, por parte do Poder Público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento, ela é a grande força de pensar” (FOUCAULT, 1987, p. 224 apud SANTOS; MEDEIROS, 2020).

Na atualidade, a educação nas penitenciárias é reconhecida como política pública, tendo como finalidade a inclusão social e a prevenção da criminalidade, sendo, inclusive, garantido como um direito do preso. No Brasil, tal direito é assegurado pelas variadas normas internacionais das quais o país é signatário, bem como encontra previsão na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Execução Penal, fato estes que serão abordados nos tópicos seguintes.

1.2 Evolução do Ensino nas Penitenciárias Brasileiras

Agora, tratando-se da educação nas prisões do Brasil, tem-se que seu marco inicial fora em meados do século XX, época em que possibilitou a percepção acerca dos cidadãos carcerários serem minimamente instruídos até mesmo na educação básica, com a edição das denominadas Normas Gerais do Regime Penitenciário, na forma da Lei 3.274/1957.

Estas Normas Gerais foram sancionadas por Juscelino Kubitschek, e apresentavam termos como “educação moral”, “educação intelectual”, “educação física”, “educação artística” e “educação profissional” (AMARAL; SANTANA, apud VASQUEZ, 2008, p. 70), sendo, portanto, responsável por trazer a inclusão da educação escolar para o âmbito das prisões.

Assim, tem-se que até o presente marco histórico, na realidade brasileira, a prisão apenas se valia para a finalidade de encarcerar aqueles acusados ou condenados pela prática de conduta criminosa sem que, todavia, houvesse uma real preocupação com a observância quanto à forma de reinserção daquele criminoso na sociedade.

Em 1984, a Lei nº 3.724/1957 foi revogada pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), tendo esta a finalidade de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (artigo 1º, Lei de Execução Penal, 1984), sendo a principal legislação em relação aos direitos dos presos. Prevê, inclusive, em seu artigo 3º, que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.

Quanto ao direito à educação dos presos, tem-se no artigo 11, da referida Lei, que é dever do Estado prestar a assistência educacional. No mais, os artigos 17 a 21 discorrem sobre tal assistência, incluindo, também, a instrução escolar e formação profissional, além de prever a disponibilização de bibliotecas nas unidades prisionais. Ademais, conforme o artigo 83, §4º, da LEP, deve o estabelecimento penal contar com áreas destinadas a prestar os serviços assistenciais previstos.

Posteriormente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/1996, também elencou, em seu artigo 2º, a educação como dever do Estado, bem como no artigo 5º dispôs que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão acionar o Poder Público a fim de exigí-lo.

Já em 1988, na Constituição Federal, a educação passou a ser tratada como um direito social. É o que dispõe o artigo 6º, da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Para Oliveira (1999, apud FREITAS, 2014) a CF/88 traz um salto de qualidade em relação às legislações anteriores, pois a declaração do direito à educação encontra-se bem detalhada, com maior abrangência e precisão da redação, prevendo inclusive os instrumentos jurídicos que garantam tal direito.

Assim, sendo a educação direito fundamental e social, é dever do Estado provê-la não somente a todos os indivíduos, mas também aos reclusos, a considerar que não se pode haver tratamento discriminatório, conforme o artigo 3º, IV, da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Outra legislação importante para a evolução do ensino nas penitenciárias, foi o Plano Nacional de Educação, instituído na Lei nº 10.172/2001, que trouxe metas a serem cumpridas quanto à implantação de programas de educação de jovens e adultos nas unidades prisionais. No mesmo sentido, foi instituída a Lei nº 12.106/2009, na qual prevê, em seu artigo 1º, §1º, inciso IV, fomentar a implementação de projetos de capacitação profissional e reinserção social do interno e egresso.

Todavia, até então, é possível verificar que era assegurado ao preso o direito à educação, contudo, não havia qualquer “bonificação” para aqueles que optavam pelo ensino, o que causava um grande nível de desinteresse entre os detentos.

Assim, no ano de 2011, a Lei nº 12.433 alterou a Lei de Execução Penal para “dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou trabalho”. Desta forma, regulamentada a remição da pena pelos estudos, o preso, a cada 12 (doze) horas de frequência escolar comprovadas, passou a ter direito a um dia a menos na pena (art. 126, Lei de Execução Penal), podendo, ainda, ser acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, conforme §5º do referido artigo.

Ademais, no Decreto nº 7.626/2011, instituiu-se o “Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional”, com a finalidade de ampliar e qualificar a oferta de educação nas penitenciárias (art. 1º, Decreto nº 7.626/2011). Inclusive, tal Decreto, em seu artigo 6º, dispôs que:

Art. 6º Compete ao Ministério da Educação, na execução do PEESP:

I - equipar e aparelhar os espaços destinados às atividades educacionais nos estabelecimentos penais;

II - promover a distribuição de livros didáticos e a composição de acervos de bibliotecas nos estabelecimentos penais;

III - fomentar a oferta de programas de alfabetização e de educação de jovens e adultos nos estabelecimentos penais; e

IV - promover a capacitação de professores e profissionais da educação que atuam na educação em estabelecimentos penais. (BRASIL, 2011).

No mais, este Decreto visa a reintegração social da pessoa em privação de liberdade por meio da educação” (art. 3º, Decreto nº 7.626/2011), o que fica evidente em todos os seus artigos, já que institui desde os objetivos gerais do Plano Estratégico, até as competências do Ministério da Educação e da Justiça para o cumprimento das demandas nos estabelecimentos penais.

Por esta breve análise, é possível observar o avanço durante todos estes anos quanto à implementação da educação no sistema penitenciário brasileiro.

Não há dúvidas de que o ordenamento jurídico brasileiro no âmbito penal é vasto e dispõe de diversos dispositivos, além de tratados internacionais, que objetivam a garantia deste direito aos apenados, já que, como qualquer outro cidadão, os presos possuem direitos e deveres, bem como garantias fundamentais.

Importante ponderar que, à luz de atuais estudos realizados na sociedade brasileira, tem-se que apenas uma pequena parcela da população carcerária deteve acesso à educação, situação que atinge cerca de apenas 13% da referida população. Com tal fundamento, tudo conforme estudo realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), tem-se que, dos 700 mil presos de todo o país, 70% não concluíram o ensino médio, 92% não concluíram o ensino fundamental, e menos de 1% possui diploma do ensino superior:

Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação. Dos mais de 700 mil presos em todo o país, 8% são analfabetos, 70% não chegaram a concluir o ensino fundamental e 92% não concluíram o ensino médio. Não chega a 1% os que ingressam ou tenham um diploma do ensino superior. Apesar do perfil marcado pela baixa escolaridade, diretamente associada à exclusão social, nem 13% deles têm acesso a atividades educativas nas prisões, segundo dados levantados junto ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). (NOVO, 2021).

Feitas tais considerações, tem-se que a instituição da educação junto às prisões preconiza o alcance das finalidades da pena, quais sejam, a finalidade retributiva, repressiva e a reeducadora.

Observa-se que para que se alcance tal finalidade é necessário que se estudem todos os fatores e limites que vinculam a aplicação da pena, seja quanto à necessidade de aplicação de uma sanção eficaz, para que se alcance a finalidade de reprimir pela prática de um ato ilícito, bem como com o fito de se evitar a reincidência.

2. A Educação na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal

Neste tópico, pretende-se fazer uma análise do direito à educação dos presos à luz da Constituição Federal de 1988, e da Lei de Execução Penal, instituída pela Lei nº 7.210/84.

Assim, considerando a hierarquia das normas, tem-se como principal dispositivo legal a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 6º prevê os direitos sociais, sendo a educação um deles. Veja-se:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Em consonância, tem-se o artigo 205, da Lei Maior:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno

desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Ademais, de acordo com o art. 23, da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, proporcionar os meios de acesso à educação. Além disso, observa-se que o artigo 208, I, da Constituição Federal, prevê que é dever do Estado garantir “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (BRASIL, 1998).

Desta forma, a considerar o Brasil como Estado Democrático, e sendo todos iguais perante a lei, conforme o artigo 5º, da CF/88, é dever do Estado garantir que esses direitos não sejam violados, até mesmo enquanto o indivíduo cumpre a pena. No mais, convém ressaltar que os direitos dos presos estão elencados como direitos fundamentais, e são baseados no princípio da dignidade humana, devendo ser respeitados, dada a imperatividade, eficácia e aplicabilidade imediata das normas constitucionais.

Acerca disto, tem-se o que discorre Shecaira e Corrêa Junior (1995, p. 31):

O Estado Democrático de Direito elenca como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88). Portanto, o homem deve ser a medida primeira para a tutela do Estado, alcançando ainda maior destaque no direito penal, onde o condenado será encarado como sujeito de direitos e deverá manter todos os seus direitos fundamentais que não forem lesados pela perda da liberdade em caso de pena privativa. Note-se que a pena é privativa da liberdade, e não da dignidade, respeito e outros direitos inerentes à pessoa humana. (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 1995, p. 31).

Além da Carta Magna, e tratados internacionais que não serão discutidos no presente estudo, convém destaque à Lei de Execução Penal (LEP - Lei nº 7.210/84) como instrumento normativo no tocante aos direitos dos presos. Tal Lei, em seu artigo 1º, estabelece que tem por objetivo “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado” (BRASIL, 1984). Ainda, o art. 3º da Lei de Execução Penal (LEP) determina que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” (BRASIL, 1984). Ou seja, no sentido legal, a pena atinge tão somente o direito à liberdade do indivíduo preso.

Assim, pode-se dizer que a finalidade da LEP é reprimir e prevenir a prática de novos delitos, enquanto resguarda os direitos dos condenados, inclusive propõe um ambiente adequado para a reintegração do preso à sociedade, enquanto cumpre a pena.

A Lei de Execução Penal institui os direitos dos presos em seu artigo 41 diante de um rol exemplificativo, os quais incluem direito à assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; direito à alimentação; vestuário; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; entre outros.

Em consonância, ainda, o art. 11 da LEP estabelece que a assistência que o Estado deve promover ao preso e egresso, é material (alimentação, vestuário e instalações higiênicas), educacional, social, religiosa, jurídica, bem como à saúde. Assim, sendo a educação um destes direitos do preso, resta evidente que ao Estado incumbe o dever de prestar tal assistência ao condenado, a fim de prepará-lo para o retorno ao convívio social.

Quanto à assistência educacional, conforme o artigo 17 da LEP, tem-se que “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado” (BRASIL, 1984). Além disso, há previsão de ensino à distância (art. 18-A, §3º, LEP) e implementação de uma biblioteca por unidade prisional (art. 21, LEP), bem como dispõe que tais atividades educacionais poderão ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, a fim de ofertar cursos especializados (art. 20, LEP).

Não há dúvidas de que a educação é primordial ao desenvolvimento humano, tanto no contexto social quanto moral, já que através dos estudos é possível alcançar uma melhor qualidade de vida, com independência financeira e intelectual. Para Gadotti (1999, p. 62 apud NOVO, 2019) “Educar é libertar [...] dentro da prisão, a palavra e o diálogo continuam sendo a principal chave, a única força que move um preso é a liberdade; ela é a grande força de pensar”.

No mais, é possível observar que os apenados, na maioria das vezes, são indivíduos que devido a uma lacuna na sua educação ou na ausência da mesma, obtém uma falta de capacitação que faz com que enfrentem uma dificuldade significativa para se realocarem no mercado de trabalho, e assim, tornam por compreender a criminalidade como um caminho mais “fácil e acessível”.

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2019, dos 748 mil presos no Brasil, pelo menos 327 mil não completaram os nove anos do ensino fundamental e 20 mil são considerados analfabetos. Ademais, 64% dos estabelecimentos informaram haver internos em atividade educacional, contudo apenas 123 mil presos estão matriculados. Desse total, 23.879 participam de algum programa de remição pela leitura e 15 mil estão envolvidos em remição por esporte ou outras atividades culturais.

Convém destacar que a remição da pena por estudo foi instituída pela Lei nº 12.433 de 2011, já que, até então, a Lei de Execução Penal previa apenas a possibilidade de remição pelo trabalho. Assim, a norma alterou os artigos 126 a 129 da LEP, os quais cuidam exclusivamente da remição. Observa-se que, com a nova redação, é assegurado ao preso, em regime fechado ou

semiaberto, o direito à remição pelo estudo na proporção de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar. É o que dispõe o artigo 126, *caput*, e §1º, inciso I, da LEP:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; [...] (BRASIL, 1984).

Além do mais, tais atividades poderão ser na forma presencial ou na modalidade de ensino à distância, conforme o parágrafo 2º, do referido artigo, desde que regulamentadas e certificadas pelas autoridades competentes. No mais, o parágrafo 5º, prevê que, aquele preso que concluir o ensino (fundamental, médio ou superior) durante o cumprimento da pena, poderá receber um acréscimo de 1/3 no tempo de remição.

Ao que se sabe, quando o apenado tem a remição do tempo de pena, este será contado ao da pena privativa de liberdade, sendo que ao cumprir o tempo determinado poderá ser beneficiado com a progressão de regime e ainda livramento condicional, conforme está disposto no art. 128 da Lei de Execução Penal. Mas se ocorrer o caso do apenado que foi beneficiado cometer falta grave, poderá este ter a remição revogada em até um terço, através de decisão judicial, conforme previsão no art. 127 da Lei de Execução Penal (LIMA; SILVA apud AVENA, 2015).

Para Mirabete (2004, p. 517 apud LIMA; SILVA) a remição reeduca o condenado e prepara-o para o retorno ao convívio social, uma vez que proporciona meios para que sua reabilitação se dê diante de si mesmo e diante da sociedade, além de condicionar sua "liberdade" ao próprio esforço.

Na LEP (Lei nº 7.210/84) o legislador buscou especificar os deveres do apenado no cumprimento da pena, bem como o ambiente prisional adequado, além de dispor sobre os direitos dos presos (progressão de regime, saídas temporárias, assistência à saúde, educação e profissionalização, entre outros), e prever punições nos casos de cometimento de falta disciplinar pelo apenado.

Assim, é possível perceber que a Lei de Execução Penal não possui apenas a finalidade de reprimir ou punir o condenado, mas também oferecer condições para que seu retorno ao convívio social ocorra de forma digna e coerente.

3. Estudo comparado: Uma análise das diferenças entre o Sistema Penitenciário Brasileiro e o Norueguês.

É de conhecimento geral o cenário caótico que acomete as penitenciárias brasileiras. As celas superlotadas, a ausência de atendimento básico à saúde, bem como as condições precárias e insalubres dos presídios, são alguns dos problemas enfrentados no sistema penitenciário do país que interferem diretamente no alto índice de reincidência.

Sendo assim, neste tópico será realizado um estudo comparado entre o sistema penitenciário da Noruega e do Brasil, com a finalidade de analisar, de forma breve, as práticas carcerárias nesses dois países, tendo como principal foco as diferenças entre os métodos utilizados no encarceramento, já que ambos os países possuem a ressocialização como principal função.

De início, é importante destacar que a proporção de presidiários na Noruega é de 57 para cada 100 mil habitantes, ao passo que, no Brasil, a taxa é de 389 por 100 mil, conforme dados do World Prison Brief (WPF, 2021). Outro ponto que merece destaque é a taxa de homicídios que, enquanto a Noruega registra 0,6%, no Brasil, segundo dados do Índice para uma Vida Melhor (OECD), é de 19%.

A taxa de reincidência na Noruega é uma das mais baixas do mundo, registrando apenas 20%. Lá, no sistema prisional, prioriza-se o tratamento humanizado dos presos, tendo, inclusive, o ideal de que os detentos devam manter uma rotina comum, como se fora da prisão estivessem. É o que chamam de princípio da normalidade.

Desse modo, os presos realizam diversas atividades de lazer, como jogar videogame, assistir televisão, tocar instrumentos musicais, dentre outras. Inclusive, um diferencial do sistema penal norueguês é que se evita a aplicação de penas duradouras, sendo que a grande parte dos presos não fica um ano, e a sentença máxima é de 21 anos. Assim, é possível perceber que, de fato, o foco do sistema é cumprir sua missão de reabilitação do indivíduo ao convívio social, observando, a todo momento, os direitos humanos.

Cita-se como exemplo, a prisão de Halden, de segurança máxima, considerada “de luxo”, na qual os agentes penitenciários sequer utilizam armamentos. Nela, cada detento tem seu próprio quarto, os quais são devidamente equipados com televisão, frigobar e banheiro.

Ademais, são inúmeras atividades oferecidas aos detentos, dentre elas estão as aulas de música, culinária e, além disso, os presos também podem praticar esportes, receber familiares e amigos em particular duas vezes na semana, bem como há uma biblioteca com livros e revistas. Além disso, os presos recebem questionários destinados a melhorar a vivência deles dentro da

penitenciária, isto é, são feitas perguntas para saber como a experiência na prisão pode ser aperfeiçoada.

Ao contrário do que se encontra na Noruega, aqui, no Brasil, tem-se um sistema penal propenso à falência, uma vez que as finalidades da pena, quais sejam, retributiva, repressiva e a reeducadora, não são devidamente cumpridas. Nesse sentido, disserta Oliveira (2009):

A falência do sistema penitenciário brasileiro é resultado do colapso dos diversos aspectos que o compõe, uma vez que as condições de sobrevivência no cárcere são totalmente degradantes, atentando contra o basilar princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o sistema prisional ao longo dos tempos tem se demonstrado incapaz de cumprir as medidas básicas de reabilitação do apenado, ou seja, o crime cresce de maneira descontrolada e a ressocialização do preso é o que menos ocorre, visto que os índices de reincidência carcerária só têm aumentado. Percebe-se, com isso, o imenso contraditório existente entre o que é previsto no texto constitucional e a realidade cruel e desumana do cumprimento das penas nas prisões brasileiras, pois o indivíduo é tratado de forma degradante. Dessa maneira, o processo falimentar do sistema penitenciário no país é creditado à dimensão da população carcerária, e à falta de investimento nas casas prisionais, ora por falta de recursos do ente estatal e também por total falta de interesse deste em investir na melhoria da qualidade de vida dos apenados. (OLIVEIRA, 2009).

De acordo com Rafael Damasceno de Assis (2007), “o Brasil convive com um abandono do sistema prisional, o que deveria ser um instrumento de ressocialização, muitas vezes, funciona como escola do crime, devido à forma como é tratado pelo Estado e pela sociedade”.

Ao ser preso, o indivíduo, teoricamente, perde tão somente o direito à liberdade, sendo-lhe garantidos todos os outros direitos disponíveis na Carta Magna, bem como na Lei de Execução Penal. No entanto, o sistema penitenciário brasileiro é extremamente cruel, mantém o caráter de vingança, e viola os direitos básicos garantidos aos presos.

Inclusive, convém destacar o desrespeito ao princípio da dignidade humana ante a superlotação das celas, a ausência de atendimento básico à saúde, as condições precárias e insalubres dos presídios, acrescido do tratamento desumano que os presos recebem das autoridades.

Assim, Rolim (2003, p. 121) destaca:

O Brasil, como a maioria dos países latinos - americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira inconsistente um agravamento extraordinário de problemas já muito antigo como superlotação carcerária, a escalada da violência entre os internos, as práticas de abusos, maus tratos e tortura sobre eles, a existência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos direitos humanos. (ROLIM, 2003, p. 121).

A verdade é que, o senso comum acredita que aquele responsável por cometer um crime deve ser tratado da pior forma possível para “aprender”. Ocorre que, esta ideia se mostrou totalmente equivocada, em razão do elevado nível de reiteração criminosa. Isto porque, mesmo se mostrando contrário ao que o ordenamento jurídico propõe, o sistema não se mostra eficiente.

Desse modo, resta evidente que o maior responsável pelo aumento da reincidência é a falta de um sistema adequado, e que realmente forneça ao preso o necessário para promover a ressocialização, e assim, tornar possível sua reinserção social após o cumprimento da pena.

4. Educação nas penitenciárias do Estado de Rondônia.

Por fim, neste último tópico, será abordado quanto ao direito à educação nas penitenciárias no Estado de Rondônia.

Primeiramente, cabe destacar que, conforme dados coletados no Departamento Penitenciário Nacional, utilizando como Julho de 2022 como mês de referência, o custo médio do preso para o governo brasileiro é, em média, R\$ 2,3 mil mensais, enquanto um aluno custa, aproximadamente, R\$ 4,6 mil por ano, ou seja, o custo médio mensal é de R\$ 380 reais mensais.

A educação possui um papel extremamente importante em fornecer às pessoas o conhecimento, as habilidades e as competências necessárias para uma participação efetiva na sociedade e na economia. Ter uma boa educação aumenta consideravelmente a probabilidade de encontrar emprego e ter renda suficiente (OECD, 2022). Dessa forma, resta evidente a importância de investir no sistema educacional e, fornecer educação de qualidade a toda a sociedade, tal como diz o filósofo Immanuel Kant, “o homem não é nada além daquilo que a educação faz dele”.

Assim, sendo a educação classificada como direito universal, deve o Estado proporcioná-la de forma igualitária, inclusive aos presos. Destaca-se o que discorre Novo (2021), em seu artigo “A importância da educação prisional para a recuperação de detentos no Brasil e na Espanha”:

A educação é um direito social assegurado pela Constituição Federal e consagrado na legislação internacional. No entanto, quando se trata da

população encarcerada, tal direito parece não ter o mesmo grau de reconhecimento. Se é fato que as camadas pobres da população são privadas de vários direitos, entre eles, o direito a uma educação de qualidade, essa realidade torna-se ainda mais contundente e pior – mais invisível ou naturalizada – em se tratando de pessoas condenadas pelo sistema de justiça penal. (NOVO, 2021).

Neste ano, conforme dados coletados no 12º Ciclo do Sistema de Informações do Departamento Nacional (SISDEPEN), em Rondônia, há 14.420 presos custodiados no sistema penitenciário estadual, e 50 no federal. Analisando essas mesmas informações fornecidas, foi possível verificar que, atualmente, o total de pessoas privadas de liberdade em atividades educacionais, somando-se os custodiados no sistema estadual e federal, é de 5.186, sejam elas na alfabetização, ensino fundamental, ensino médio, ensino superior, curso técnico, curso de formação inicial e continuada.

Através de pesquisas, foi possível identificar que no estado de Rondônia, a Secretaria de Estado de Justiça (SEJUS) em parceria com entidades, sendo elas o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), aliada à instituições de ensino, quais sejam, Instituto Federal de Rondônia (IFRO) e Instituto Estadual de Desenvolvimento da Educação Profissional (IDEP), somando-se, também, com a Cooperativa de Trabalho Multidisciplinar de Desenvolvimento da Amazônia (COOTAMA) e a Associação Beneficente, Assistência Médica e Social à População Ribeirinha do Vale do Guaporé e Mamoré da Amazônia Ocidental (ASBAMGUAMA), oferta cursos profissionalizantes aos reclusos, com a finalidade de proporcionar o estudo e, posteriormente, após o cumprimento da pena, possibilitar que sejam capazes de construir um futuro diferente, longe da criminalidade.

Em 2020, até o mês de agosto de 2021, a Sejus capacitou 888 reeducandos, com cursos de olericultura, corte e costura, serralheria, panificação, artesanato de bordado à mão, atendimento ao público e auxiliar de agropecuária (GENTE DE OPINIÃO, 2021).

Ademais, até o ano de 2021, o acervo bibliográfico das unidades prisionais, formado por meio de doações do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), contava com mais de dez mil obras disponíveis aos presos, o que é de suma importância, uma vez que a leitura diminui a ociosidade e, ainda, contribui para a formação do cidadão.

Outro projeto elaborado pela SEJUS para manter a população carcerária ocupada foi o “Pintando a liberdade”, no qual houve a instalação de uma fábrica de bolas na Penitenciária Estadual Ênio Pinheiro dos Santos e, também, um ateliê de costura. Isso foi possível através do financiamento pelo Ministério do Esporte, de 90%, sendo os outros 10% do Estado de Rondônia.

Nesse projeto, “o material produzido é distribuído para as escolas da rede pública estadual e municipal, associações e entidades filantrópicas que tenham o esporte em suas atividades” (SEJUS, 2022). Inclusive, aqueles que participam deste programa têm remição de pena, além de serem remunerados pela produção.

Destaca-se, também, a elaboração do “Plano Estadual de Educação para Pessoas Privadas de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional do Estado de Rondônia”, aprovado pelo DEPEN, o qual objetiva a ampliação e qualificação da oferta de educação nos estabelecimentos penais do Estado, bem como cultura e esporte, para o quadriênio de 2021-2024. Tal Plano foi elaborado pela Secretaria de Estado da Educação de Rondônia (SEDUC) em parceria com a SEJUS, levando-se em consideração o Decreto nº 7.626/2011, referente ao direito à educação nas penitenciárias, inclusive, abordado brevemente neste artigo.

No Plano Estadual, há a oferta desde os ensinamentos básicos, quais sejam, alfabetização, ensino fundamental e médio, até a educação superior, bem como cursos profissionalizantes e formação técnica. Ademais, conta com indicadores estratégicos para melhor avaliar a eficácia e a efetividade das atividades em todas as unidades prisionais do Estado, bem como analisar os índices de pessoas inseridas nas atividades educacionais, entre outros.

Convém destacar que esses programas, bem como políticas públicas, desenvolvidos dentro dos presídios e para os presos, são extremamente necessários, pois, conforme já verificado, o aumento de investimento na educação liga-se, quase que diretamente, com a diminuição da criminalidade. Isto porque, a falta de oportunidade faz com que o indivíduo procure a alternativa mais fácil, qual seja a marginalidade. Conforme disserta Novo (2021):

A educação é importante na recuperação, muitos detentos têm baixos padrões de escolaridade. Uma parcela significativa não domina as competências básicas de leitura e escrita, esse baixo nível de escolaridade afetou suas vidas e pode ter contribuído para que cometessem delitos, por isso os programas e projetos de educação nos presídios são importantes para desenvolver nos encarcerados seu senso de autovalorização (NOVO, 2021).

De acordo com o Índice para uma Vida Melhor (OECD), apenas 57% dos adultos com idades entre 25 e 64 anos completaram o ensino médio, porcentagem, essa, abaixo da média da OCDE, de 79%. Ao analisar estes números dentro dos presídios, tem-se que cerca de 70% dos presos não concluíram o ensino fundamental.

Dessa forma, oferecer cursos profissionalizantes e proporcionar o ensino a estes indivíduos apenados, que por vezes, sequer, tiveram a oportunidade de estar em uma sala de aula é, de fato, um caminho a ser seguido, assim como é previsto nas diversas legislações já citadas neste artigo.

É evidente que a educação oportuniza o indivíduo a buscar uma melhor qualidade de vida, visto que poderá ingressar no mercado de trabalho e conquistar um futuro diferente daquele que, por vezes, o contexto social o fez escolher.

CONCLUSÃO

Através do estudo realizado, constatou-se que a legislação classifica a pena como sendo retributiva, reeducadora e capaz de criar condições para possibilitar o retorno do apenado ao convívio social de forma proveitosa. Contudo, percebe-se que o Brasil não alcança tal finalidade.

De fato, o indivíduo que comete infrações deve ser penalizado, todavia é extremamente necessário observar o respeito à dignidade individual, assim como dispõe o ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme verificado, no Brasil, o próprio sistema penal colabora com o aumento dos níveis de reincidência, uma vez que a prisão funciona como escola para a vida criminosa, e não como via de prevenção e punição aos delitos. Ao contrário, as penitenciárias norueguesas criam um ambiente confortável, que favorece o retorno dos infratores ao convívio social de forma que eles se tornam, novamente, parte da comunidade, o que reduz, conseqüentemente, as taxas de reincidência criminal.

Inclusive, foi possível observar que a educação é uma forma de promover a ressocialização do preso, sendo dever do Estado garantir à população carcerária o direito ao ensino, uma vez que tal direito se encontra previsto na Constituição Federal de 1988, bem como na Lei de Execução Penal, dentre outras legislações, conforme abordado no presente artigo.

Além disso, observou-se que há, em Rondônia, parcerias entre a SEJUS e a SEDUC com instituições de ensino, entidades e associações, para a oferta de cursos profissionalizantes, cujo objetivo é capacitar os apenados para que, ao término do cumprimento da pena, tenham a possibilidade de construir um futuro diferente.

Tal preocupação em instituir projetos e programas cujos objetivos são proporcionar ao apenado a oportunidade de ser alfabetizado ou concluir o ensino fundamental e médio, devem tornar-se parte do governo e da sociedade, já que essas melhorias não beneficiam somente os indivíduos presos, mas também toda a coletividade.

O tratamento desprezível e de descaso com os apenados impossibilita a ressocialização, além de promover a revolta destes cidadãos, já que estigmatizados após o cumprimento da pena e jogados à margem da sociedade, retornam à vida criminal.

Assim, ao proporcionar as medidas de assistência necessárias ao preso e possibilitar a sua reinserção ao convívio social de forma produtiva, promovendo a escolarização e capacitação deles e, oportunizando o ingresso no mercado de trabalho, tem-se um reflexo positivo na esfera social, inclusive, na diminuição da criminalidade.

REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA das prisões e dos sistemas de punições. ESPEN - Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário, 2022. Disponível em: <<http://www.espen.pr.gov.br/Pagina/historia-das-prisoos-e-dos-sistemas-de-punicoes>>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

ABREU, Almiro Alves de. **EDUCAÇÃO ENTRE GRADES: UM ESTUDO SOBRE A EDUCAÇÃO PENITENCIÁRIA NO AMAPÁ.** Tese (Pós-graduação na área de Fundamentos da Educação) - Universidade Federal de São Carlos. São Carlos, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/2490/2164.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 10 de ago. de 2022.

AMARAL, Fernanda Castanheira; SANTANA, Maria Silvia Rosa. **Educação no sistema prisional brasileiro: origem, conceito e legalidade.** Jus, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62475/educacao-no-sistema-prisional-brasileiro-origem-conceito-e-legalidade>>. Acesso em: 05 de set. de 2022.

ASSIS, Rafael Damasceno. **A Realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro.** Artigo publicado na Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, 2007. Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/949>>. Acesso em: 18 de set. de 2022.

Assembleia Geral da ONU. **"Declaração Universal dos Direitos Humanos"**. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

BOTELHO, Vinicius. **Brasil gasta quase quatro vezes mais com sistema prisional em comparação com educação básica.** Jornal da USP, 2022. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/brasil-gasta-quase-quatro-vezes-mais-com-sistema-prisional-em-comparacao-com-educacao-basica/>>. Acesso em: 20 de set. de 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de ago. de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.626, de 24 de novembro de 2011**. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. Diário Oficial da União, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7626.htm>. Acesso em: 12 de ago. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.106, de 2 de dezembro de 2009**. Cria, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2009. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12106.htm>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm>. Acesso em: 10 de out. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 12 de ago. de 2022.

BRASIL. SISDEPEN. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: 26 de set. de 2022.

CASTRO, Augusto. **Lei que permite a condenado reduzir pena pelo estudo completa dez anos**. Senado, 2021. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/29/lei-que-permite-condenado-reduzir-pena-pelo-estudo-completa-dez-anos>>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

CNJ regulamentada remição de pena por estudo e leitura no sistema prisional. Rio Grande do Sul: **Jornal Extra Classe**, 2021. Disponível em: <<https://www.extraclasse.org.br/justica/2021/05/cnj-regulamentada-remicao-de-pena-por-estudo-e-leitura-no-sistema-prisional/>>. Acesso em: 10 de set. de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília: CNJ, 2016. 45 p. (Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/403>>. Acesso em: 09 de out. de 2022.

DUARTE, Alisson José Oliveira; SIVIERI-PEREIRA, Helena de Ornellas. **Aspectos históricos da educação escolar nas instituições prisionais brasileiras do período imperial ao século XXI**.

Educação. UNISINOS, São Leopoldo, v. 22, n. 4, p. 344-352, Oct. 2018. Disponível em: <http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-62102018000400344&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 de set. de 2022.

FREITAS, Danielli Xavier. **O direito à educação nas Constituições brasileiras**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/144779190/o-direito-a-educacao-nas-constituicoes-brasileiras#:~:text=os%20direitos%20sociais%3A-Art,e%20um%20dever%20do%20Estado.>>. Acesso em: 07 de set. de 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Noruega como modelo de reabilitação de criminosos**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932086/noruega-como-modelo-de-reabilitacao-de-criminosos>>. Acesso em: 17 de set. de 2022.

GOVERNO define repasse de R\$ 4.677 como valor mínimo por aluno em 2022. **Correio do Povo**, 2021. Disponível em: <<https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/ensino/governo-define-repasse-de-r-4-677-como-valor-m%C3%ADnimo-por-aluno-em-2022-1.748887>>. Acesso em: 28 de set. de 2022.

LIMA, Adriano Gouveia; SILVA, Emílio Lima Gomes Pereira da. **A remição pelo estudo e a análise de seus requisitos legais**. Boletim Jurídico, 2018. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-processual-penal/4188/a-remicao-pelo-estudo-analise-seus-requisitos-legais>>. Acesso em: 15 de set. de 2022.

MARCÃO, Renato. **Lei n. 12.433/11: remição de pena pelo estudo; cômputo e perda dos dias remidos**. Jusbrasil, 2011. Disponível em: <<https://renatomarcao.jusbrasil.com.br/artigos/160172507/lei-n-12433-11-remicao-de-pena-pelo-estudo-computo-e-perda-dos-dias-remidos>>. Acesso em: 11 de set. de 2022.

MARCONDES, Martha Ap. Santana; MARCONDES, Pedro. **A educação nas prisões**. Acervo Paulo Freire, 2008. Disponível em: <<http://acervo.paulofreire.org:8080/xmlui/handle/7891/4268>>. Acesso em: 05 de out. de 2022.

MARTINES, Fernando. **Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios>>. Acesso em: 19 de set. de 2022.

MENDONÇA, Taiana. **Sejus investe em Educação e trabalho para ressocialização de reeducandos do Sistema Penitenciário de Rondônia**. Gente de Opinião, 2021. Disponível em: <<https://www.gentedeopinioao.com.br/ultimas-noticias/social/sejus-investe-em-educacao-e-trabalho-para-ressocializacao-de-reeducandos-do-sistema-penitenciario-de-rondonia>>. Acesso em: 28 de set. de 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **A EDUCAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://benignonovonovo.jusbrasil.com.br/artigos/477173747/a-educacao-prisional-no-brasil>>. Acesso em: 15 de ago. de 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **A importância da educação prisional para a recuperação dos detentos no Brasil e na Espanha**. DireitoNet, 2021. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12195/A-importancia-da-educacao-prisional-para-a-recuperacao-de-detentos-no-Brasil-e-na-Espanha#:~:text=E%20a%20Lei%20de%20Execu%C3%A7%C3%A3o,a%20forma%C3%A7%C3%A3o%20profissional%20do%20preso.>>. Acesso em: 11 de set. de 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **A relevância da educação prisional como instrumento de ressocialização**. Jus, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74918/a-relevancia-da-educacao-prisional-como-instrumento-de-ressocializacao>>. Acesso em: 11 de set. de 2022.

OECDBetterLifeIndex. **Brasil, como vai a vida?**. OECDBetterLifeIndex, 2015. Disponível em: <<https://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/brazil-pt/>>. Acesso em: 20 de out. de 2022.

OECDBetterLifeIndex. **Noruega, como vai a vida?**. OECDBetterLifeIndex, 2015. Disponível em: <<https://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/norway-pt/>>. Acesso em: 20 de out. de 2022.

OLIVEIRA, Maria Julia Bittencourt de. **A Ressocialização do apenado através do trabalho, em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. Âmbito Jurídico, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ressocializacao-do-apanado-atraves-do-trabalho-em-face-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/#:~:text=%C3%89%20irrefut%C3%A1vel%20que%20o%20elemento.vivenciar%20as%20mazelas%20do%20c%C3%A1rcere>. Acesso em: 11 de set. de 2022.

POR dentro da 'prisão de luxo' da Noruega, que divide opiniões por tratamento a detentos. **BBC News Brasil**, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43515908>>. Acesso em: 15 de set. de 2022.

RONDÔNIA. **Plano Estadual de Educação para Pessoas Privadas de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional do Estado de Rondônia**. Secretaria de Estado da Educação (SEDUC). Secretaria de Estado da Justiça (SEJUS). Porto Velho, 2021. Disponível em: <<https://rondonia.ro.gov.br/wp-content/uploads/2021/09/Plano-Estadual-de-Educacao-para-Pessoas-Privadas-de-Liberdade-e-Egressas-do-Sistema-Prisional-1.pdf>>. Acesso em: 16 de set. de 2022.

SANTOS, Maria Eliane Ferreira dos. MEDEIROS, Késia Girlane Santos de. **Educação para apenados: Desafios e perspectivas**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento.

Ano 05, Ed. 10, Vol. 20, pp. 144-160. Outubro de 2020. ISSN: 2448-0959. Disponível em:
<<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/educacao/educacao-para-apenados>>. Acesso em:
13 de out. de 2022.

SANTOS, Sintia Menezes. **Ressocialização através da educação**. DireitoNet, 2005. Disponível em:
<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2231/Ressocializacao-atraves-da-educacao>>.
Acesso em: 09 de set. de 2022.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Pena e constituição: aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31

SEJUS. **Secretaria do Estado da Justiça**. Rondônia, 2022. Disponível em:
<<https://rondonia.ro.gov.br/sejus/>>. Acesso em: 05 de out. de 2022.

SOUZA, Guilherme Argenta. **A EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL: UMA POLÍTICA DE REINSERÇÃO SOCIAL?**. Monografia (Especialização em Gestão Educacional) - Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS). Santa Maria, 2013. Disponível em:
<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/173/Souza_Guilherme_Argenta.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 de out. de 2022.

WPB. **World Prison Brief data Brazil**. WPB, 2021. Disponível em:
<<https://www.prisonstudies.org/country/brazil>>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

WPB. **World Prison Brief data Norway**. WPB, 2021. Disponível em:
<<https://www.prisonstudies.org/country/norway>>. Acesso em: 12 de set. de 2022.

LIMITES DA SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA – COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS DE CIVIL LAW E COMMON LAW

RAFAEL BORTOLETTO SETTE:

Mestrando na PUC-SP e advogado em São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve Panorama das Principais Diferenças entre o *civil law* e *common law*. 3. O direito das sucessões no sistema *civil law*. 3.1. Brasil. 3.2. Itália. 3.3. França. 3.4. Portugal. 3.5. Alemanha. 3.6. México. 4. O direito das sucessões no sistema *common law*. 4.1. Inglaterra. 4.2. Estados Unidos da América. 5. Reflexões acerca do planejamento sucessório e da necessidade de modificação da legítima. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar as diferenças essenciais entre os direitos sucessórios nos países que adotam o sistema do *civil law*, sob a influência do direito romano-germânico, em relação àqueles que adotam o regime do *common law*, sob a influência do direito anglo-saxão.

Nesse cenário, o estudo será realizado por meio da interpretação crítica da legislação civil de cada país selecionado, focando especialmente nas regras sobre legítima em contraposição à liberdade de disposição patrimonial, e os reflexos dessa interpretação sobre a necessidade e possibilidade de se efetivar planejamento sucessório.

Ao final deste trabalho, pretende-se demonstrar que, em alguns países que adotam a *civil law* (Itália, França, Portugal e Alemanha) existe a “legítima” ou “reserva legal” de determinados familiares, denominados no Brasil como herdeiros necessários, estabelecidos de acordo com cada ordenamento jurídico (à exceção do México que, embora também seja considerado um país que adota o sistema da *civil law*, não adota o instituto da legítima, sendo resguardado apenas o direito de alimentos dos familiares, após o óbito do autor da herança, se comprovada a situação de necessidade).

Em contrapartida, outros países, que adotam o sistema da *common law* (Inglaterra e Estados Unidos), reconhecem a liberdade de disposição patrimonial, desde que resguardado o direito de alimentos.

A análise também será realizada de modo a demonstrar, por meio do método comparativo, que, embora os países que adotam o *civil law* tenham incorporado alguns institutos do *common law*⁸³ (em especial, o Brasil, que nos últimos anos, os precedentes judiciais têm se destacado), no âmbito sucessório as divergências permanecem.

83 JURISDIÇÕES MISTAS: CIVIL LAW & COMMON LAW. Mixed jurisdiction: Civil Law & Common Law. Revista de Processo | vol. 270/2017 | p. 385 - 406 | Ago / 2017 | DTR\2017\2590.

Ao final, espera-se demonstrar que, como regra geral, os países que adotam o sistema *civil law* possuem regramentos sucessórios mais rígidos, com maior limitação dos atos de disposição patrimonial pelo testador ou doador, de modo a atingir a finalidade de garantir a legítima ou reserva legal dos herdeiros. Por outro lado, os países que seguem o sistema da *common law* adotam critérios mais abertos, que permitem, em muitos casos, a livre disposição patrimonial, o que facilita o planejamento sucessório.

Nesse contexto, também serão demonstradas por meio do presente artigo, por meio de análise doutrinária, a sugestão de alguns autores de diminuição do percentual atual da legítima do ordenamento jurídico brasileiro ou até mesmo a sua eliminação, de modo a permitir um cenário mais adequado às medidas de planejamento sucessório.

2 BREVE PANORAMA DAS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE O *CIVIL LAW* e *COMMON LAW*

A interpretação decorrente da lei escrita como fonte primária ou dos precedentes depende das circunstâncias sociais e históricas sobre as quais cada país está vinculado. Nesse contexto, surgiram dois tipos de sistemas nos ordenamentos jurídicos, o sistema da *civil law*, de tradição romano-germânica, predominante nas nações latinas e germânicas; e o sistema da *common law*, de tradição anglo-americana.

O sistema *civil law*, também denominado como romano-germânico, em que a fonte primordial é a lei escrita, geralmente apresentada na forma codificada, de acordo com a doutrina majoritária, é decorrente de dois momentos históricos. O primeiro consistente na descoberta de textos jurídicos romanos, armazenados durante a Idade Média, os quais foram objetos de estudo e interpretação pelos estudiosos da época. O segundo a Revolução Francesa, marco temporal da consolidação de um novo modelo jurídico⁸⁴.

Nesse contexto, após a Revolução Francesa, a lei escrita passou a ser considerada um meio legítimo de representação da vontade do povo e de limitação de eventuais abusos ou condutas arbitrárias por parte dos magistrados, os quais permaneceram vinculados unicamente à aplicação literal dos dispositivos legais. Assim, no entendimento de Miguel Reale:

A tradição latina ou continental (*civil law*) acentuou-se especialmente após a Revolução Francesa, quando a lei passou a ser considerada a única expressão autêntica da Nação, da vontade geral, tal como verificamos na obra de Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*.⁸⁵

Assim, conforme Luiz Guilherme Marinoni⁸⁶ destaca em sua obra doutrinária caso, após a revolução, os magistrados prolatassem decisões destoantes da lei, os resultados positivos de

84 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *civil law* e *common law*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

85 REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002. p.142.

86 MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do *Civil Law* e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

limitação ao absolutismo conquistados na revolução estariam perdidos ou seriam inalcançáveis pelo povo.

Em decorrência da Revolução Francesa, ocorreu a consolidação tanto na França quanto na Alemanha, com repercussões em outros países, de uma escola com a finalidade de construir o Direito com base na Codificação, denominada “Escola de Exegese”, a qual lançou a base para o Direito Contemporâneo⁸⁷.

A limitação ao poder dos magistrados, decorrente da aludida revolução, refletiu no sistema adotado pelo Brasil, ao priorizar a aplicação da lei escrita em detrimento das demais fontes do direito, sendo tal entendimento positivado na Constituição Federal Brasileira, por meio de seu artigo 5º, inciso II, que dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nas palavras de Renato Becho, ao traduzir as características do *civil law* apontadas por David Maxwell Walker⁸⁸:

A existência de código cobrindo grandes áreas do direito e estabelecendo direitos e deveres das pessoas em termos bastante gerais, o uso de terminologia, conceitos e frequentemente princípios que tiveram sua origem no direito romano, baixa consideração para os precedentes judiciais e grande confiança na influência de acadêmicos do direito na sistematização, crítica e desenvolvimento do direito em seus livros e demais escritos.

O contexto histórico de formação do *common law*, por seu turno, deriva do período de reorganização e centralização da justiça realizada pelo rei Guilherme I, também conhecido como “Guilherme o Conquistador”, a partir de 1.066. Após a conquista do território inglês, Guilherme teria realizado uma reestruturação radical na sociedade inglesa, na medida em que, no momento em que assumiu o trono, o território estava dividido em ducados, condados, senhorios feudais e pequenas vilas, cada um com os próprios costumes e tribunal.

Esse contexto impedia um poder efetivo do novo rei e foi solucionado por meio da unificação dos costumes e da jurisdição, por meio da concretização do feudalismo na Inglaterra. Desde o início, Guilherme Conquistador se comprometeu a manter as leis e os costumes anglo-saxões, sem impor seus interesses em relação aos demais membros da sociedade inglesa⁸⁹.

Por outro lado, as reformas no âmbito processual ocorreram durante o reinado de Henrique II, o que impediu consideravelmente qualquer influência romana no âmbito do direito

⁸⁷ REALE, Miguel. op. cit., p.153.

⁸⁸ Tradução livre feita por Renato Becho em seu *Ativismo jurídico* p. 103 Walker, David M. *The Oxford Companion to Law*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 223, Tradução livre.

⁸⁹ Guilherme, o Conquistador. Disponível em: <<https://www.algosobre.com.br/biografias/guilherme-o-conquistador.html>> Acesso em 26 junho.2022.

inglês. No contexto do reinado de Henrique II, a partir do ano de 1154, após a unificação política da Grã-Bretanha (exceto Escócia), ocorreu a unificação do direito, sendo denominado de “direito comum” em razão da natureza de substituição dos direitos particulares em vigor até aquele momento⁹⁰.

A consolidação do *common law* ocorreu durante o reinado de Henrique II, considerado um dos maiores reis da Inglaterra, responsável pela execução de diversas reformas judiciais, financeiras e administrativa no sistema inglês.

No sistema da *common law*, também denominado como anglo-saxão ou anglo-americano, em que a fonte primordial decorre da aplicação costumeira e jurisprudencial, por meio da técnica dos precedentes (*stare decisis*), em que as decisões judiciais são prolatadas com fundamento em decisões proferidas em casos semelhantes⁹¹. Portanto, as regras das sociedades possuem como fundamento a atuação dos magistrados que acarretam a formação dos precedentes judiciais.

Assim, é possível afirmar que o sistema jurídico inglês, ao adotar a técnica dos precedentes (*stare decisis*), tem por finalidade garantir maior segurança às decisões judiciais, de modo que os casos semelhantes tenham a mesma solução jurídica⁹².

Nesse sentido, embora no sistema do *common law* existam precedentes aplicáveis a casos semelhantes, tal aplicação prescinde de uma interpretação do que dispôs o julgador no caso usado como paradigma. Portanto, assim como a lei escrita, no momento da aplicação ao caso concreto, os precedentes são objeto de interpretação⁹³:

Portanto, a mecânica dos sistemas de common law não consiste “simplesmente” em seguir precedentes. Também estes precisam ser interpretados, assim como, para nós, a lei é, necessariamente, objeto de interpretação. Parece que muito há em comum nestes processos interpretativos.

O surgimento do *common law* em países de língua inglesa estava atrelado aos costumes de cada sociedade, predominantes apenas no início da formação deste sistema, e atualmente esse sistema é baseado em decisões judiciais que configuram precedentes. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

90 RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 199/2011 | p. 159 - 191 | Set / 2011 DTR\2011\2451.

91 BORGES DE OLIVEIRA, Ana Carolina. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n.10, Jan-Jun, p.43-68.

92 Ibidem. p. 43-68.

93 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit. p.33-45.

Portanto, afaste-se a ideia de que o direito inglês moderno seja um direito costumeiro. É um direito jurisprudencial. O Common Law determinou o desaparecimento do direito consuetudinário antigo, que era conteúdo dos direitos locais. Hoje, há uma única jurisdição que dita a jurisprudência vinculante.

Contudo, existem consideráveis diferenças entre o *common law* existente na Inglaterra e aquele dos Estados Unidos da América. Neste último, o sistema coexiste com o *civil law*, sendo predominante os códigos civis nos Estados, porém, a lei escrita apenas é considerada eficaz após a aplicação pelos tribunais⁹⁴, de modo a confirmar a força dos precedentes judiciais característicos desse sistema.

Cabe apontar que, nos dias de hoje, os sistemas *common law* e *civil law* são responsáveis pela formação do que muitos autores denominam como “jurisdições mistas”, assim como no sistema jurídico brasileiro.

O contexto de formação das jurisdições mistas decorre de um determinado marco histórico ou temporal, como por exemplo, a conquista de um território após um cenário de guerra ou a assinatura de um tratado entre os países. A partir do momento em que há uma convergência entre o sistema romano germânico, que influenciou o surgimento do *civil law*, e o sistema anglo-saxão, que ensejou a formação do *common law*, resultando na formação do sistema contemporâneo de jurisdição típico das jurisdições mistas.

Essa modificação aconteceu motivada pela necessidade de superação do positivismo jurídico e adoção de novas técnicas de interpretação no *common law*, tal como a utilização dos precedentes judiciais⁹⁵. Isto porque, na maioria dos casos, as disposições legais não englobam todas as soluções para cada caso concreto e alguns dispositivos legais possuem previsões genéricas ou incompletas sobre determinados temas. Por outro lado, no *common law*, havia uma considerável necessidade de aprimorar a segurança jurídica do sistema, o qual, inicialmente, era fundamentado apenas nos costumes de cada sociedade e posteriormente na jurisprudência dos tribunais.

Embora exista uma considerável diferenciação entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, muitos autores, assim como Miguel Reale, consideram que não há como definir qual sistema é o mais adequado, uma vez que as normas escritas, fontes primárias no *civil law*, ganham cada vez mais importância no *common law* e os precedentes judiciais, fontes primárias no *common law*, ganham cada vez mais destaque no *civil law*⁹⁶.

94 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.69.

95 HASELOF, Fabiola Utzig. Jurisdições mistas: civil law & common law. Revista de Processo. Vol. 270/2017. p.385-406. Agosto 2017.

96 REALE, Miguel. op. cit., p.142.

No Brasil, embora, no decorrer do tempo, os precedentes judiciais tenham sido cada vez mais utilizados em detrimento da lei escrita, repisa-se fonte primária nos países adeptos ao *civil law*, algumas decisões judiciais não são qualificadas como precedentes obrigatórios para casos futuros e similares, mas apenas os precedentes vinculantes são assim considerados, previstos no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil.

Nesse cenário, primeiramente cabe ao operador do direito realizar uma interpretação da literalidade da lei escrita, exemplificada por meio dos Códigos existentes no ordenamento jurídico, e, posteriormente, confirmar o entendimento dos Tribunais sobre o tema, visto que o legislador não consegue prever todas as situações que deverão ser protegidas pela lei, sendo a atualização dos institutos realizadas por meio dos julgamentos de cada caso concreto.

Portanto, embora o Brasil seja considerado por muitos estudiosos como um país predominantemente de *civil law*, a adoção dos precedentes judiciais, em alguns casos até mesmo com caráter vinculante, foi consolidada por meio do surgimento do Código de Processo Civil de 2015, o qual, por meio dos dispositivos 926 e 927, exemplifica a importância dos precedentes judiciais para o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o atual sistema brasileiro também seja considerado um sistema de jurisdição mista, por meio de uma coexistência de características do *common law* e do *civil law*.

3 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO SISTEMA *CIVIL LAW*

Após a análise das principais diferenças entre o *civil law* e o *common law* e do resultado da combinação entre esses sistemas em alguns países como o Brasil, com a finalidade de destacar o contexto histórico que levaram à formação de ambos, resta necessário o início do estudo sobre o tema objeto do presente artigo, qual seja o direito das sucessões (legítima e testamentária), com ênfase no estudo comparativo entre a sucessão nos sistemas *civil law* e *common law*.

Com relação à sucessão testamentária, destaca-se que na origem do sistema *civil law*, o testamento era visto pelos romanos como um instrumento que permitia a liberdade absoluta para o "chefe de família" dispor de seus bens.

No entanto, na hipótese de falecimento sem testamento, a sucessão era atribuída à três classes de herdeiros denominados *sui, agnatti e gentiles*. A primeira classe era formada pelos filhos, netos e o cônjuge, que permaneciam sob os cuidados do "chefe de família". A segunda classe era formada pelos parentes mais próximos do *de cujus*, quais sejam os colaterais, como o irmão, tio e sobrinho, sendo que a classe mais próxima afastava os direitos da classe mais remota, assim como ocorre atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsão expressa no artigo 1.840 do Código Civil.

Por fim, na ausência dos familiares das duas primeiras classes, eram chamados a suceder os membros da última classe denominada *gentiles*, sendo assim considerado o grupo familiar em sentido lato.

Porém, com o surgimento do Código de Justiniano, a sucessão legítima passou a decorrer do parentesco natural, por meio da seguinte ordem de vocação hereditária: descendentes;

ascendentes, em concorrência com os irmãos unilaterais e bilaterais; irmãos consanguíneos ou uterinos; e, por fim, outros parentes colaterais.

Na época, os romanos não eram adeptos a morte sem testamento e consideravam tal contexto como uma espécie de maldição e vergonha perante a sociedade, conforme destacado pelo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves nos seguintes trechos de sua obra:

Conheceram os romanos, ainda, a sucessão testamentária por diversas formas e compreensiva de todo o patrimônio do testador. Tinham eles verdadeiro horror pela morte sem testamento. Como anota Sumner Maine, invocado por Washington de Barros Monteiro, nenhuma desgraça superava a de falecer *ab intestato*; maldição alguma era mais forte do que a de augurar a um inimigo o morrer sem testamento. Finar-se *ab intestato* redundava numa espécie de vergonha.⁹⁷

Em contrapartida ao direito romano, o direito germânico não era adepto à sucessão testamentária, mas apenas à sucessão legítima, de modo que naquele período apenas os familiares consanguíneos eram considerados verdadeiros herdeiros. Ou seja, como é possível observar, neste momento não havia espaço para a atribuição de direitos sucessórios aos filhos adotivos.

No mesmo sentido, em França, Portugal e Alemanha havia considerável predomínio da sucessão legítima, de modo que em França e em Portugal havia previsão expressa no mesmo sentido do princípio da *saisine* adotado no ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1.784 do Código Civil).

Feitas estas considerações, a união das concepções existentes no sistema romano e no sistema germânico resultou no surgimento do direito sucessório contemporâneo típico dos países adeptos ao *civil law*. De modo a permitir tanto a sucessão legítima quanto a testamentária.

3.1. BRASIL

A sucessão legítima no Brasil decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária e a presunção da vontade do autor da herança⁹⁸. Também é denominada como sucessão *ab intestato* (que significa ausência de testamento) e será utilizada na hipótese de caducidade ou nulidade do testamento, aplicando-se ainda aos bens que nele não foram inseridos, nos termos do artigo 1.788 do CC. Veja-se: “Art.1788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.”

97 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. Vol. 07. Saraiva: São Paulo. 2021, p.12.

98 HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45.

Assim, Carlos Roberto Gonçalves⁹⁹ destaca que a sucessão legítima é a mais utilizada pela população brasileira, considerando a escassez de testamentos no país por questões de ordens culturais e costumeiras, cenário que está se modificando no decorrer do tempo.

Nesse sentido, a classificação entre os herdeiros na sucessão legítima ocorre da seguinte forma: herdeiros legítimos e testamentários, sendo que os primeiros se subdividem em herdeiros necessários e herdeiros facultativos. Os herdeiros necessários são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge/companheiro,⁹ conforme estabelecido no artigo 1.845 do Código Civil Brasileiro, e os herdeiros facultativos são os colaterais.

Por conseguinte, destaca-se que a existência de herdeiros necessários representa uma limitação ao autor da herança quanto a liberdade de testar, visto que, de acordo com o artigo 1.789 do Código Civil Brasileiro, a parte disponível limita-se a 50% de toda a herança e esse percentual é denominado "legítima", sendo reservado apenas aos herdeiros necessários.

Além disso, também resta estabelecido por meio do artigo 1.851 do Código Civil Brasileiro o direito de representação, por meio do qual os descendentes de um herdeiro pré-morto (com óbito anterior ao autor da herança) recebem o que aquele teria direito se estivesse vivo¹⁰⁰. Esse direito se dá apenas na linha descendente, ou seja, filho, neto ou bisneto herdam a quota correspondente do falecido, mas os pais, avós e bisavós não podem herdar por representação, nos termos do artigo 1.852 do Código Civil Brasileiro ¹¹.

Desse modo, os herdeiros legítimos são assim classificados em razão da ordem de vocação hereditária, que define os legitimados a suceder por meio da regra de que a classe mais próxima exclui a mais remota, de acordo com o artigo 1.834 do Código Civil Brasileiro. Logo, os filhos possuem preferência em relação aos netos e estes últimos aos bisnetos. Essa ordem possui previsão expressa no artigo 1.829 do Código Civil Brasileiro.

3.2 ITÁLIA

A sucessão legítima no direito italiano encontra-se positivada por meio dos artigos 536 ao 552 do Código Civil Italiano. A previsão inicial é no sentido dos legitimados a suceder, assim considerados no sistema italiano os herdeiros necessários definidos no sistema brasileiro, os seguintes familiares, nesta ordem: cônjuge, os filhos (biológicos ou adotivos) e os ascendentes. Nesse sentido, Carlos Eduardo Minozzo Poletto destaca:

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7. Edição Kindle (p. 41).

¹⁰⁰ Ibidem, p.155.

A legislação italiana, mais restritiva, prevê a legítima hereditária somente ao cônjuge, aos filhos (desprezando os netos e bisnetos) e aos ascendentes (art. 536).¹⁰¹

Ato contínuo, o artigo 537 da referida codificação estabelece a sucessão legítima da seguinte forma: se o *de cuius* deixar apenas um filho, a ele será atribuído metade do patrimônio, não havendo distinção entre filhos adotivos e filhos biológicos; havendo mais de um filho, será reservado em favor dos filhos dois terços do patrimônio, a ser dividido igualmente entre todos os filhos.

Com relação aos ascendentes, a reserva será, em regra, de um terço dos bens, conforme estabelecido no artigo 538. Ao cônjuge será atribuído metade dos bens do patrimônio, salvo na hipótese deste concorrer com os filhos do *de cuius*, hipótese em que terá direito a um terço (um filho) ou um quarto (mais de um filho) dos bens, de acordo com a quantidade de filhos, de acordo com a previsão dos artigos 540 e 542 do Código Civil Italiano.

Por fim, na sucessão italiana, caso o *de cuius* não tenha filhos, mas apenas ascendentes e o cônjuge, ao cônjuge será reservada metade do patrimônio e um quarto aos ascendentes da linha materna e paterna, conforme previsto no artigo 544 da norma italiana. Nesse sentido, na hipótese de existência de diversos ascendentes, a quota de reserva de um quarto dos bens é dividida entre eles de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 568 do Código Civil Italiano, ou seja, considerando a divisão igualitária entre os ascendentes da linha paterna e da linha materna.

Também é importante destacar que a sucessão será destinada aos parentes mais próximos, sem distinções entre a linha paterna ou materna, limitada ao parentesco até o sexto grau, diferentemente do sistema brasileiro que não permite a sucessão além do parentesco de quarto grau.

Assim, a disposição patrimonial por meio de testamento está limitada à reserva da quota parte pertencente aos legitimados indicados acima, sendo que, diante da existência de testamento que desconsidere a quota parte pertencente aos herdeiros, estes podem se valer contra a vontade do testador e pleitear a redução da disposição testamentária e, caso não seja suficiente, a redução das doações realizadas pelo *de cuius*.¹⁰²

3.3 FRANÇA

101 POLETTI, Carlos Eduardo M. Indignidade sucessória e deserdação, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p.154. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978850218256>.

102 TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros Sistemas e no Brasil. 2020. Pág. 09 e 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/549>. Acesso em 26 junho.2022.

O direito sucessório francês teve origem, assim como um típico país de *civil law*, no surgimento do Código de Napoleão, ou Código Civil Francês, outorgado por Napoleão Bonaparte na data de 21.03.1804.

A legítima, assim considerada no ordenamento jurídico brasileiro, é denominada na França como “reserva hereditária” e encontra-se prevista no artigo 912 do Código Civil Francês; os herdeiros que possuem direito a reserva hereditária são denominados pelo sistema francês como “herdeiros reservados”, sendo assim considerados os descendentes e o cônjuge sobrevivente.

No entanto, após a alteração do Código Civil Francês pela Lei 2006-728, ocorreu a ampliação da liberdade de disposição patrimonial, a qual embora não tenha se tornado absoluta, foi favorecida pelos dispositivos desta lei, limitando o instituto da “reserva hereditária” às previsões contidas nos artigos 913 e 914-1 do Código Civil Francês.

Nesse sentido, o artigo 913 dispõe que o testador não poderá dispor da metade do patrimônio diante da existência de um filho no momento da abertura da sucessão. Caso o *de cujus* tenha dois filhos, os atos de disposição patrimonial não deverão exceder um terço dos bens. Na hipótese de três filhos ou mais, o testador não poderá dispor de modo a exceder um quarto da totalidade do patrimônio.

Por outro lado, na existência de cônjuge sobrevivente, os atos de disposição patrimonial não poderão exceder três quartos da totalidade dos bens. Portanto, conforme é possível observar, os ascendentes e colaterais não possuem direito à “reserva hereditária”¹⁰³

No ano de 2018, as consequências da existência do instituto da “reserva hereditária” na França repercutiram nas mídias sociais após a morte do músico francês Johnny Hallyday. Isto porque, o testador havia deixado todos os seus bens e direitos autorais para o cônjuge, sem considerar os direitos dos descendentes.

Nesse contexto, uma das filhas do cantor, Laura Smet, ajuizou ação judicial para anular a decisão, com base no direito sucessório francês, o qual restringe a livre disposição patrimonial em detrimento da reserva hereditária. Por outro lado, o cônjuge sobrevivente defendeu que o direito aplicável seria o americano, especificamente a legislação do Estado da Califórnia, uma vez que supostamente o *de cujus* residia neste local¹⁰⁴.

Ao final, a justiça francesa decidiu no sentido de que a residência do *de cujus* era a França e não os Estados Unidos, razão pela qual as limitações aplicáveis à liberdade de testar se aplicaram

103SUCCESSION. France. European- Justice. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em 26.06.2022

104 Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. *De quem é a herança*. Disponível em: <https://www.oabrj.org.br/tribuna/ordem-entregara-novo-espaco-aos-advogados/quem-heranca>. Acesso em 26 junho.2022.

ao caso e, conseqüentemente, o tribunal reconheceu a violação à reserva hereditária e anulou o testamento¹⁰⁵.

3.4 PORTUGAL

Na sucessão portuguesa, a parcela de bens sobre a qual o testador não pode dispor é denominada legítima, assim como no ordenamento jurídico brasileiro, e encontra-se prevista no artigo 2.156 do Código Civil Português.

Nesse contexto, os herdeiros que possuem direito a legítima são denominados de herdeiros legitimários, sendo assim considerados o cônjuge, os descendentes e os ascendentes, nesta ordem, nos termos do artigo 2.157.

Assim, na hipótese do *de cujus* deixar apenas cônjuge sobrevivente, sem descendentes ou ascendentes, a legítima do cônjuge será de metade dos bens da herança, conforme disposto no artigo 2.158, do Código Civil. Contudo, caso o cônjuge concorra com os filhos do *de cujus*, a legítima será de 2/3 da herança e, na hipótese de inexistência de cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos será de metade (um filho) ou dois terços (dois filhos ou mais), conforme artigo 2.159 do referido diploma legal.

Por fim, em caso de concurso entre o cônjuge e os ascendentes, a legítima será de dois terços do patrimônio. E, na hipótese do autor da herança não deixar descendentes e cônjuge sobrevivente, a legítima dos ascendentes será metade ou um terço da herança, de acordo com o grau (pais ou ascendentes do segundo grau e seguintes), nos termos do artigo 2.161 do Código Civil Português.

Com relação à liberdade de testar, Flávio Tartuce destaca os ensinamentos da obra de Galvão Telles, doutrinador português que considera a defesa da propriedade privada como um norte para o direito sucessório em Portugal, no seguinte sentido:

A respeito da irrestrita liberdade de testar, mas com restrições que foram percebidas em tempos passados: a) desde a Lei das XII Tábuas, no direito romano, não haveria qualquer restrição a respeito dessa liberdade; antes dela havia a proteção dos parentes próximos, com a necessidade expressa de deserdação desses parentes e depois com a tutela dessas partes, em uma quota então denominada de legítima, com fundamento no dever de piedade (*officium pietatis*); b) os sistemas anglo-saxônicos são geralmente referidos como exemplos de individualismo, em que não há sucessão necessária; porém, o autor demonstra que já existiam movimentos contra esse “estado de coisas”, mesmo nesses países; c) nos países de sistema

¹⁰⁵Rádio França Internacional. Justiça francesa decide sobre sucessão de Johnny Hallyday. Disponível em: <https://www.rfi.fr/pt/20190528-justica-francesa-decide-sobre-sucessao-de-johnny-hallyday>. Acesso em 26 junho.2022

romano-germânico, demonstra-se a existência de doutrinadores que pregam o fim da legítima, caso de Le Play, na França, e de Alberto Pires de Lima, em Portugal, ambos alvo de críticas.¹⁰⁶

Portanto, assim como na Itália e na França, Portugal também representa os países que adotam o sistema civil law e, conseqüentemente, a positivação do direito à legítima, como um meio de evitar a disposição total e irrestrita do patrimônio pelo testador.

Não obstante, cabe ressaltar que a legislação portuguesa caminhou para maior liberdade patrimonial, com a edição da Lei nº 48/2018, que veio a alterar o Código Civil Português para autorizar a renúncia dos direitos sucessórios pelo cônjuge, na convenção antenupcial, possibilidade esta ainda restrita na legislação brasileira, ante a disposição do artigo 426, do Código Civil.

3.5 ALEMANHA

No direito sucessório alemão, assim como na Itália, França e Portugal, a liberdade de testar está limitada pelo instituto da legítima. Contudo, no Código Civil Alemão a legítima é considerada como um direito de crédito ao herdeiro beneficiário.

Assim, de acordo com o Código Civil Alemão, aqueles considerados como herdeiros necessários são: os descendentes, ascendentes e o cônjuge, assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro (art. 1.845 do Código Civil)¹⁰⁷.

Na hipótese da existência de apenas descendentes, a legítima atribuída a esta classe será de metade dos bens do patrimônio, sendo a outra metade de livre disposição pelo testador. Contudo, caso o *de cujus* tenha deixado como herdeiros filhos e o cônjuge, o que, implicará na concorrência destes herdeiros na sucessão, os filhos terão direito a 3/8 (37,50%) da herança e o cônjuge a 1/8 (12,50%), ou seja, neste segundo caso o *de cujus* poderá dispor livremente de metade dos bens do patrimônio.

Por fim, se existirem apenas ascendentes e o cônjuge sobrevivente, a concorrência de ambos no regime sucessório alemão implicará na configuração da legítima de metade dos bens do patrimônio, a qual será distribuída na seguinte proporção: 25% da legítima para os ascendentes e os 25% restante para o cônjuge sobrevivente, sendo a metade restante de livre disposição pelo testador¹⁰⁸.

Em decorrência disso, é possível concluir que a autonomia de vontade do testador encontra-se limitada pelo direito à legítima ou reserva hereditária dos herdeiros determinados em

106 TARTUCE, Flávio. op. cit.

107 OZANAN, Mariana. Sucessão legítima no Direito Comparado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37411/sucessao-legitima-no-direito-comparado>. Acesso em 26 junho.2022.

108 FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010, p.51.

lei, de modo que cada país determina, por meio do ordenamento jurídico, quem serão os herdeiros que possuem este direito e o percentual cabível a cada um deles¹⁰⁹.

Por fim, cumpre destacar um aspecto relevante referente à legítima dos herdeiros necessários no Brasil. No entendimento da doutrinadora Ana Luiza Maia Nevares, o ordenamento jurídico brasileiro deveria estabelecer uma atenção especial aos herdeiros incapazes e idosos ou aos cônjuges e companheiros que realmente dependiam do autor da herança, de modo a atender às especificidades de cada herdeiro¹¹⁰. Esse posicionamento vai de encontro com alguns países que adotam o *common law*, em que os herdeiros só possuem direito a legítima se comprovada a situação de necessidade.

Por outro lado, para o Tribunal Alemão, a legítima, constitucionalmente garantida, não pode ser desconsiderada pelo testador e, ao mesmo tempo, não deve depender da demonstração de uma situação de necessidade, assim como ocorre no México. Nesse sentido, nas palavras de Rolf Madaleno:

O Tribunal Constitucional alemão declara constitucionalmente protegida a legítima e dela os herdeiros não podem ser privados, nem a legítima pode depender de uma prévia situação de dependência econômica ou de uma situação de necessidade, pois a herança tem garantia constitucional, como é igualmente garantida pela Carta Política no Brasil. 111

3.6 MÉXICO

No direito sucessório mexicano há uma ampla liberdade de testar. No entanto, apesar de não existir previsão expressa referente à legítima, o Código Civil Mexicano, por meio de seu artigo 1.368 determina que o testador deverá deixar alimentos para determinados parentes¹¹².

Nesse contexto, o artigo estabelece que o testador deverá deixar uma prestação alimentícia aos seguintes familiares e da seguinte forma: primeiramente aos descendentes menores

109 Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil). Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/l44zms3w/j2WbPlixGvbSJT5T.pdf>. Acesso em 26 junho.2022.

110 NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Sucess%C3%B3rio%3A+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F>. Acesso em 25 de junho de 2022.

111 MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530990558. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 25 jun. 2022. P. 349

112 POLETTO, Carlos Eduardo M. Indignidade sucessória e deserdação, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 158. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502182561/>. Acesso em: 26 junho2022.

de 18 anos, desde que esta obrigação subsista no momento do falecimento; aos descendentes incapazes, ou seja, impossibilitados de trabalhar e obter o próprio sustento, independentemente da idade; ao cônjuge supérstite, apenas na hipótese de incapacidade para o trabalho e ausência de bens suficientes para o próprio sustento; aos ascendentes; e, por fim, à pessoa com quem o de cujus viveu como se fosse seu cônjuge ou com quem teve filhos, ou seja, no ordenamento jurídico assim considerado o convivente em união estável.

Não obstante, em todas as hipóteses mencionadas acima, o direito à prestação alimentícia depende da comprovação da incapacidade para o trabalho e da ausência de bens para o próprio sustento. Tratando-se de direito de caráter assistencial e decorrentes do dever de mútua assistência.

Portanto, à exceção do México, imperam as limitações decorrentes da legítima nos países que adotam o sistema da *civil law*.

4 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO SISTEMA *COMMON LAW*

Os ordenamentos jurídicos dos países que adotam o sistema *common laws* são conhecidos pela liberdade de testar absoluta, uma vez que a lei escrita não determina a obrigatoriedade de assegurar a legítima dos herdeiros necessários ou legítimários, assim denominados aqueles que possuem o direito de reserva dos direitos sucessórios no âmbito dos países que adotam o sistema *civil law*, cabendo ao testador a livre disposição de seus bens. Nesse sentido, Carlos Eduardo Minozzo Poletto destaca:

Por oportuno, vale lembrar da existência de ordenamentos jurídicos que desconhecem a figura do herdeiro necessário e da legítima hereditária, como assim ocorre, primordialmente, nos países da tradição da *common law*. Entretanto, tal opção política também se faz presente em alguns sistemas do *civil law*. Ilustrativamente, o Código Civil mexicano, em seu artigo 1.37417, impõe como única obrigação ao testador uma pensão alimentícia ao consorte ou companheiro e a certos parentes consanguíneos, no que é acompanhado pelas principais legislações da América Central, como, por exemplo, no Código Civil de Honduras, artigo 1.1471.113

Nesse sentido, serão utilizados como parâmetros ao estudo comparativo realizado no presente artigo os sistemas adotados na Inglaterra e Estados Unidos, de modo a demonstrar como os ordenamentos jurídicos destes países dispõem sobre os direitos sucessórios dos herdeiros e permitem a disposição patrimonial sem resguardar o instituto da legítima ou reserva hereditária.

Miguel Reale destaca que, na época de formação do *common law*, o direito baseado nos costumes ou direito consuetudinário exercia forte influência nas sociedades primitivas, por meio

113 POLETTI, Carlos Eduardo M. op. cit. p. 157-158.

de dois elementos: a preponderância do mais forte ou mais astuto e a influência do elemento religioso¹¹⁴.

Nesse contexto, nos países adeptos ao *common law*, em que não houve relevante influência da igreja quanto no sistema *civil law*, havia além da liberdade religiosa¹¹⁵ a liberdade de testar, uma vez que além da ausência de codificação nos primeiros países, não era necessário limitar a autonomia do testar nos atos de disposição patrimonial, diante da inexistência do instituto da legítima.

Portanto, com relação à sucessão testamentária, destaca-se que os testamentos não eram uma prática tão frequente na sociedade assim como nos países que adotam o sistema *common law*. Tal contexto se deve ao fato de que esses países sofreram um impacto bem menor do sistema romano, em que a morte sem testamento era considerada uma maldição e a maioria da sociedade adotava este instrumento.

4.1 INGLATERRA

Em regra, os países que adotam o *common law* permitem uma sucessão fundamentada na ampla liberdade de disposição dos bens e, conseqüentemente, favorecem o planejamento sucessório. Assim, por longo período de tempo, o testador não encontrava limitações ao realizar as disposições testamentárias, podendo utilizar o testamento como uma forma representativa de sua autonomia de vontade.

Contudo, na data de 12 de novembro de 1975 surgiu uma lei denominada *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* que passou a permitir questionamentos às disposições testamentárias, com a finalidade de modificar a vontade do testador no momento da livre disposição patrimonial.

Assim, a ausência do instituto da legítima em países como a Inglaterra não significa que após o óbito os familiares do *de cujus* permanecerão totalmente desamparados, uma vez que a legislação inglesa permite que os familiares requeiram, por meio do Poder Judiciário, um auxílio financeiro, após os tribunais analisarem a responsabilidade do *de cujus* em relação à pessoa que está pleiteando este auxílio financeiro, de modo a confirmar se o suposto herdeiro possui condições básicas de sustento.

No ano de 2011, as conseqüências do surgimento da lei supramencionada repercutiram nos tribunais ingleses, em que após o falecimento de Melita Jackson, no ano de 2004, e a existência de um patrimônio de 500 mil libras esterlinas (aproximadamente R\$ 1,2 milhões de reais), a

¹¹⁴ REALE, Miguel. op. cit., p.146.

¹¹⁵ PELLEGRINO, Rodrigo. Common law: Uma abordagem sobre o prisma da liberdade religiosa. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/common-law-uma-abordagem-sobre-o-prisma-da-liberdade-religiosa/>. Acesso em 26 junho.2022.

integralidade da herança foi destinada para três instituições de caridade de animais, em contrapartida aos interesses de sua única filha Heather Ilott.

O fundamento utilizado pela *de cuius*, extraído de uma carta escrita por ela, foi no sentido de que a filha havia fugido de casa aos 17 anos e após esse período manteve contato apenas de forma esporádica com a mãe.

Não obstante tal contexto, Heather Ilott, por meio do Poder Judiciário inglês, buscou o direito de receber o auxílio financeiro disposto na lei denominada *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* e, ao final, obteve decisão favorável para receber mensalmente parte do dinheiro deixado pela genitora.

Embora tal decisão dos tribunais tenha sido fundamentada na lei supracitada, o Tribunal Inglês analisou de forma conjunta os precedentes judiciais sobre o tema, destacando que além da necessidade de comprovar que o herdeiro que pleiteia o auxílio financeiro não tem condições de se sustentar, também resta necessário a comprovação da responsabilidade do familiar falecido em relação a ele¹¹⁶.

No caso paradigma, esses requisitos restaram comprovados uma vez que herdeira não estava em condições de retornar ao mercado de trabalho e se sustentar e o vínculo entre ela e a genitora ensejou a configuração de responsabilidade materna¹¹⁷.

4.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Em regra, a maior parte dos estados americanos autoriza considerável autonomia no momento da elaboração do testamento. Em contrapartida, alguns doutrinadores americanos passaram a defender uma limitação na liberdade de testar, com a finalidade de assegurar maior proteção aos filhos do testador¹¹⁸.

No sistema americano, a sucessão privilegia, em regra, o cônjuge supérstite, isto porque, os filhos não possuem direito à legítima, mas apenas à pensão alimentícia até a maioridade; já o cônjuge tem direito a legítima consistente no percentual de 1/3 da metade da herança.

Além disso, no sistema americano existe a criação do *family provision* consistente em uma prestação que poderá ser requerida por qualquer dependente do *de cuius*, com a finalidade de que o Poder Judiciário determine uma provisão de bens necessários para que o familiar consiga

116 Pinheiro, Aline. Corte britânica limita livre escolha sobre herança. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-07/justica-britanica-limita-liberdade-escolha-heranca>. Acesso em 26.05.2022.

117 Decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-corte-apelacoes-inglaterra.pdf>. Acesso em 25.06.2022.

118 Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27: 2018 : Porto Alegre, Brasil). Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/l44zms3w/j2WbPlixGvbSJT5T.pdf>. Acesso em 26 junho.2022.

sobreviver ou, ao menos, para manter o padrão semelhante ao período anterior ao óbito do familiar.

Este instituto é considerado por alguns doutrinadores, como por exemplo Rolf Madaleno, uma espécie de alimentos compensatórios ou uma compensação econômica, por meio de uma análise comparativa aos alimentos compensatórios objeto de criação da doutrina e jurisprudência brasileira.

Nesse contexto, cumpre destacar o entendimento do doutrinador Zeno Veloso sobre o tema, ao consolidar as conclusões já apresentadas no presente artigo, no seguinte sentido:

Nos Estados Unidos, na Inglaterra e em outros países do sistema chamado "common law", a liberdade de testar é absoluta, irrestringida. Ainda que a pessoa tenha filhos, pode fazer testamento e deixar todos os seus bens para outras pessoas físicas ou instituições. Só está obrigada a deixar alguma coisa para os descendentes se necessitarem de alimentos, e nos limites dessa necessidade.¹¹⁹

No mesmo artigo, assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, Zeno Veloso destaca que a mera existência de testamento não afasta a necessidade do procedimento de inventário e partilha de bens.

Desse modo, assim como no Brasil, os países de *common law* não deferem a herança aos sucessores de forma imediata e logo após ao óbito do familiar, submetendo-o a um procedimento de inventário - denominado *probate*- como um meio de viabilizar o acesso efetivo dos sucessores aos bens.

Portanto, a ausência de limitações a liberdade de testar nos países que adotam o sistema da *common law* implicam automaticamente em um cenário ideal para possibilitar o planejamento sucessório.

5 REFLEXÕES ACERCA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E DA NECESSIDADE DE MODIFICAÇÕES DA LEGÍTIMA NO BRASIL

Conforme exposto acima, em alguns países o instituto da legítima é substituído pela prestação alimentícia, desde que comprovado o preenchimento de determinados requisitos.

No entanto, no Brasil a legítima segue limitando a livre disposição patrimonial, o que ensejou questionamentos por alguns estudiosos referente à necessidade de adaptação deste instituto, no sentido da redução do percentual de 50% existente, aumento ou até mesmo a sua

¹¹⁹VELOSO, Zeno. Como deixar a herança. Disponível em: <https://www.soleis.adv.br/artigoherancacomodeixar.zeno.htm>. Acesso em 26 junho.2022.

exclusão do ordenamento jurídico¹²⁰. Contudo, tal reflexão acarreta, primeiramente, a necessidade de reflexões sobre o princípio da solidariedade familiar e o princípio da autonomia privada.

O princípio da solidariedade familiar possui fundamento constitucional, uma vez que, o texto constitucional possui previsão expressa, conforme disposto no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira e no artigo 3º, no sentido de assegurar a existência de uma sociedade fraterna e “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Além da previsão constitucional, tal princípio encontra-se positivado no inciso III, do artigo 1.566 do Código Civil Brasileiro, que embora mencione apenas os deveres de ambos os cônjuges, também é aplicável para os demais familiares: “São deveres de ambos os cônjuges: III- mútua assistência”.

A aplicação deste princípio acarreta a necessidade de respeito aos direitos recíprocos entre os familiares, o que na prática significa a adoção de medidas como o dever de mútua assistência dos pais em relação aos filhos, o dever de amparo às pessoas idosas e incapazes e a obrigação alimentar.

Nesse contexto, no entendimento da doutrinadora Maria Berenice Dias¹²¹, os familiares são, em regra, credores e devedores de alimentos, como uma forma de concretização do princípio da solidariedade familiar e, conseqüentemente, no dever de mútua assistência.

Por outro lado, o princípio da autonomia privada encontra-se inserido no macroprincípio da dignidade da pessoa humana, por meio do qual a proteção da família representa uma concretização desse princípio¹²², o que, assim como os demais princípios aplicáveis às relações familiares, não significa uma aplicação absoluta e sem quaisquer limitações.

Nesse contexto, a disposição patrimonial absoluta, por exemplo, no momento da elaboração do testamento ou por meio de doações, sem considerar a legítima dos herdeiros necessários não configura uma representação deste segundo princípio. Isto porque o princípio da autonomia privada não permite violações aos dispositivos legais existentes, neste caso o instituto da legítima no percentual de 50% no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, nos estudos sobre o tema, há o destaque para possíveis modificações no instituto da legítima, de modo a buscar garantir a proteção dos direitos dos herdeiros necessários de outra forma¹²³.

120 FREIRE JÚNIOR. Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. Da redução e exclusão da legítima versus o direito à herança. Acesso em 25.06.2022. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/177/213>. Acesso em 26 junho.2022.

121 BERENICE DIAS, Maria. Manual de direito das famílias. Revista dos tribunais: 2017: Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12/document/132651236/anchor/a-132651236>. Acesso em 25 junho.2022.

122 BERENICE DIAS, Maria, op.cit.

123 FREIRE JÚNIOR. Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. op.cit.

Assim, com relação à possibilidade de reduzir o percentual atual referente à legítima ou até mesmo propor a exclusão deste instituto do ordenamento jurídico brasileiro, Pablo Stolze Gagliano explica o seguinte:

Ademais, essa restrição ao direito do testador implicaria também afronta ao direito constitucional de de natureza complexa, é composto pelas faculdades de usar, gozar/fruir, dispor, e reivindicar a coisa. Ora, tal limitação, sem sombra de dúvida, entraria em rota de colisão com a faculdade real de disposição, afigurando-se completamente injustificada.
124

Conforme é possível observar, para Pablo Stolze Gagliano, ao destacar o mesmo entendimento de Francisco Cahali sobre o tema, menciona que, desde que os herdeiros fossem beneficiados de outra forma, como por exemplo por testamento, os interesses destes herdeiros continuariam protegidos, sem que para tanto fosse necessária a positivação do instituto da legítima e consequente restrição à livre disposição patrimonial, assim como ocorre nos dias de hoje.

Sobre o tema, a preservação da legítima reflete em outros direitos, tal como o Direito Contratual, de modo que além do testamento, aquele que pretende dispor de seus bens em favor de terceiros também encontra tal limitação no capítulo do Código Civil referente à doação inoficiosa, especificamente por meio dos artigos 544 e 549 do Código Civil¹²⁵.

Por outro lado, também existem adeptos que fundamentam a pretensão de revisão do instituto da legítima na possibilidade de beneficiar, com mais da metade da herança, pessoas economicamente vulneráveis. Desse modo, a limitação decorrente da legítima será aplicável quando entre os herdeiros necessários existirem pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, de modo que a redução da legítima ou exclusão do ordenamento jurídico brasileiro implicaria violação aos princípios constitucionais fundamentais, tal como o princípio da dignidade da pessoa humana¹²⁶.

Nesse sentido, antes de detalhar as implicações referentes à redução do instituto da legítima e os prejuízos para as pessoas economicamente vulneráveis, cumpre destacar a distinção entre este conceito e o de minorias, com base nas lições de Rolf Madaleno sobre o tema:

Os grupos vulneráveis não se confundem com as minorias, porque os primeiros podem se constituir em um grande contingente numérico, como

124 GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p.28.

125 Ibidem, p.28.

126 BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso; LIMA DANTAS, Renata Marques. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9/8>. Acesso em 26 junho.2022.

as mulheres, as crianças e os idosos, embora todos se identifiquem como vítimas da intolerância e da discriminação. A vulnerabilidade é um traço universal de alguns grupos de pessoas existentes na sociedade e destinatários de especial proteção, justificando-se tratamento diferenciado em razão das suas condições políticas, sociais e culturais.¹²⁷

Ao aplicarmos este conceito no contexto do direito sucessório, é possível verificar que entre os herdeiros podem existir crianças, adolescentes, pessoas com algum tipo de deficiência ou pessoas que dependiam economicamente do falecido e não conseguem pelo próprio esforço manter o próprio sustento. Nesse contexto, no entendimento de Ana Luiza Maia Nevares:

a legislação sucessória deveria prever uma especial atenção aos herdeiros incapazes e idosos e, ainda, aos cônjuges e companheiros quanto a aspectos nos quais realmente dependiam do autor da herança, buscando concretizar na transmissão da herança um espaço de promoção da pessoa, atendendo às singularidades dos herdeiros, em especial diante de sua capacidade e de seus vínculos com os bens que compõem a herança, e, ainda, atendendo à liberdade do testador quando não se vislumbra na família aqueles que necessitam de uma proteção patrimonial diante da morte de um familiar.¹²⁸

Portanto, a conclusão é de que a legítima ou reserva hereditária, ao impedir a livre disposição testamentária pelo testador, de modo a estabelecer o percentual de 50% não protegeria os herdeiros vulneráveis. Isto porque, existem familiares considerados economicamente vulneráveis e que dependiam do auxílio do *de cujus* para o próprio sustento, sendo necessário a concessão de uma tutela diferenciada de modo a garantir a aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com relação ao planejamento sucessório, cumpre destacar que a existência do instituto da legítima tal como ocorre nos países adeptos ao *civil law*, tem como consequência a limitação à liberdade de testar e, conseqüentemente a livre disposição patrimonial que poderia ser realizada por meio da técnica do planejamento sucessório. Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano define o conceito de planejamento sucessório da seguinte forma:

Consiste o planejamento sucessório em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores.¹²⁹

127 MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 51

128 NEVARES, Ana Luiza Maia. op.cit.

129 GAGLIANO, Pablo S. op. cit. p.58.

Assim, o que os estudiosos destacam¹³⁰, ao realizar uma análise comparativa entre o planejamento sucessório e a legítima, que a legítima foi decretada pelo legislador brasileiro de uma forma coercitiva, sem considerar os problemas decorrentes das discussões provenientes da partilha de bens, o alto custo para realizar a sucessão patrimonial, inclusive no âmbito fiscal, bem como a demora do procedimento judicial para a conclusão da partilha de bens.

Nesse contexto, o planejamento sucessório é utilizado não apenas como uma medida preventiva para evitar o surgimento de conflitos entre os herdeiros no momento da partilha de bens, mas, por outro lado, também visa uma distribuição da herança conforme a vontade efetiva do *de cuius*, de modo a garantir a sua autonomia privada ainda que após a morte¹³¹.

Em decorrência disso, alguns instrumentos utilizados por aqueles que adotam o planejamento sucessório, principalmente em países adeptos ao *common law* em que a liberdade de testar não sofre limitações decorrentes da legítima, são os seguintes: escolha do regime de bens do casamento ou união estável, sendo possível a escolha por regimes denominados como “regime atípico misto”, ou seja, além dos regimes de bens previstos expressamente no Código Civil Brasileiro; e constituição de sociedades, tais como as holdings familiares, com a finalidade de administração até a futura partilha de bens; dentre outros exemplos¹³².

Nesse sentido, utilizando como base dois instrumentos existentes para efetivar o planejamento sucessório, consistente na doação e no testamento, as implicações práticas destes institutos serão destacadas pontualmente a seguir.

Com relação à doação, os principais tipos utilizados pelos adeptos ao planejamento sucessório são: doação com reserva de usufruto, doação com cláusula de reversão e doação denominada “conjuntiva”, sendo que esta última se trata de doação realizada em benefício de mais de uma pessoa, conforme previsto no artigo 541 do Código Civil, que dispõe: *Salvo declaração em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual*.

As doações indicadas acima têm a finalidade de permitir que no momento da partilha determinados bens já se encontrem devidamente divididos entre os herdeiros, uma vez que, principalmente na doação com reserva de usufruto, a nua propriedade do bem já se encontra transferida ao terceiro, recaindo sobre o de cuius apenas o usufruto, o qual será extinto automaticamente com o óbito.

Com relação ao testamento como medida de efetivação do planejamento sucessório, principalmente ao permitirem a inclusão das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e

130 MARINELLI, Gisele dos Santos. A legítima versus o planejamento sucessório. Disponível em http://marinelliadvocacia.com.br/downloadFromServer&src=uploads/content_file/a-legitica-versus-o-planejamento-sucessorio.pdf. Acesso em 26 junho.2022.

131 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em 26 junho.2022.

132 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio, op.cit.

incomunicabilidade, com a finalidade de proteger os bens tanto no presente quanto no futuro. Nesse contexto, Eduarda Mamede e Gladston Mamede, destacam em sua obra sobre o tema os seguintes pontos:

Cuidam-se de valiosos instrumentos de planejamento sucessório as cláusulas inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Permitem atender às preocupações do autor da herança, na condição de testador (ou donatário, como se verá na sequência), com o bem-estar das gerações futuras, protegendo o patrimônio de fragilidades pessoais ou contextuais específicas.¹³³

Por outro lado, a influência do instituto da legítima no planejamento sucessório implica a necessidade de determinação de duas regras antes de optar pelo planejamento sucessório. A primeira delas é a proteção da legítima dos herdeiros necessários.

No entendimento dos doutrinadores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, a legítima estabelecida por meio do artigo 1.846 do Código Civil Brasileiro, deveria ser reduzida, com a finalidade de criar um cenário mais favorável ao planejamento sucessório:

Expostas as argumentações contra e a favor da proteção da legítima, pensamos ser o momento de debater a sua redução, talvez para um montante menor, em 25% do patrimônio do falecido, abrindo uma maior possibilidade jurídica à efetivação do planejamento sucessório. Isso porque a legítima deve assegurar apenas o mínimo existencial ou o patrimônio mínimo da pessoa humana, na linha da tese desenvolvida pelo Ministro Luiz Edson Fachin, não devendo incentivar o ócio exagerado dos herdeiros. Tal redução, talvez, terá o condão de aumentar o desenvolvimento social e econômico do Brasil, colocando na mente de todos a necessidade de busca pelo trabalho, que tanto engrandece o ser humano nos planos pessoal e social.¹³⁴

Também cumpre destacar hipóteses em que o planejamento sucessório é visto como um meio de fraudar a legítima, conforme exemplificado pelos doutrinadores mencionados acima, a constituição de uma fundação com a finalidade de esvaziar o seu patrimônio e retirar os bens de seu patrimônio particular para distribuí-los a outras pessoas, com a finalidade de retirar a legítima dos herdeiros necessários.

Assim, para a doutrina, no caso prático, para identificar eventual fraude ao instituto da legítima, o objeto de análise será a finalidade buscada pelo agente, sendo tal hipótese

133 MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda C. Planejamento Sucessório: Introdução à Arquitetura Estratégica - Patrimonial e Empresarial - com Vistas à Sucessão Causa Mortis. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2015. 9788597000108. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000108/>. Acesso em: 26 junho. 2022. p. 80.

134 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. op.cit.

expressamente prevista por meio do artigo 166, inciso VI, do Código Civil: É nulo o negócio jurídico quando: VI - tiver por objeto fraudar lei imperativa.

A segunda regra a ser seguida pelos adeptos ao planejamento sucessório é a vedação ao ato de disposição sobre herança de pessoa viva (*Pacta Corvina*), conforme expressamente previsto por meio do artigo 426 do Código Civil.

Realizados os esclarecimentos acima em relação ao planejamento sucessório e suas implicações práticas, cumpre destacar a aplicação deste instituto aos países adeptos ao *common law*, principalmente por meio de um novo instituto denominado *trusts*. Nesse sentido, destaca-se o entendimento da doutrinadora Milena Donato Oliva, adotado pelos doutrinadores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce nos comentários sobre o tema: “*instrumentos compatíveis com os ordenamentos da família romano-germânica*”¹³⁵.

Em linhas gerais, os *trusts* decorrem de uma relação fiduciária, por meio da qual uma pessoa é proprietária de um patrimônio, vinculada a uma obrigação de mantê-lo ou utilizá-lo em benefício de terceiros. Tal instituto é considerado como um exemplo de planejamento sucessório nos países sob a influência do direito anglo-saxão, em decorrência de sua flexibilidade, diante da possibilidade de estabelecer *trusts* para qualquer objetivo que não seja considerado ilegal pelo ordenamento jurídico pátrio¹³⁶

Contudo, a doutrina majoritária, exemplificada por meio do entendimento dos doutrinadores Giselda Hironaka e Flávio Tartuce, destacam que a aplicação deste instituto no contexto brasileiro poderia implicar em violação ao disposto no artigo 426 do Código Civil, uma vez que a administração e divisão futura de bens poderiam ser consideradas como atos de disposição patrimonial de pessoa viva, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, também cumpre destacar a aplicação do instituto do planejamento sucessório no contexto de pandemia da COVID-19, diante do óbito de muitas pessoas após contraírem a doença, principalmente no período anterior às campanhas de vacinação, e diante da morosidade do Poder Judiciário que sofreu um considerável aumento diante deste cenário, a opção pela técnica de planejamento sucessório teria a finalidade de facilitar a organização patrimonial e, conseqüentemente, a posterior partilha de bens de forma estruturada¹³⁷.

135 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. op.cit.

136 SANTOS SALES, Plínio César. Planejamento sucessório patrimonial. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14335/14335.PDF?>. Acesso em 26 junho.2022.

137 NASCIMENTO, Priscilla Brayner Calado. O impacto da covid e a importância do planejamento sucessório. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1428/O+impacto+da+COVID-19+e+a+import%C3%A2ncia+do+planejamento+sucess%C3%B3rio>. Acesso em 26 junho.2022.

Portanto, este cenário e o contexto de crise econômica decorrente da pandemia da COVID-19, permitiram considerável aumento pela busca do planejamento sucessório por muitas famílias brasileiras¹³⁸.

6 CONCLUSÃO

Os avanços na globalização permitiram que nos dias de hoje as distinções existentes entre os países que adotam o sistema do *civil law*, em relação àqueles que adotam o regime do *common law* diminuíssem consideravelmente, de modo a permitir que um país típico de *civil law* como o Brasil também considere, em algumas situações, a força vinculante dos precedentes judiciais e não apenas a lei escrita.

O contexto histórico foi o principal responsável pelas distinções entre os sistemas da *civil law* e *common law*. De um lado, os países que representam o *civil law* foram influenciados pelo direito romano-germânico, de modo a privilegiar a lei escrita como fonte primária do direito, principalmente após a Revolução Francesa que concretizou a lei como um meio legítimo de representação da vontade do povo e limitação de eventuais abusos. De outro lado, havia o contexto do *common law*, formado por um cenário de predominância da liberdade religiosa e composto pelas modificações realizadas durante o reinado de Guilherme I ou "Guilherme o Conquistador", por meio da unificação dos costumes e da jurisdição no âmbito do direito inglês.

No entanto, conforme demonstrado no decorrer do presente artigo, ainda que o precedente judicial seja utilizado em detrimento da lei escrita, isso não impede que o aplicador do direito dispense a interpretação do que dispõe o julgador no caso utilizado como paradigma. Portanto, antes da aplicação dos precedentes ao caso concreto, estes deverão ser interpretados de modo adequado, para confirmar a possibilidade de aplicação em cada caso concreto.

Assim, como regra geral, a principal diferença entre os sistemas do *civil law* e *common law* consiste na fonte primária para a resolução dos conflitos que surgem na sociedade. Enquanto no primeiro a lei é considerada a fonte primária e os países possuem dispositivos legais que orientam o julgamento dos tribunais, no segundo existe a técnica dos precedentes (*stare decisis*), por meio dos quais os tribunais decidem aplicar a mesma solução jurídica para casos semelhantes, com a finalidade de garantir a segurança jurídica das decisões judiciais.

No início, o *common law* era influenciado predominantemente pelos costumes da sociedade inglesa, contudo, nos dias de hoje esse sistema é composto por precedentes judiciais.

Assim, embora os Estados Unidos da América e a Inglaterra sejam considerados como países que adotam o *common law*, isso não significa que os sistemas jurídicos dos países são idênticos. Isso porque, apenas no primeiro os precedentes judiciais coexistem com os códigos civis dos estados, o que não ocorre na Inglaterra. No entanto, embora nos Estados Unidos exista esse

¹³⁸ GIMENEZ, Ana Paula. TAVERNEIRO, Marcos. O aumento da procura por planejamento sucessório durante a crise da COVID-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/opinioao-procura-planejamento-sucessorio-covid-19>. Acesso em 26 junho.2022.

cenário, a lei escrita apenas é considerada eficaz após a aplicação ao caso concreto mediante a atuação dos tribunais.

Por outro lado, embora existam avanços, em relação ao direito sucessório as distinções permanecem, uma vez que, embora nos países de *civil law* exista o instituto da legítima ou reserva legal, exceto no México, com a finalidade de limitar os atos de disposição patrimonial e, ao mesmo tempo, proteger os interesses dos herdeiros necessários ou legitimários, nos países adeptos ao *common law* não existe qualquer previsão expressa nesse sentido.

Isto porque, o Código Civil Mexicano não dispõe sobre a existência da legítima, mas apenas sobre o direito de alimentos para determinados parentes do testador.

Vislumbrando esse cenário, o presente artigo buscou analisar as principais discussões existentes com relação ao instituto da sucessão legítima e sucessão testamentária nos ordenamentos jurídicos da Itália, Portugal, Alemanha, México e França, como representantes dos países adeptos ao *civil law*, de modo a destacar as diferenças entre o instituto da legítima e o rol dos herdeiros necessários entre os países.

Por meio desta análise, foi possível concluir que no direito francês os ascendentes não constam no rol dos herdeiros necessários, de modo diverso do sistema do direito italiano, português e alemão, que estabelecem não apenas os ascendentes, mas o cônjuge e os descendentes dessa forma.

Contudo, assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, nos referidos sistemas o companheiro também não se encontra no rol dos herdeiros necessários, embora o cônjuge supérstite seja assim considerado. Tal contexto também demonstra a existência de um tratamento legal diferenciado do cônjuge e do companheiro no Código Civil dos países indicados acima.

Por outro lado, na Inglaterra e Estados Unidos, como representantes dos países do *common law*, foi possível observar, por meio de uma análise comparativa que, embora nestes países não exista o instituto da legítima, existe um auxílio financeiro ou pensão alimentícia decorrente do patrimônio do testador, de modo a garantir as condições básicas de sustento do herdeiro que realmente precisa.

No mesmo sentido, nos Estados Unidos existe o instituto denominado *family provision*, com a finalidade de garantir que os dependentes econômicos do *de cuius* não fiquem desamparados após o óbito, principalmente diante da possibilidade do testador realizar a disposição integral dos bens desconsiderando o interesse dos familiares que necessitam de auxílio.

Ademais, com relação à sucessão testamentária, conforme destacado no presente artigo, desde a formação do sistema da *civil law*, diante da influência do direito romano, o testamento era considerado como um instrumento do cotidiano da sociedade, de modo que a morte a existência de testamento era um motivo de maldição e vergonha perante a sociedade. Não obstante, a

liberdade de testar nestes países não era absoluta e, desde o início, era limitada pelo instituto da legítima ou reserva hereditária.

Por outro lado, embora a Alemanha também seja considerada um país em que vigora o sistema da *civil law*, no início, o direito germânico não era adepto à existência dos testamentos, sendo que a sucessão legítima era predominante no país. Contudo, a união entre o direito romano-germânico possibilitou o surgimento do sistema atual em que coexistem tanto a sucessão legítima quanto a testamentária.

Além disso, por meio do presente artigo também restou demonstrada a necessidade de sopesamento entre os princípios da solidariedade familiar e o princípio da autonomia privada. Isto porque, no entendimento de alguns doutrinadores, tal como Pablo Stolze Gagliano, limitar os atos de disposição patrimonial por meio do instituto da legítima significa evidente violação ao direito constitucional de propriedade, em que o proprietário pode exercer as faculdades de “usar, gozar, fruir e dispor”, nos termos do artigo 1.228 do Código Civil.

Nesse contexto, a sugestão para a adequação do instituto da legítima ao contexto da sociedade atual, seria a eventual redução do percentual aplicável nos dias de hoje, ou seja, 50% dos bens da herança, e possibilidade de preservação dos interesses dos herdeiros de outra forma, como por exemplo por meio de testamentos.

Por outro lado, também existe o entendimento de que a legítima deveria ser aplicada apenas para as pessoas economicamente vulneráveis e que dependiam economicamente do *de cuius*, de modo que após o óbito do familiar não são capazes de obter o próprio sustento.

Por fim, com relação ao planejamento sucessório e a aplicação no âmbito dos países adeptos ao sistema do *common law*, restou demonstrado que, a ausência de previsão expressa referente à legítima nestes países foi responsável pela criação de um cenário mais favorável ao planejamento sucessório.

Assim, a legítima tem sido considerada como um “obstáculo” a concretização do planejamento sucessório e consequente possibilidade de que os benefícios deste instituto sejam aplicados cada vez mais em diversos países.

Uma vez que, este instituto é utilizado para, ao mesmo tempo, evitar o surgimento de futuros conflitos entre os herdeiros no momento da partilha de bens e assegurar uma distribuição da herança conforme a vontade efetiva do *de cuius*, como uma medida de concretizar a aplicação do princípio da autonomia da vontade.

Nesse contexto, alguns instrumentos destacados no presente artigo que permitem a concretização do planejamento sucessório são a opção pelo regime de bens diverso dos regimes previstos atualmente no Código Civil Brasileiro e a constituição de sociedades denominadas “holding familiares”, de modo a assegurar a administração de determinados bens até o momento da partilha de bens.

Ademais, o testamento e as doações realizadas em vida pelo *de cuius* também são instrumentos que buscam concretizar o planejamento sucessório, embora em alguns casos práticos este instituto seja utilizado com a finalidade de desviar o patrimônio e distribuí-lo para pessoas diversas, de modo a fraudar a legítima dos herdeiros necessários.

Por fim, por meio do presente artigo, também restou destacado que outro instrumento denominado *trusts* é um dos principais exemplos de concretização do planejamento sucessório nos países da *common law*, decorrentes de uma relação fiduciária.

Contudo, a aplicação deste instituto em países adeptos ao civil law, tal como o Brasil, no entendimento de alguns doutrinadores poderia implicar na violação ao artigo 426 do Código Civil e configurar uma hipótese de disposição sobre herança de pessoa viva.

Por fim, o contexto da pandemia da COVID-19 também foi destacado como um contexto que, diante do óbito de muitas pessoas, principalmente no período anterior ao avanço das campanhas de vacinação e diante da morosidade do Poder Judiciário intensificada neste período, acarretou um aumento da busca da população no sentido do planejamento sucessório.

Desse modo, pode-se concluir com o presente trabalho que enquanto os países que adotam o sistema do *civil law* possuem ordenamentos jurídicos mais rígidos, com previsões expressas referentes à proteção da legítima ou reserva hereditária, os países que adotam o sistema da *common law* adotam entendimentos mais livres o que, conseqüentemente, permite e facilita o planejamento sucessório.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

JURISDIÇÕES MISTAS: CIVIL LAW & COMMON LAW. Mixed jurisdiction: Civil Law & Common Law. Revista de Processo | vol. 270/2017 | p. 385 - 406 | Ago / 2017 | DTR\2017\2590.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, março 2010.

REALE, Miguel. Lições preliminares do direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009. Tradução livre feita por Renato Becho em seu Ativismo jurídico p. 103 Walker, David M. The Oxford Companio to Law. Oxford: Clarendo Press, 1980, p. 223, Tradução livre.

Guilherme, o Conquistador. Disponível em: <<https://www.algosobre.com.br/biografias/guilherme-o-conquistador.html>> Acesso em 26 junho.2022

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law – reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. Revista de Processo | vol. 199/2011.Set / 2011 DTR\2011\2451.

BORGES DE OLIVEIRA, Ana Carolina. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n.10, Jan-Jun, p.43-68.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HASELOF, Fabiola Utzig. Jurisdições mistas: civil law & common law. Revista de Processo. Vol. 270/2017. p.385-406. Agosto 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. Vol. 07. Saraiva: São Paulo. 2021.

HIRONAKA, Giselda Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. Direito das Sucessões. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. Fundamentos do direito das sucessões em outros Sistemas e no Brasil. 2020. Pág. 09 e 11. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/549>. Acesso em 26 junho.2022

SUCCESSION. France. European- Justice. Disponível em: https://e-justice.europa.eu/content_succession-166-FR-en.do?clang=en#toc_4. Acesso em 26.06.2022

Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro. De quem é a herança. Disponível em: <https://www.oabrij.org.br/tribuna/ordem-entregara-novo-espaco-aos-advogados/quem-heranca>. Acesso em 26 junho.2022

Rádio França Internacional. Justiça francesa decide sobre sucessão de Johnny Hallyday. Disponível em: <https://www.rfi.fr/pt/20190528-justica-francesa-decide-sobre-sucessao-de-johnny-hallyday>. Acesso em 26 junho.2022

OZANAN, Mariana. Sucessão legítima no Direito Comparado. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37411/sucessao-legitima-no-direito-comparado>. Acesso em 26 junho.2022.

FERNÁNDEZ-HIERRO, María; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. Boletim JADO. Bilbao. Ano VIII, nº19. Maio 2010.

Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27: 2018 : Porto Alegre, Brasil). Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/34q12098/l44zms3w/j2WbPlixGvbSJT5T.pdf>. Acesso em 26 junho.2022

NEVARES, Ana Luiza Maia. A proteção da família no Direito Sucessório: necessidade de revisão? Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1033/A+prote%C3%A7%C3%A3o+da+fam%C3%ADlia+no+Direito+Sucess%C3%B3rio%3A+necessidade+de+revis%C3%A3o%3F>. Acesso em 26 junho.2022

MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530990558. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em 26 junho.2022

POLETTI, Carlos Eduardo M. Indignidade sucessória e deserdação, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502182561/>. Acesso em 26 junho.2022

PELLEGRINO, Rodrigo. Common law: Uma abordagem sobre o prisma da liberdade religiosa. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/common-law-uma-abordagem-sobre-o-prisma-da-liberdade-religiosa/>. Acesso em 26 junho.2022

Pinheiro, Aline. Corte britânica limita livre escolha sobre herança. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-abr-07/justica-britanica-limita-liberdade-escolha-heranca>. Acesso em 26 junho.2022

VELOSO, Zeno. Como deixar a herança. Disponível em: <https://www.soleis.adv.br/artigoherancacomodeixar.zeno.htm>. Acesso em 26 junho.2022

FREIRE JÚNIOR, Aluer Baptista; BATISTA, Lorraine Andrade. Da redução e exclusão da legítima versus o direito à herança. Acesso em 25.06.2022. Disponível em: <http://www.fadileste.edu.br/revistavox/ojs-2.4.8/index.php/revistavox/article/view/177/213>. Acesso em 26 junho.2022

BERENICE DIAS, Maria. Manual de direito das famílias. Revista dos tribunais: 2017: Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76474648/v12/document/132651236/anchor/a-132651236>. Acesso em 26 junho.2022

GAGLIANO, Pablo Stolze. O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BRASILEIRO BORGES, Roxana Cardoso; LIMA DANTAS, Renata Marques. Direito das sucessões e a proteção dos vulneráveis econômicos. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil | Belo Horizonte, vol. 11, p. 73-91, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/9/8>. Acesso em 26 junho.2022

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARINELLI, Gisele dos Santos. A legítima versus o planejamento sucessório. Disponível em http://marinelliadvocacia.com.br/downloadFromServer&src=uploads/content_file/a-legitica-versus-o-planejamento-sucessorio.pdf. Acesso em 26 junho.2022

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em 26 junho.2022

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda C. Planejamento Sucessório: Introdução à Arquitetura Estratégica - Patrimonial e Empresarial - com Vistas à Sucessão Causa Mortis. Rio de Janeiro. Grupo GEN, 2015. 9788597000108. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000108/>. Acesso em: 26.06.2022.

SANTOS SALES, Plínio César. Planejamento sucessório patrimonial. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14335/14335.PDF?>. Acesso em 26 junho.2022

NASCIMENTO, Priscilla Brayner Calado. O impacto da covid e a importância do planejamento sucessório. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1428/O+impacto+da+COVID-19+e+a+import%C3%A2ncia+do+planejamento+sucess%C3%B3rio>. Acesso em 26 junho.2022

GIMENEZ, Ana Paula. TAVERNEIRO, Marcos. O aumento da procura por planejamento sucessório durante a crise da COVID-19. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-18/opiniao-procura-planejamento-sucessorio-covid-19>. Acesso em 26 junho.2022

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 junho.2022

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 26 junho.2022.

ITÁLIA. 1997-1999. Código Civil. Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/codciv.htm. Acesso em 26 junho.2022.

FRANÇA. 1803-03-05. Código Civil. Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=C4A8E5DA3494B31C4E433FC871D6790E.tpdjo08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006089696&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20111209. Acesso em: 26 junho2022.

PORTUGAL. Lei 47.344, 25 de novembro de 1966. Código Civil. Disponível em: <https://www.igac.gov.pt/documents/20178/358682/C%C3%B3digo+Civil.pdf/2e6b36d8-876b-433c-88c1-5b066aa93991>. Acesso em 26 junho2022.

MÉXICO. Código civil. Disponível em: <https://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-civil-federal/> Acesso em 26 junho.2022.

ALEMANHA. Código Civil. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf> Acesso em 26 junho.2022.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA COMO ANTECIPAÇÃO DE PENA DEFINITIVA

DOMINGOS JOSÉ RODRIGUES CAVALEIRO:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL¹³⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo traz uma reflexão acerca da execução provisória da pena no Brasil que tem sido usada como antecipação de pena, seja pelo tempo em que os apenados ficam presos cautelarmente, seja pela inobservância estrita dos requisitos legais para decretação de tal reprimenda que era para ser, a princípio, provisória, ressalvadas alguns casos, de modo especial após o pacote anticrime, lei 13.964/2019, quem têm sido minimizados. Até quando as prisões cautelares no Brasil vão continuar sendo usadas como antecipação de pena? O que fazer para mudar e melhorar tal situação? Os objetivos deste estudo são conscientizar a população, assim como também os poderes constituídos para que tomem as devidas providências para serem reduzidos os índices de erros e de pessoas vítimas do Estado por culpa ou dolo dos responsáveis pela aplicação da lei. Com isso, faz-se necessário esse estudo aprofundado ser publicado para chegar ao maior número possível de pessoas e, ao serem atingidas por este estudo, possam fazer alguma coisa para mudar as atuais estatísticas.

Palavras-chave: Presos cautelarmente, antecipação de pena, erros judiciais, prisão além do tempo.

ABSTRACT: This article reflects on the provisional execution of the sentence in Brazil, which has been used as an anticipation of sentence, either for the time in which the convicts are provisionally imprisoned, or for the strict failure to comply with the legal requirements for the enactment of such a reprimand that was to be, at first, provisional, except for some cases, especially after the anti-crime package, law 13.964/2019, which has been minimized. How long will precautionary arrests in Brazil continue to be used as an anticipation of sentence? What to do to change and improve this situation? The objectives of this study are to make the population aware, as well as the powers that be to take the necessary measures to reduce the rates of errors and people who are victims of the State due to the fault or intent of those responsible for law enforcement. With this, it is necessary for this in-depth study to be published to reach the largest possible number of people and, when they are reached by this study, they can do something to change the current statistics.

Keywords: Precautionary prisoners, anticipation of sentence, judicial errors, imprisonment beyond time.

139 Professor Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

Sumário: 1. Introdução; 2. Prisões Eivadas de Vícios ou Erros; 2.1 Fundamentos Constitucionais e Legais; 2.1.1 Artigo 5º, LXXVIII da CF/88 duração razoável do processo; 2.1.2 Artigo 313, § 2º do Código de Processo Penal; 3. Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se a situação caótica em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, ao se levar em conta a grande quantidade de presos provisórios existentes no sistema carcerário brasileiro. Torna-se necessária uma reflexão aprofundada sobre se o mandamento constitucional da presunção de inocência, está ou não sendo observado pelo poderes constituídos, tanto pelo legislativo como pelo judiciário na aplicação da constituição e da lei, esculpido no artigo 5º, LVII, in verbis: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Pelos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, abaixo transcrito, que é possível perceber que há uma grande incidência de presos cautelares que, devido à morosidade dos órgãos públicos permanecem muito tempo presos sendo vítimas também das péssimas condições em que se encontram os presídios, tanto provisórios quanto os definitivos, acabam tendo a provável condenação futura sendo antecipada por inobservância do ensinamento constitucional supramencionado.

Observa-se na notícia a seguir, publicada dia 13 de outubro de 2022:

Segundo dados do TSE, 12.963 presas e presos provisórios em todo país estão com sua inscrição eleitoral regularizada, podendo assim votar. Um levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) revela que, até o dia 30/09/2022, havia 909.061 pessoas presas. Desse total, 44,5% são presos provisórios. (Fonte: Pastoral Carcerária).

Que quase metade da população carcerária é de presos provisórios. Isso confirma a tese de que não se trata de negar ao Estado o jus puniendi, porque ele tem esse direito; mas o modo como o estado está punindo aqueles que deveriam ser tratados como presumidamente inocentes, quando são presos, mesmo cautelarmente. São imediatamente tratados como se culpados fossem, tanto pelos agentes públicos responsáveis pela prisão como pela sociedade em geral.

Até quando vai continuar havendo prisões cautelares no Brasil como antecipação de pena?

O pacote anticrime, lei 13.964/2019, tentou minimizar este fosso colossal que existe entre a realidade das prisões cautelares que têm sido usadas como antecipação de pena em comparação com a presunção de inocência. Mesmo assim ainda há um longo caminho a ser percorrido para se chegar um ideal em que não mais se falará em direitos constitucionais serem violados pelo próprio Estado a quem cabe a guarda da Constituição. É o que se depreende da inovação promovida pela supramencionada lei ao Código de Processo Penal, em seu artigo 313, §2º, in verbis:

“§2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.”

Se o próprio texto da lei passou a vedar a decretação da prisão preventiva como finalidade de antecipação da pena, isso já é um sinal de que essa prática acontecia e que não pode mais ser tolerada.

O propósito deste trabalho é que seja colocada a real situação dos presídios brasileiros tendo como parâmetro o princípio da presunção de inocência, focando em provável violação constitucional, causada tanto por erros judiciais como por ausência de condições mínimas para o cumprimento de prisões cautelares, ou ainda como tempo demasiado que os presos provisórios ficam nesta condição.

A própria Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXV prevê que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, além do que ficar preso mais tempo do que o fixado na sentença. Embora o foco deste trabalho não seja a reparação civil do Estado que, diga-se de passagem, é objetiva, este inciso acima transcrito revela que existe a possibilidade de erros judiciais serem cometidos tanto em sentença judicial penal transitada em julgado, assim como também em prisões provisórias, ocasionando prisões ilegais e, ainda, prisões legais se tornarem ilegais por excesso de tempo em que o preso cautelarmente permanece na prisão.

O leitor encontrará neste estudo decisões dos tribunais superiores sobre a presunção de inocência e o cumprimento da prisão em segunda instância, assim como as prisões cautelares sendo usadas como antecipação da pena definitiva.

Este trabalho tem como método abordagem dedutiva e realizada com pesquisa bibliográfica do tipo narrativa

Este estudo tem por escopo levar ao conhecimento da sociedade os abusos cometidos, de modo especial contra pessoas menos favorecidas e que são vítimas do Estado brasileiro nas cadeias públicas espalhadas por este País. Outro objetivo ainda é sensibilizar os poderes constituídos, no sentido de que sejam tomadas as devidas providências para que seja minimizada a incidência de erros que culminem com a prisão provisória de inocentes causando a estes prejuízos morais, econômicos e familiares irreversíveis, por meio da demonstração dos principais erros judiciais e sua maior incidência e, ainda, traçando o perfil das vítimas.

2 PRISÕES EVADAS DE VÍCIOS OU ERROS

Os julgadores são humanos, logo são passíveis de erros. O poder judiciário, na sua função típica, certamente não deve medir esforços para minimizar a quantidade de equívocos, já que, na área criminal, estes incidem diretamente no cerceamento da liberdade de locomoção das pessoas. O direito de ir e vir sendo restringido está-se diante da retirada de um direito fundamental do indivíduo que pode ser tirado de alguém após um processo justo, observando a paridade de armas,

a ampla defesa e o contraditório, tendo sido dado ao acusado a possibilidade do contraditório e da ampla defesa, como diz a Constituição, para que ele não seja condenado injustamente.

O art. 1.023, caput do CPC é bem sugestivo no sentido de corroborar a tese de que é provável haver erros judiciais, tanto que prevê como um dos motivos pelos quais o recorrente pode fazer suas alegações, caso identifique erros na decisão prolatada pelo juiz.

“Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.”

Na verdade, o artigo acima mencionado já pressupõe essa possibilidade do cometimento de erros, por isso expressamente e, sabiamente o legislador assim entendeu e normatizou. Trata-se dos embargos de declaração, recurso previsto expressamente no Código de Processo Civil que pode ser usado analogicamente no Código de Processo Penal, posto que a analogia in bonam partem é permitida no ordenamento jurídico brasileiro, na área criminal.

Um dos objetivos gerais da teoria geral dos recursos é também dar a possibilidade àquele que entende ter sofrido prejuízo com uma decisão judicial equivocada, demonstrar seu inconformismo e o tribunal terá a chance de reformar a decisão, caso encontre erros cometidos pelo juiz de primeira instância.

A prisão é a última ratio. A liberdade é a regra e não a exceção como se tem percebido no Brasil. Prende-se desordenadamente e a qualquer custo, de modo especial, antes do chamado Pacote Anticrime.

As medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, sinalizam para esse fim, qual seja, de que a prisão deve ser a última medida a ser tomada pelo poder judiciário, no sentido de fazer prevalecer o corolário constitucional de que todos são considerados inocentes até que haja sentença penal condenatória transitada em julgado, contra a qual não caiba mais nenhum recurso.

Nessa perspectiva, há vasta literatura sobre casos de pessoas que tiveram sua liberdade cerceada de forma equivocada, quer seja prisão cautelar quer seja definitiva, sendo vítimas, portanto de erros judiciais.

Hoje não mais se admite o cumprimento de pena de forma antecipada, quando acusados passam a cumprir pena com decisão judicial em segunda instância. Na verdade é essa a ideia quando o STF julgou inconstitucional a prisão em segunda instância, ao julgar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, 44 e 54, cujo resumo do inteiro teor encontra-se abaixo transcrito, in verbis:

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal e, como consequência,

determinava a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no art. 312 do mencionado diploma processual, abrangendo, ainda, o pedido sucessivo, formulado na ação declaratória nº 43, no sentido de poderem ser implementadas, analogicamente ao previsto no art. 319 do Código de Processo Penal, medidas alternativas à custódia quanto a acusado cujo título condenatório não tenha alcançado a preclusão maior, o julgamento foi suspenso. Falaram: pelo amicus curiae Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, o Dr. Miguel Pereira Neto; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro André Luiz de Almeida Mendonça, Advogado-Geral da União; e, pela Procuradoria-Geral da República, o Dr. Antônio Augusto Brandão de Aras, Procurador-Geral da República. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.10.2019 (Sessão Extraordinária).

Como se pode perceber acima, esta decisão data de novembro de 2019 e corrobora um entendimento anterior do próprio Supremo Tribunal Federal que foi superado por um curto espaço de tempo, de 2016 até 2019. Logo a Suprema Corte corrigiu seu entendimento e, acertadamente, voltou ao entendimento de 2009.

O julgamento das Ações Direta de Constitucionalidade 43, 44 e 54 que declarou constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal se tornou um marco histórico no sentido de dizer o óbvio: “ninguém poderá ser preso senão. Em virtude de condenação transitada em julgado”. Claro que é possível também as prisões cautelares.

Prender em segunda instância é antecipar a pena porque ainda há recursos pendentes. Por isso, não se pode admitir a prisão em segunda instância porque isso se caracteriza como antecipação de pena, vedado pelo ordenamento jurídico, pelo entendimento dos tribunais superiores e também pela Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar que o caso supramencionado é emblemático porque envolveu diretamente um ex-presidente da República, que fora preso, injustamente ou não, e agora presidente eleito, mas que não somente por este fato ter tido mais holofotes e ter chamado a atenção do mundo todo mas também pelo fato de ser pessoa e haver violação de um direito fundamental assegurado a todos. Mas também, para observar os milhares de casos que acontecem no cotidiano deste país continental e que, com certeza, muitos anônimos são vítimas diariamente.

Porém, o fato é que se corrigiu um erro e foi declarada a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal que, dentre outras assertivas, diz que “ninguém poderá ser preso, senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado”, dentre outras hipóteses, quase uma cópia do art. 5º, LVII da Constituição Federal pátria de 1988.

2.1 Fundamentos constitucionais e legais

2.1.1 Artigo 5º, LXXVIII da CF/88 duração razoável do processo

A duração razoável do processo é uma garantia constitucional. Essa prerrogativa constitucional, de per si, já pressupõe uma morosidade processual no âmbito civil, penal assim como no administrativo. O processo duradouro causa prejuízo a pelo menos uma parte. Quando se trata de uma prisão cautelar, por exemplo, o prejuízo é maior ainda. No processo demorado pode haver prescrição da pena, no caso de processo penal. Por outro lado, o réu preso cautelarmente e que passa anos e anos preso sem haver um julgamento justo com duração razoável, nos dizeres da Constituição, o inocente já está pagando a pena com o próprio corpo.

Outro grave problema é o estigma que todos que são submetidos a quaisquer tipos de prisão carregam para o resto da vida é o nome de ex-presidiários. Agora mesmo, neste período de campanha eleitoral, o ex-presidente da República e agora presidente eleito no último dia 30 de outubro de 2022, Luís Inácio Lula da Silva, com muita frequência, era chamado de ex-presidiário, com o intuito de diminuir a pessoa dele. Sendo isso feito com um ex-presidente já é deplorável, imagine contra pessoas humildes, pessoas do povo, negras, mulheres, pobres, etc.

O foco desse trabalho não é prejuízo material, mas moral. Nem todos que são presos provisoriamente são condenados definitivamente. Mesmo aqueles que têm sentença condenatória transitada em julgado que não caiba mais nenhum recurso, não podem ter essa pena antecipada, sob pena de ferir a Constituição e o próprio Código de Processo Penal, de modo especial com a inovação legislativa inserida pela lei 13.964/2019, chamada de pacote anticrime. Muito menos aqueles que, no final do longo processo criminal que respondem presos, a maior parte deles são absolvidos, para eles, o prejuízo é imensurável.

2.1.2 Artigo 313, § 2º do Código de Processo Penal

O artigo acima mencionado é bastante esclarecedor ao expressamente colocar: "não é permitida prisão preventiva como antecipação de pena."

No Habeas Corpus abaixo, prolatado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti Cruz, a condição que ele coloca para que a prisão preventiva seja compatível com a ordem constitucional é de suma importância. Colocado em negrito: que não assuma natureza de antecipação de pena. Essa advertência dada pelo ministro está expressamente fixada no Código de Processo Penal por meio da lei 13.964/2019. Vale ressaltar que antes essa posição era defendida pelos doutrinadores e pela vasta jurisprudência dos tribunais superiores.

Certamente a jurisprudência defendia anteriormente e a lei agora corrobora essa posição, diante de muitos abusos que eram cometidos com o uso da prisão preventiva como antecipação de pena.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A prisão preventiva é compatível com a

presunção de não culpabilidade do acusado desde que não assuma natureza de antecipação da pena e não decorra, automaticamente, da natureza abstrata do crime ou do ato processual praticado (art. 313, § 2º, CPP).

(STJ - HC: 595523 SP 2020/0166934-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 02/02/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2021).

Aury Lopes Júnior (pág. 865), ao analisar o artigo 312 do CPP, afirma que: “a prisão preventiva é um instrumento do processo e não uma pena antecipada; ou seja, deve ter caráter instrumental e não se confunde com a pena propriamente dita.” Com essas sábias palavras, o supramencionado autor faz uma severa crítica ao modo como as prisões cautelares são usadas no Brasil, de forma desordenada, transformando o seu caráter instrumental em caráter substancial, constituindo-se, assim em prisão inconstitucional e ilegal.

Se alguém fica preso um só dia já fica marcado para o resto da vida, mesmo em caso de uma prisão em flagrante que o agente pode, em caso de prisão ilegal, ser solto no mesmo dia ou no dia seguinte. Ainda mais, em caso de prisão temporária que dura pelo menos cinco dias. Quando se fala em prisão preventiva que, diga-se de passagem, não tem prazo para terminar, então, na prática uma pessoa que está presa preventivamente pode ficar muito tempo na cadeia. Importante ressaltar que há vários casos na literatura de pessoas que ficaram anos e anos presas cautelarmente.

O caso abaixo, trata-se de um preso cautelar, diga-se preventivamente, desde o ano de 2012 que continua até hoje acautelado temporariamente, conforme relatório resumido da defesa abaixo transcrito, e que, mesmo com mais de dez anos preso temporariamente, ainda, segundo o ministro relator do Superior Tribunal de Justiça, Sebastião Reis Júnior, preenche todos os pressupostos e requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, consoante inteiro teor do voto dele no habeas corpus abaixo transcrito:

Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Recorrente: FLÁVIO MELLO DOS SANTOS (PRESO)

Advogados: LUIZ GUSTAVO BATTAGLIN MACIEL - MS008195 CARLOS ALBERTO LUBE JÚNIOR - RJ145807 SÉRGIO HENRIQUE RESENDE LANZONE - MS015660 DIOGO MONETTO MENDES - RJ197153

Recorrido: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No presente caso, o paciente encontra-se preso, cautelarmente, desde junho de 2012. Contudo, o feito teve tramitação regular dentro das circunstâncias do caso, levando-se em consideração a complexidade da ação penal, com pluralidade de acusados e diversos requerimentos de

diligências pela defesa, incluindo perícia grafotécnica e interposição de diversos recursos, inclusive ao STJ.

Nas razões recursais, alega a defesa, em síntese, o excesso de prazo para a formação da culpa e excessiva morosidade do feito, tendo em vista que o recorrente está preso, cautelarmente, desde junho de 2012; ausência de contemporaneidade dos fatos; duração desarrazoada da segregação cautelar, ausência dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal para a manutenção da prisão preventiva; e inexistência de risco para a ordem pública e para a instrução processual (fls. 143/154).
Fonte: STJ.

Publique-se.

Brasília, 16 de maio de 2022.

Ministro Sebastião Reis Júnior. Relator

Fonte STJ.

Com a nova redação acrescentada ao artigo 316 do Código de Processo Penal pela lei 13.964/2019, abaixo transcrito, houve uma tentativa de diminuir o tempo em que os presos preventivamente permanecem no sistema prisional, ao estabelecer que a cada 90 (noventa) dias o órgão emissor da decisão, de ofício, revise a necessidade de sua manutenção, abaixo colacionado:

316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6581) (Vide ADI 6582)

Pelo que se percebe, com o pacote anticrime houve uma tentativa do legislador para diminuir os abusos que havia, ao impor aos aplicadores da lei a revisão dos motivos da necessidade de manter a prisão preventiva a cada 90 dias. Essa imposição legal já diminuiu muito o número de presos provisórios no Brasil, a partir da vigência da supramencionada lei.

Não resta dúvida de que há um esforço muito grande, por parte do legislador, assim como também, por parte do poder judiciário para que sejam evitadas prisões provisórias demasiadamente demoradas. Prisão provisória não é para ser eterna muito menos pena antecipada.

Outra inovação legislativa que ocasionou a diminuição do número de presos provisórios foi a vedação do juiz decretar de ofício a prisão preventiva, conforme está expresso no artigo 311 do Código de Processo Penal.

Na contramão do parágrafo único, do artigo 316 do Código de Processo Penal, acima mencionado, há uma mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, muito recente, numa decisão de maio de 2021, no sentido de que a inobservância da reavaliação no prazo de 90 (noventa) dias, previsto no art. 316, § único do CPP, não resulta em revogação automática da prisão preventiva.

Relator(a): Min. NUNES MARQUES

Julgamento: 26/05/2021

Publicação: 27/05/2021

Decisão

Supremo Tribunal Federal (HC 192.077-AgR, Ministra Cármen Lúcia; HC 157.575-AgR, Ministro Dias Toffoli; HC 164.611-AgR, Ministro Edson Fachin; HC 190.387/RN, Ministro Gilmar Mendes; HC 189.201-AgR/SC, Ministro Luiz Fux; HC 190.319-AgR/RJ, Ministro Ricardo Lewandowski; HC 188.702- - AgR/SE, Ministro Roberto Barroso). Finalmente, melhor sorte não socorre a parte impetrante, em relação à pretendida revogação da prisão preventiva em decorrência de suposta violação ao art. 316, parágrafo único, do CPP. É que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a inobservância da reavaliação no prazo de 90 dias, previsto no artigo 316, parágrafo único, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019, não resulta na revogação automática da prisão preventiva (SL 1.395/SP, Ministro Presidente). Assim, caberá ao juízo competente, analisando o caso concreto, reavaliar a legalidade e a atualidade dos fundamentos da prisão preventiva decretada. Desse modo, não vislumbro a ocorrência de ilegalidade na manutenção da prisão preventiva do paciente. Em face do exposto, conheço, em parte, do presente pedido de habeas corpus e, nessa parte, indefiro o pedido de habeas corpus...

Fonte: STF.

Claramente isso é um retrocesso que premia a morosidade e, conseqüentemente provoca a permanência de presos provisórios mais tempo no sistema carcerário brasileiro, prática que a lei 13.964/2019 tentou combater. É o que se depreende da decisão acima transcrita.

3 CONCLUSÃO

A conclusão a que se chega, no final deste trabalho, é que, diante de vários casos de abusos cometidos por todo este país, é necessário haver uma mudança de postura no modo de aplicar a lei, na forma do Ministério Público acusar e na população em geral que tende a querer condenar a qualquer custo em curto espaço de tempo, sem que seja dada ao acusado oportunidade de se defender de acordo com a lei. Duração razoável do processo não significa atropelar etapas e cercear a defesa.

O pacote anticrime veio para minimizar os exageros na decretação de prisões cautelares. O número de presos provisórios no Brasil é muito grande, pois se sabe que, como diz, o nome é prisão provisória e não definitiva. Mas, além da morosidade e do ativismo judicial, ainda há o cometimento de vários erros, muitas vezes até grosseiros, talvez até por conta da judicialização de quase tudo e termina abarrotando os tribunais de processos que não dão conta de julgar com acerto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LOPES Jr., Aury, **Direito Processual Penal/ Aury Lopes Jr. – 11. Ed**, - São Paulo: Saraiva, 2014.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (BRASIL). INSTITUIÇÃO. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BRASIL). INSTITUIÇÃO. **Habeas corpus: HC XXXXX SP XXXX/XXXX-9**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1172223506>>. Acesso em: 20 setembro 2022.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (BRASIL). INSTITUIÇÃO. **Lei Nº 13.964, DE 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 15 setembro 2022.

<https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em 27/09/2022

<https://www.conjur.com.br/>. Acesso em 27/09/2022.

<https://carceraria.org.br/>. Acesso em 28/10/2022

A LINGUAGEM JURÍDICA COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA

ANA LUIZE DE AZEVEDO SANTULLO VILELLA:

Juíza Leiga especialista em Direito Público

RESUMO: Acredita-se ser possível mudar o quadro do judiciário, incentivando operadores do direito a evitar a utilização de um português rebuscado, trocando-o por expressões que traduzam a mesma ideia, mais simplificadas, claras, objetivas e, principalmente, populares, no sentido de ser um português entendido pelo povo.

Palavras chaves: Linguagem Jurídica. Sociedade. Acesso à justiça

Sumário: 1. Introdução 2. A Linguagem como mediadora da relação entre direito e sociedade 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O judiciário brasileiro tem passado por um mecanismo de modernização na busca de se adaptar à sociedade que a cada dia passa por diversas transformações, uma vez que surgem novas necessidades e novas ideias comportamentais, fazendo com que a percepção de mundo da própria humanidade sofra mudanças. Porém, ainda que ocorra essa adaptação, alguns setores resistem à mudança e continuam utilizando métodos arcaicos no que refere à prestação de serviço para a sociedade, como é o caso da linguagem jurídica utilizada de forma forense no trato com os clientes e nos trâmites do judiciário.

O presente trabalho examina a relação entre a linguagem jurídica utilizada por operadores do direito e cidadãos comuns. Analisa-se a dificuldade encontrada por aquele que não lida com o Direito rotineiramente, dificuldade esta que é gerada pelo uso de uma linguagem extremamente rebuscada e incompreensível para quem não está acostumado. Na interação entre aqueles dois sujeitos, leigo e operador do direito, a comunicação fica prejudicada devido à linguagem que se distancia muito da linguagem popular.

No universo jurídico é fácil verificar a existência de uma linguagem específica utilizada por juristas em suas atuações. Podemos denominá-la de Linguagem Jurídica, a qual advém das relações e convenções dos operadores do Direito e possui termos particulares, os quais muitas vezes se tornam obstáculos linguísticos de compreensão para aqueles que não são juristas. Assim, a Linguagem Jurídica é uma linguagem técnica, destinada exclusivamente aos operadores do direito.

2. A LINGUAGEM COMO MEDIADORA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E SOCIEDADE

Isto posto, o principal instrumento utilizado no trabalho do operador do direito é a Linguagem, devendo dominar, sobretudo, a Língua Portuguesa. Faz-se necessário conhecer as regras gramaticais para ordenar as palavras de modo coerente, a fim de que se produza um texto capaz de passar a mensagem ao receptor de maneira eficiente e inteligível. Todavia, essa

linguagem, muitas vezes, por ser muito técnica, acaba por atravancar a comunicação, principalmente, entre advogado e cliente, uma vez que o cliente, em sua maioria, possui desconhecimento jurídico, e são pessoas que apresentam o mais diversificado grau de instrução.

Evidentemente, o objetivo da linguagem jurídica não é apenas estabelecer uma interação exclusiva entre advogado e cliente, devemos considerar que existe também a relação entre os próprios operadores do direito, como uma sociedade fechada, à parte. É importante, portanto, analisar a relação existente entre o direito e a sociedade como um todo, ou seja, nessa sociedade incluem-se clientes, advogados, operadores do direito e cidadãos comuns. Esses últimos muitas vezes são completamente leigos no assunto.

Além disso, uma das finalidades da Linguagem Jurídica é a persuasão e o convencimento. A arte, a religião e a língua, por exemplo, são estruturas basilares que servem de modo de operação da sociedade, e são utilizadas para designar uma maneira de agir, operar ou executar atos, seguindo os mesmos padrões, através do convencimento ou da persuasão. Bourdieu¹⁴⁰ percebeu que existe um poder simbólico, um poder invisível em que os subjugados se submetem a ele de maneira espontânea e são aquelas grandes estruturas na sociedade que exercem essa espécie de poder invisível sobre as pessoas, que nem é percebido.

Dentre as grandes estruturas, a língua exerce um poder ainda maior, uma vez que nenhuma sociedade sobrevive sem comunicação. A língua é constituída não apenas da fala, mas também de outros métodos de comunicação para que se consiga passar uma mensagem ao receptor. A língua engloba a psicologia, a antropologia, sociologia, e a ciência, por meio da linguística. Portanto a língua é um meio de se locomover, de se formar e de desenvolver na sociedade. Também, é um meio de controle das pessoas através daquelas que tem maior conhecimento e sabe utilizar a língua em prol da manipulação do poder.

Pode-se dizer que a língua, dentre outras grandes estruturas da sociedade exerce enorme força sobre aqueles que a utilizam. Nesse sentido, o poder é exercido por conhecedores mais profundos da língua. Quanto mais se conhece uma língua ou quanto mais específica ela é, mais restrita ela se torna, fazendo com que apenas uma pequena parte privilegiada seja conhecedora e que os demais (maior parte) dependam da minoria para compreendê-la, a influência é maior sobre aqueles que têm menos conhecimento, pois há uma relação de dependência.

Pierre Bourdieu, em sua obra *O Poder Simbólico*¹⁴¹, percebeu que o direito e a linguagem jurídica são, juntos, forma de manifestação de poder. Ademais, constatou que o fato de limitar de forma simples as interpretações jurídicas, já é um método eficaz de controle social.

Segundo o filósofo, as grandes produções simbólicas servem como instrumentos de dominação. Sem perceber, as pessoas se submetem a elas e seguem o que elas ditam. Juntamente com os meios de comunicação, as grandes estruturas tornam possível a homogeneidade de opiniões, contribuindo para a reprodução da ordem social. Assim, as produções simbólicas são

140 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

141 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

como instrumentos de controle e dominação. Com a contribuição da cultura dominante, surge uma integração real da classe dominante, assegurando uma legitimidade do poder imperceptível.

Não só o sociólogo e filósofo Pierre Bourdieu segue essa linha de raciocínio. O poder exercido pela linguagem é reconhecido por diversos autores. O também sociólogo e filósofo Michel Foucault em sua obra *A Ordem do Discurso*¹⁴² mostra que a função do discurso é uma forma de exercer o poder, e isso tem por consequência a promoção de uma desigualdade social. Bastante crítico, Foucault denuncia que existe uma classe dominante por trás do poder do Estado e, ainda, que o poder político é exercitado através de um sistema com pontos invisíveis, locais onde se exerce a dominação. Não há um titular específico desse poder, mas sabe-se que ele sempre é exercido em uma mesma direção, onde há divisão de pessoas para os dois lados e não se sabe exatamente o detentor, mas é nítido saber quem não o detém.¹⁴³

Foucault inicia seu discurso com a seguinte afirmação:

“Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.”¹⁴⁴

Diferentemente das posições dos sociólogos e filósofos acima citados, Cesare Beccaria, se posiciona contra o poder em *Dos Delitos e das Penas*¹⁴⁵, afirma que da igualdade entre os homens está também o direito de todos conhecerem a Lei de forma igualitária, sem restrições. Assim, a clareza e o conhecimento das leis são fundamentais.

“Enquanto o texto das leis não for um livro familiar, [...], enquanto elas forem redigidas em língua morta e não conhecida do povo, [...], o cidadão e sua liberdade estarão dependendo de um pequeno número de homens que são depositários e intérpretes das leis. [...] quanto mais homens o lerem, menos delitos haverá.”¹⁴⁶

142 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

143 FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. São Paulo: Ed. Graal, 1979. P. 71.

144 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 8.

145 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

146 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 24.

A linguagem, portanto, pode ser utilizada como ferramenta para barrar o acesso à justiça e se tornar utensílio de exclusão, uma vez que o cidadão comum não compreende o que está em pauta no judiciário

3. CONCLUSÃO

Por fim, conclui-se que a dificuldade de compreensão do direito devido à utilização de uma linguagem jurídica rebuscada interfere no acesso ao judiciário. Observamos que o poder exercido pela linguagem é instrumento de domínio, por isso muitas vezes não se faz questão de apreciar uma linguagem mais simples ao comunicar com os demais. Considera-se a relevância de todo o formalismo do direito, mas critica-se a forma com que é apresentado ao público em geral, muitas vezes se fazendo desnecessário todo o rebuscamento. Vale lembrar que é imprescindível que um leigo na área jurídica também possa compreender o que diz o direito, o que diz o processo em que ele está inserido, uma vez que o processo e o direito em si dizem respeito à sua vida particular sendo, portanto, de interesse de todos.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DA RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM AÇÕES PENASIS EM CURSO E SUA COMPOSIÇÃO.

JULIA DE VILHENA BORGES:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: O presente artigo aborda as características basilares do acordo de não persecução Penal, nova modalidade do Processo Penal Brasileiro que vem apresentando mudanças significativas. O respectivo tema apresenta grandes debates jurídicos acerca da possível aplicação do acordo a fatos pretéritos, desde as persecuções que estejam em curso até aquelas que já foram transitadas em julgado. Juristas e doutrinadores conflitam entendimento de cabimento e não cabimento, visto ao teor misto que a novíssima norma possui, levando então aos operadores do direito a necessidade de pesquisar, estudar e buscar as atualizações que o âmbito penal tem sofrido. Este artigo também traz a reflexão e análise do princípio da (ir)retroatividade da lei penal ao momento que ele está sendo inserido nos acordos de não persecução, verificando os reflexos em âmbito constitucional e criminal. Infelizmente o período de vacância da respectiva lei foi muito curto. Mudanças legislativas relevantes precisam de necessária maturação teórica para consequente aplicação prática, visto mormente a confissão do agente, as possíveis condições ajustáveis entre as partes e a atuação do magistrado nesse novo espaço de consenso.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução. Irretroatividade. Processo penal. Pacote anticrime. Direito penal.

ABSTRACT: This article addresses the basic characteristics of the non-prosecution agreement, a new modality of the Brazilian Criminal Procedure that has been showing significant changes. The respective theme presents major legal debates about the possible application of the agreement to past facts, from the prosecutions that are in progress to those that have already become final. Jurists and scholars conflict the understanding of appropriateness and non-appropriation, given the mixed content that the newest norm has, thus leading to the operators of law the need to research, study and seek updates that the criminal scope has undergone. This article also brings the reflection and analysis of the principle of (ir)retroactivity of the criminal law to the moment it is being inserted in the non-prosecution agreements, verifying the reflexes in the constitutional and criminal scope. Unfortunately, the vacancy period of the respective law was very short. Relevant legislative changes need the necessary theoretical maturation for consequent practical application, especially given the confession of the agent, the possible adjustable conditions between the parties and the performance of the magistrate in this new space of consensus.

KEYWORDS: Criminal non-prosecution agreement; Irretroactivity; Criminal proceedings; Anti-crime package; Criminal law.

1 INTRODUÇÃO

Em virtude da excessiva burocratização dos necessários ritos judiciais, as mais diversas demandas de litígios e as deficiências estruturais, sejam financeiras e administrativas, grandes problemas foram gerados ao poder judiciário com o passar dos anos. A exemplo temos uma quantidade quase invencível de processos e uma morosidade nos andamentos, gerando insatisfação seja para a parte, seja para os que no meio estão envolvidos de alguma maneira.

A partir desse pensamento, partilhado entre as várias searas, que então surge o acordo de não persecução penal, inspirado em uma justiça negocial, tendo a estrutura “acordo contratual”, cumulada a uma confissão arrolada de critérios, levando então a praticidade dos membros do Ministério Público em ter o artifício contrário as formalidades de uma acusação com todas instancias judiciais, trazendo então o termo agilidade para prova.

Algo tão inovador, obviamente ensejou inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais, os quais certamente irão chegar em um consenso benéfico para uma aplicação mais pratica.

Sendo então o objetivo deste artigo, um tópico que se tornou importante com o passar das execuções dos ANPPs, foi a respeito de sua retroatividade e os limites dela, tudo com base na natureza jurídica dos mesmos, uma vez que poderá alterar e afetar diretamente inúmeros acusados, condenados e reeducandos, sendo então necessárias análises das diversas teses e interpretações a seguir apresentada, buscando um entendimento perene e consolidado para mais uma forma de composição no âmbito penal e criminal.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O acordo de não persecução penal foi trazido pela Lei 13.964/2019, no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, no intitulado “Pacote Anticrime”, haja vista, que o principal objetivo é o Ministério Público propor ao investigado o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Inicialmente quando falamos da motivação para o surgimento do ANPP, podemos falar que foi quando o Conselho Nacional do Ministério Público- (CNMP), em sua Resolução nº181/2017 (com alterações na Resolução nº 183/2018), implementou um ato normativo primário, em que buscou sanar problemáticas relacionadas a tardança de resoluções dos processos judiciais criminais. Tudo isso com base nas reclamações feitas por parte dos servidores que compõem o Poder Judiciário e também a sociedade como um todo.

Também se segue Marcelo Oliveira da Silva, com o que diz a respeito da natureza jurídica do ANPP, de um início para um pensamento a respeito da temporalidade, aplicação e competência.

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) deve ser considerado como um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, a fim de se atingir um fim consensual, de modo a otimizar o sistema de justiça criminal com restrição da criminalização, por ser a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A aplicação do acordo relativizou a obrigação de propor a ação penal pública por parte do autor da ação penal, que em consequência, será objeto de demanda judicial somente os casos de maior relevância e que tenha lesionado bem jurídico plausível.

Em continuidade acerca da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, Renato Brasileiro de Lima (2019) apresenta a tese de que este por sua vez, constitui um negócio jurídico extrajudicial, pois não se tem a presença de um juiz togado, tão somente do Ministério Público e do acusado acompanhado de seu advogado representante, sendo assim então sua natureza é extrajudicial porque não é pertencente ao judiciário realizar audiências a fim de estabelecer negociação, bem como promover a aplicação da ANPP, pois esta forma negociadora configura prática extrajudicial.

2.1 Cabimento do ANPP

Tratando-se as especificações do cabimento do ANPP, é necessário conceitualizar e contextualizar, para isso Mauro Messias (2020, p. 20) nos diz que:

O acordo de não persecução penal, instituído pela Lei Anticrime no artigo 28-A do Código de Processo Penal, consiste no ajuste, em procedimento que apure crime de média gravidade, isto é, com pena mínima inferior a quatro anos (e. g. uso de documento falso, furto qualificado e embriaguez ao volante), entre o membro do Ministério Público (ou querelante) e o investigado, no qual sejam pactuadas condições (e não penas), com a obrigatória homologação do acordo pelo juiz das garantias (artigo 3º-B, XVII, do CPP).

A postura do Ministério Público, é prioritária e de necessário esclarecimento, uma vez que a ferramenta busca o enxugamento de situações futuras, “uma premissa parece-nos clara: o acordo de não persecução penal foi criado para as situações (futuras, a partir da vigência da lei) em que não tenham sido ainda recebidas as denúncias.” diz o Procurador Regional da República Douglas Fischer (2020). Em continuidade sobre o esclarecimento da funcionalidade do acordo de não persecução diz Renato Brasileiro (2020, p. 275):

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite ao Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição.

2.2 Requisitos objetivos e subjetivos para a celebração do ANPP

No que diz respeito a parte objetiva e subjetiva da celebração do ANPP, primeiramente de maneira resumida, cabe como requisito objetivo, o não cabimento de Transação Penal, a confissão

em toda complexidade, crime não praticado na vertente de violência doméstica ou familiar, ou contra mulher e não trazer as previsões hediondas. Nos requisitos subjetivos temos, a não reincidência justificada por habitualidade, na infração ou delito, também a não participação do investigado em organizações criminosas, sendo o acordo não suficiente para reprovação e prevenção de tais crimes, conforme o parágrafo pontuado de Diogo Toscano (2020) e Fábio Barros (2020).

Quando se fala em poder do Ministério Público no oferecimento da proposta de ANPP, refere-se à observância não só dos requisitos objetivos previstos, mas também na parcela de subjetividade deixada pelo legislador para a aplicação do instituto. Essa subjetividade está insculpida na expressão "desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime", permitindo que para determinados casos se possa deixar de oferecer o acordo.

O art. 28-A do CPP traz expressamente o regramento do ANPP, no qual está incluso os requisitos objetivos e subjetivos para a sua concessão. O referido dispositivo também traz a possibilidade de o Ministério Público eleger condição extralegal, para, cumulativamente, ser ajustada em proposta alternativa de acordo.

São requisitos legais objetivos do ANPP, portanto, vinculado ao fato: i) pena mínima cominada ao delito (pena mínima inferior a 4 anos); ii) ausência de emprego de violência e grave ameaça no cometimento do delito; iii) necessidade do cumprimento das funções político-criminais; iv) não envolver delito passível de transação penal; v) não tenha sido cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor; e, vi) a investigação criminal deve estar madura para o oferecimento de denúncia, não sendo, portanto, caso de arquivamento.

A respeito de que a investigação esteja madura (citada no item vi) para a realização e execução do ANPP, significa dizer que devem estar plenamente preenchidas as condições da ação penal, portanto deve existir a aparência de prática de um crime (*fumus comissi delicti* - Pode se entender por *Fumus Commissi Delicti* a comprovação da existência de um crime e indícios suficientes de autoria), devendo então existir legitimidade de parte (ou seja, a ação deve ser penal pública), a punibilidade concreta e logo contundente deve estar preservada não falando em prescrição a pretensão acusatória e deve estar presente a justa causa, consubstanciada pelos elementos informativos e probatórios mínimos que emprestem fundamento empírico para o oferecimento de denúncia (CABRAL, 2020, p. 88/114)

São determinados requisitos subjetivos, para que possa ser beneficiado pelo ANPP, ou seja, deverá cumprir determinadas condições pessoais, quais sejam: i) não poderá ser criminoso reincidente, habitual, reiterado ou profissional; ii) não ter celebrado ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos 5 anos (período depurador), e; iii) deverá realizar confissão formal e circunstanciada da prática do delito. Pode se falar que os impeditivos de não ser o investigado um criminoso reincidente, habitual, reiterado ou profissional, já são a composição da estrutura basilar da política criminal de não conceder outros benefícios penais, bem como o ANPP.

Aqueles que já tenham se valido de outro benefício “despenalizador”, dependem da conduta ilibada de vida pregressa. Em observação importante a respeito do histórico da parte, o dispositivo legal em questão não exige o trânsito em julgado das ações penais em curso contra o investigado, até mesmo inquéritos policiais e outros procedimentos investigativos em andamento, o que sem dúvidas, fere o princípio da presunção de inocência.

2.3 Finalidades e objetivos a serem atingidos pelo ANPP

Celeridade, eficiência e economia processual, podem ser termos considerados pontuais para exemplificar a finalidade dos ANPPs, sendo como um remédio aos excessos de trabalho do sistema que rege a Justiça Criminal que segundo Cabral, podem ser resolvidos com as seguintes medidas:

i) o aumento proporcional do número de juízes e promotores para fazer frente ao excesso de serviço; ii) a descriminalização de delitos, a ponto de diminuir drasticamente o número de processos; e, iii) a ampliação substancial da possibilidade de celebração de acordos em matéria penal, fundamentalmente para os crimes de média e baixa lesividade. Por meio da ampliação substancial da possibilidade da celebração de acordos de natureza penal, fundamentalmente para os crimes de média e baixa lesividade, aparentemente, é a mais promissora, uma vez que a experiência prática dos outros países demonstrou que essa medida efetivamente acarreta uma diminuição sensível no tempo de tramitação processual. (2020, p. 44/50).

Ao lado da transação penal, o ANPP mitiga então a obrigatoriedade da ação penal pública, de ao haver a materialidade, o então oferecimento de denúncia é imposto para o Ministério Público adotar, figurando então a última chance para os investigados de fato isolado e primário, a respeitarem os bens jurídicos alheios e retornarem a vida pós-confissão.

É imperioso não deixar de fazer referência ao seu importante papel na possibilidade de diminuição da superlotação carcerária, assunto que se arrasta com o decorrer dos anos. O Ministério Público passa então a ter uma postura de resolução de conflito, dando uma transformação a sua atuação de somente interpor, deixando a judicialização para o último caso, tratando o princípio da obrigatoriedade penal com maior flexibilidade.

Nesse contexto, vale a transcrição da apresentação firmada pelo Ministro Ricardo Lewandowski à introdução da Regras de Tóquio no Brasil (2016, pág. 11), vejamos:

[...] Esse crescimento desenfreado da população prisional, dá-se em meio à sofisticação e o aprimoramento das formas de organização e funcionamento do aparato repressivo, notadamente sob a perspectiva de uma autorização legislativa mais punitivista. Inspeções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) denunciaram, porém, que o ambiente prisional,

no Brasil, ainda está marcado por outra modalidade de castigo, consistente na forma como é executado. Estruturas arquitetônicas em ruínas, celas superlotadas, úmidas e escuras e a falta de higiene qualificam, negativamente, um sistema de punições sem nenhum comprometimento com um prognóstico de não-reincidência. A superlotação desses espaços adiciona, inclusive, um componente agravante a todo esse contexto. Enfim, o instituto da prisão, no Brasil, assim como em todo o continente sul-americano, é um assunto que reivindica uma indispensável revisitação, notadamente porque a seletividade como opera o sistema penal, majoritariamente alcançando as populações menos favorecidas, econômica e socialmente, denota o quanto tentamos encobrir, através de respostas penais, situações que demandam outra modalidade de intervenção e interferência.

A titularidade de “réu” em uma ação penal, insere um enorme peso para a parte, visto a constante reprovação ou aprovação de vida pregressa em sociedade, atingindo diretamente e de forma instantânea aquela que vem a ser a reputação do denunciado. Dependendo da natureza do crime cometido, podemos dizer que as consequências serão eternas e extremamente negativas.

2.4 Execução do ANPP

Lima (2020, p,283) discorre que, uma vez homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz então devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. Deste modo, visa que após sua homologação ocorra a execução das condições elencadas com o compromissário.

É dada a competência para Vara de Execução o monitoramento e fiscalização do cumprimento do ANPP, obedecendo por óbvio as condições de cumprimento estabelecidas entre a parte passiva e o Ministério Público, assinaladas em um termo de compromisso e suas cláusulas, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, sendo ajustadas de maneira cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que

tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

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

Caso o Magistrado considere inadequada, insuficiente ou abusiva as condições dispostas no acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com anuência do investigado e seu defensor. Em continuidade uma vez cumpridas as condições, será dada a extinção de punibilidade, salvo em caso de descumprimento de qualquer das condições, fica a cargo do representante do Ministério Público, seja estadual ou federal, então o oferecimento da denúncia, visto que já se restou formulado o delito, tirando então a necessidade do ANPP e dando continuidade ao curso penal.

3.A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de irretroatividade da lei penal, que traz consigo a exceção para sua aplicação quando mais benéfica ao réu, com um foco especial nas necessidades de reflexão da presença de segurança e liberdade. Nesse sentido, leciona Cesar Roberto Bitencourt:

A irretroatividade, como princípio geral do Direito Penal moderno, embora de origem mais antiga, é consequência das ideias consagradas pelo Iluminismo, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Embora conceitualmente distinto, o princípio da irretroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade, constante também da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. (BITENCOURT, 2007, p. 18)

3.1 Entendimentos doutrinários e dos tribunais sobre a retroatividade de lei benéfica

A retroatividade da lei mais benéfica, conforme o art. 2º, do CP, diz que “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”. Damásio de Jesus, em termos claros e objetivos, traz a definição literal em que “Constituição Federal, art. 5º, XL; CP, art. 2º e parágrafo único: a lei posterior mais severa é irretroativa; a posterior mais benéfica é retroativa; a anterior mais benéfica é ultra-ativa.” Tal previsão constitucional trás que uma nova lei não poderá trazer uma consequência maior para um agente que praticou um ilícito, do contrário, poderá lhe beneficiar. Assim, caso ocorra de uma conduta tipificada ser descriminalizada, o sujeito condenado por sua prática poderá deixar de cumprir a penalização imposta (BORGES; FOGAÇA, 2013).

Assis Toledo (1994, p. 35-36), ao tratar da lei penal mais benigna traz os seguintes critérios:

Pode-se, entretanto, afirmar que, de um modo geral, salvo excepcional demonstração em contrário, reputa-se mais benigna a lei na qual: (...) d) se estabelecerem novas causas extintivas da punibilidade ou se ampliem as hipóteses de incidência das já existentes, notadamente quando são reduzidos prazos de decadência, de prescrição, ou se estabelece modo mais favorável de contagem desses prazos; e) se extinguiem medidas de segurança, penas acessórias ou efeitos da condenação;

3.2 Entendimentos favoráveis e contra a retroatividade do acordo de não persecução penal

Deve-se ficar esclarecido e pontuado sobre a conceituação do princípio e as justificativas para sua aplicabilidade em normas materiais, tratando os ANPPs, em sua essência híbrida, ou seja, com aspectos de direito material e processual penal, será aplicada a retroatividade da lei penal benéfica. A previsão do Pacto de San José da Costa Rica, diz em seu art. 9º:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

De maneira mais reflexiva e extremamente válida para a discussão-debate, dizem Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli.

Há quem possa argumentar que não é razoável, e muito menos exequível, que todas as condenações pretéritas tivessem de ser reformadas diante da nova legislação que passou a prever uma atenuação dos efeitos jurídico-penais por meio do ANPP. Este argumento, não obstante relevante, pode ser relativizado, definindo-se uma limitação temporal da retroatividade. A propósito, para obstar um efeito regressivo infinito, ainda nos resta definir até que momento o Ministério Público estaria obrigado a analisar o eventual preenchimento dos requisitos legais do acordo no que diz respeito às infrações pretéritas

A abjunção jurisprudencial e doutrinária, porém, não se restringe à irretroatividade ou retroatividade da legislação, pois, dentro do sistema retroativo estruturado, há que se estabelecer o marco temporal processual, até o qual se admitiu o alcance do ANPP, considerando que enquanto o legislador parece ter optado pelo recebimento da denúncia como termo final ao oferecimento do instituto, há posições que o aceitam até a prolação de sentença condenatória, em grau recursal e, até mesmo, após o trânsito em julgado, se segue então as reflexões específicas

3.2.1 Na Doutrina

Em contextualização favorável para o uso e aplicação da retroatividade perante os acordos de não persecução penal, se manifesta Ali Mazloum (2020, np)

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas.

No mesmo raciocínio, dando então bojo para o pensamento da doutrina majoritária, Lopes Júnior & Josita (2020), ressaltam que ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.

3.2.2 No Ministério Público

O Ministério Público Federal, órgão fundamental dos ANPPs, se manifestou contrário a irretroatividade dos mesmos, defendendo no STF que acordo de não persecução penal só pode ser firmado até o recebimento da denúncia. Destacou-se o Parecer do Subprocurador Geral da República Wagner Natal Batista, emitido no dia 10 de janeiro de 2022, nos autos do RHC 209955/SC (0318237-54.2020.3.00.0000 - Relatoria do Min. Dias Toffoli), em trâmite no STF, no sentido de que “o ANPP não pode ser firmado após a condenação, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade” (MPF, 2020).

3.2.3 Na Jurisprudência (TJ, STJ e STF)

Ao abrir casos que dão margem para precedentes, a fundamentação jurisprudencial segue divergindo, abrindo a possibilidade para que mais acordos sejam realizados em segunda instância. Na decisão no Habeas Corpus 199.180, proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) de relator o Ministro Gilmar Mendes, foi concedida a ordem para anular o trânsito em julgado do processo, suspendendo a execução da pena e determinando o retorno dos autos ao MP para análise dos requisitos exigidos para a celebração do ANPP. Nas palavras de Gilmar Mendes (2022, p. 9):

Portanto, o objeto deste HC não é o cabimento do ANPP, sua retroatividade ou limitação temporal, mas o fato de que houve uma decisão do órgão superior do MP, no sentido do oferecimento do acordo, que não foi implementada em razão da demora procedimental, em prejuízo do imputo,

que havia requerido em tempo adequado a revisão nos termos do art. 28-A, § 14, CPP.

A decisão em tela, portanto, reporta-se ao posicionamento individual do Ministro Gilmar Mendes, que, no entanto, poderá levar o tema ao plenário, permitindo a discussão e definição, ainda que por maioria, do posicionamento do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito do limite temporal de retroatividade da lei que instituiu o acordo de não persecução penal, em continuidade ao pensamento de cabimento positivo para tal.

Seguindo outra vertente, estão aqueles que contrariam a aceitação da retroatividade para os ANPPs, considerando o objetivo lógico com que ele foi criado, conforme destaca Laurita Vaz, em julgamento de Habeas Corpus.

O benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Laurita observou que a consequência jurídica do descumprimento ou da não homologação do acordo é exatamente a retomada do curso do processo, com o oferecimento da denúncia, como previsto nos parágrafos 8º e 10 do artigo 28-A do CPP. Segue também o debate para a validação dos atos, nos termos práticos, sem o abandono da legislação processual, reflete o Procurador Regional da República Douglas Fischer (2020, np).

Não se pode esquecer que a legislação processual penal prevê (também) o princípio do *tempus regit actum* (a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior), que precisa a devida contextualização e compatibilização com as regras eventualmente penais previstas em mesmo dispositivo eventualmente existente (híbrido), como é o caso do ANPP: o art. 28-A do CPP é, de forma indiscutível, de caráter híbrido. A situação do ANPP definitivamente não é de regra exclusivamente processual, que faria com que, em caso de colisão com regra de cunho penal mais benéfica, preponderasse a primeira premissa. (falta o restante da jurisprudência)

4. CONCLUSÃO

É sabido perfeitamente que o ANPP, por si só, não é suficiente para resolver todos os graves problemas da Justiça Penal Brasileira, porém, sem sombra de dúvidas é trivial que a "redução" da carga de trabalho para Poder Judiciário e os órgãos que o compõem, dará recursos humanos e financeiros com maior destaque para os crimes elencados em maior periculosidade e gravidade, estes que por sua vez colocam a paz social em risco. Todavia, a aplicação prática do ANPP trouxe consigo divergências sobre qual seria o marco temporal limite para o seu oferecimento ao imputado, nos casos de crimes cometidos antes da vigência da lei, surgindo então várias teses, com diferentes marcos temporais, destacando-se o recebimento da denúncia o período até a sentença

condenatória transitada em julgado e pôr fim a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado.

A utilização da retroatividade nas ações penais já em curso, para aplicação do ANPP, fere a estrutura basilar com que ele foi criado, sendo que a finalidade da norma, visa a não judicialização criminal, portanto, a interpretação que conclui pela possibilidade de celebração do ANPP após o recebimento da denúncia e a qualquer tempo, com base na retroatividade da lei mais benéfica, não merece prosperar, tendo em vista sua não exclusividade material, seu caráter híbrido de norma e o oferecimento de denúncia sendo critério de aceitação e rescisão de ANPP, conforme constantemente já exposto.

No decorrer da pesquisa foram abordados variados posicionamentos doutrinários, notadamente “os favoráveis à retroatividade penal benéfica mesmo após o trânsito em julgado”, por ser a tese que parece mais conforme à Constituição Federal. Já na Jurisprudência, diversos julgados foram analisados, restando constatado que é necessária a avaliação das discordâncias que comprovam que a adoção de certas diretrizes não deve ser precipitada, visto a importância do ANPP para a sociedade como um todo, postergando o seu período de vacância tão insuficiente e curto para tal ferramenta criminal, para o óbvio se requer muita cautela e é sempre salutar duvidar de certezas absolutas.

5 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral 1. 11^a. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 162.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 628647 / SC. Paciente: ANDREI SILVA Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, 09/03/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19032021-Sexta-Turma-nao-admite-retroacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-se-a-denuncia-ja-foirecebida.aspx>. Acesso em: 13/05/2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 199.180/SC. Paciente: Juarez Albiero. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. 22/02/2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760300826>. Acesso em: 24/05/2022

BRITO, Bruna Cardoso de. Acordo de não persecução penal. Âmbito jurídico.2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitopenal/a/cordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 21/05/2022

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal. Salvador: Juspodivm, 2020

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. Quais caminhos o STJ pode seguir na aplicação retroativa do ANPP? Disponível em: <<https://www.abracrim.adv.br/artigos/quais-caminhos-o-stj-pode-seguir-na-aplicacaoretroativa-do-anpp>>. Acesso em 25/05/2022

DE MATOS, Fabio Barros; DE OLIVEIRA, Diego Toscano. Aspectos legais e práticos do acordo de não persecução penal. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/matos-rebello-aspectos-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 06/06/2022

FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabeacordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/>. Acesso em: 13/05/2022

GANEM, Pedro. STF: proposta de acordo de não persecução penal não é direito subjetivo do réu. Canal ciências criminais. 2021 Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/proposta-de-acordo-de-nao-persecucaopenal-nao-e-direito-subjetivo-do-reu/>. Acesso em: 21/05/2022

JESUS, Damásio de. Direito Penal. Parte Geral. vol. 1- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, R. B. D. Manual de Processo Penal. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 1-1949

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Conjur*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 25/05/2022

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinio-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoes-curso>. Acesso em: 29/05/2022

MESSIAS, Mauro. Acordo de Não Persecução Penal. Rio de Janeiro. Livraria e Editora Lumen Juris Ltda. 2020

PELUSO, Vinicius de Toledo Pizza, Retroatividade Penal Benéfica. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA (PGR/MPF). Parecer n. 51.692 – WNB/2022, Processo nº 0318237-54.2020.3.00.0000 (Agravo interno no recurso de HCn.209.955/SC). Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RHC20995521.pdf>> Acesso em: 28/09/2022.

Regras de Tóquio - Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/tratados/> Acesso em: 26/09/2022.

SILVEIRA, Eraldo Ribeiro Aragão - Acordo de Não Persecução Penal - Art. 28-A do CPP. Disponível em: <https://eraldoaragao.jusbrasil.com.br/artigos/839865077/acordo-de-nao-persecucao-penal-art-28-a-do-cpp> Acesso em: 28/09/2022

SOUZA NETTO, José Laurindo de; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. Limites à retroatividade do acordo de não persecução penal no pacote anticrime. Pacote Anticrime. Organizadores: Eduardo Cambi, Dani Sales Silva, Fernando Marinela. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, pp. 169-186. v. 1. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal//images/Publicacoes/documentos/2020/Anticrime_Vol_I_WEB.pdf

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

O TRÁFICO DE ANIMAIS SILVESTRE NO BRASIL, UMA ATIVIDADE ILÍCITA BASEADA NO SOFRIMENTO E A (IN)EFICÁCIA DA LEGISLAÇÃO

THALITA LOHANNA SAMPAIO TAVARES:
graduanda em Direito.

LÍVIA HELENA TONELLA¹⁴⁷

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo faz uma abordagem crítica dos principais aspectos que o tráfico de animais silvestre afeta. Tornando essa atividade ilícita a terceira mais lucrativa do mundo, e se baseia na premissa de que não existe nenhuma lei em vigor que contradiga completamente a legítima gravidade desse crime. Penas mais severas por danos causados ao meio ambiente. Isso porque doutrinas, leis e artigos precisam ser analisados para se obter um melhor conhecimento do assunto. A estrutura do trabalho, portanto, mostra como começou o comércio de animais no Brasil, as espécies mais importantes comercializadas com rotas nacionais, a evolução da lei e sua aplicação, portanto, nos convida a orientar sobre questões relacionadas a possíveis violações do direito penal ambiental e a discutir a real importância de levar mais a sério essa atividade ilícita contra a vida selvagem, combatendo mais seriamente os crimes contra a vida selvagem.

Palavras-chave: Meio ambiente; Lei; Tráfico de animais; Direito ambiental; Animais silvestres.

INTRODUÇÃO

O comércio ilegal de animais silvestres é uma das atividades mais lucrativas do mundo, e o Brasil se tornou um polo de perpetuação desse crime. Sendo o terceiro maior comércio ilegal do mundo, gerando aproximadamente US\$ 10 bilhões ao ano. Aproximadamente 38 milhões de animais são retirados de seu habitat anualmente.

E o crescimento desse mercado vem aumentando a cada dia. O atual cenário de devastação ambiental que o país enfrenta é efeito de anos de exploração de seus recursos naturais. Infelizmente o assunto não é indagado como deveria, mesmo havendo leis que buscam combater essa prática de crime.

O presente estudo sucedeu através de pesquisas bibliográficas, sendo analisado a evolução desse crime ao longo dos anos no país. Dividido em 5 (cinco) segmentos - Introdução, 3 (três) Capítulos e a Conclusão, contento as subdivisões para a compreensão necessária.

De início temos o contexto histórico, mostrando como a convivência harmoniosa dos animais com os índios que com o tempo foram se desgastando. A influencia dos os nativos como o desenvolvimento do trafico animal no país.

¹⁴⁷ Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil (2021). Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil.

A exposição da legislação brasileira, a vigência no território brasileiro, tipos legais que criminalizam a prática ilegal. Abordando a criação da Lei de Proteção a Fauna, o Decreto nº 6.514, que veio para abordar as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente. Será tratado, sobre a CPITRAF, uma CPI específica para o combate do tráfico ilegal de animais. Com recomendações do governo de devidas atitudes para o combate devido. Discorro sobre a criação de um novo tipo de lei penal, que tenha penas adequadas ao tipo de crime, mudando o procedimento usado pelo ordenamento jurídico.

Demonstra-se as principais características do tráfico no país e no Estado do Tocantins, com as principais espécies comercializadas. Será demonstrado também a destinação desses animais.

Tendo como objetivo destacar medidas imediatas e necessárias, para que esse comércio ilegal seja tratado de uma forma mais rigorosa. Uma vez que o Brasil se destaca mundialmente por sua grande diversidade na fauna e flora, visando um alvo maior para o crime de tráfico de animais silvestres no país.

1. FAUNA SILVESTRE E O TRÁFICO DE ANIMAIS

1.1 Conceito de Meio ambiente

Quando se fala em meio ambiente, pode-se contemplar da própria garantia aos direitos fundamentais dos animais. Isto porque, a vida humana depende do meio ambiente equilibrado e, por isso, deve existir meios para proteger e prevenir danos ao meio ambiente como um todo. (BRANCHIER; TESOLIN, 2006).

Tudo relacionado a vida é o meio ambiente, conforme explica Jose Afonso da Silva (2003, p. 19):

“[...] interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento da vida em todas as suas formas”.

Para Norma Sueli (2002, p. 21), em suas palavras, o meio ambiente é:

[...] é amplíssimo, na exata medida em que se associa à expressão “sadia qualidade de vida”. Trata-se, pois, de um conceito jurídico indeterminado, que, propositadamente colocado pelo legislador, visa criar um espaço positivo de incidência da norma, ou seja, ao revés, se houvesse uma definição precisa do que seja meio ambiente, numerosas situações, que normalmente seriam inseridas na órbita do conceito atual de meio ambiente, poderiam deixar de sê-lo, pela eventual criação de um espaço negativo inerente a qualquer definição

Arthur Migliari (2001, p. 24), defini-o o meio ambiente como:

[...] integração e a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e do trabalho que propiciem o desenvolvimento equilibrado de todas as formas, sem exceções. Logo, não haverá um ambiente sadio quando não se elevar, ao mais alto grau de excelência, a qualidade da integração e da interação desse conjunto.

O meio ambiente tem que ser considerado de uma forma mais ampla, uma vez que, trata-se da continuação da vida e das espécies. Para determinar as diretrizes fundamentais, o meio ambiente tem que ser tratado e protegido de uma forma equilibrada, para a proteção de toda uma vida humana. Juridicamente, a legislação tem o conceito de meio ambiente, conforme se extrai do artigo 3º, inciso I, da lei 6.938/81 (BRASIL, 1981, online)

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Nessa sentença, resta claro que o meio ambiente surgiu ligado aos direitos fundamentais, para preservar todos os tipos de espécies na natureza, ainda, sendo um sistema que influencia na sobrevivência da vida humana.

1.2 Contexto histórico no Brasil

Antes do descobrimento do Brasil, as tribos indígenas que aqui viviam já tinham uma relação muito próxima com os animais silvestres, sendo esses animais de suma importância para a sobrevivência desses indígenas. Utilizavam-se mamíferos, répteis, aves, peixes, entre outros para sua própria alimentação, e o restante das caças, como por exemplo os ossos, eram usados para fabricação de armas e ferramentas. As araras, principalmente, eram usadas para o fornecimento de penas, as quais tinham o intuito de enfeitar os colares, braceletes e acessórios em geral. Como exemplo temos o cocar, que é um símbolo de nobreza para os índios, imprimindo em suas penas a ordenação da aldeia, representando o símbolo de status ou classe.

Os índios amansavam animais silvestres sem função útil, somente por curiosidade e diversão, e os criavam como animais de estimação. Todavia, eles utilizavam a fauna silvestre sem ameaçar a sobrevivência dos animais, essa criação era realizada respeitando o equilíbrio ecológico (GIOVANINI, 2014).

Nessa época não tinha conhecimento e nem existência de cativeiro para os animais, uma vez que todos eram livres. Era uma relação sem indícios de prejudicar as espécies. Nas capturas seguiam regras como, não abater fêmeas grávidas ou animais em idade reprodutiva.

No dia 22 de abril de 1500 foi o marco oficial da chegada dos portugueses ao território brasileiro, e foi quando os indígenas começaram a ter os primeiros contatos com os colonizadores. Chegando ao Brasil os portugueses descobriram a grande variedade de riquezas que o Brasil tinha, e não foi diferente com a fauna e sua grande diversidade.

Ao chegarem no Brasil, os portugueses ficaram admirados com nossa rica biodiversidade, principalmente com a grande nobreza das aves, especialmente as araras, papagaios e periquitos, por conta disso, durante muito tempo o Brasil foi denominado de “Terra dos Papagaios”, pelo fato do tráfico de papagaios à Portugal. De fato, essa foi a porta de abertura para o processo de extinção de inúmeras espécies, como exemplo da ararinha azul.

Conforme palavras de Denner (2002):

No século XVI, época da abertura do mundo para a exploração europeia, era motivo de orgulho para os viajantes retornarem com animais desconhecidos, comprovando assim o encontro de novos continentes (Sick, 1997a). Em 27 de abril de 1500, pelo menos duas araras e alguns papagaios, frutos de escambo com os índios, foram enviados ao rei de Portugal, juntamente com muitas outras amostras de animais, plantas e minerais. (DENNER, 2002, p. 12).

Foi de fato no século XVI que os colonizadores perceberam o quanto era lucrativo, tornando-se um novo ramo para seus negócios. Uma forma ilustre para os navegantes chegarem com os animais, pois era uma forma de mostrarem que foi descoberto um novo continente. E para esse novo ramo era mandados viajantes com muitas especialidades e com rotas bem específicas para captura desses animais.

O historiador Roberto C Simonsen relata em seu livro “História Econômica do Brasil 1550-1820” que, o navio português Nau Bretoa em 1500, tinha em sua embarcação 38 aves, 19 primatas e 16 felinos. E, em 1532, o registro do navio Pélérine anotava o embarque contendo produtos contrabandeados do Brasil, dentre eles, 600 aves, 5 mil toras de pau-brasil, 3 mil peles de felinos, 300 primatas, conforme registro apontado pelo o historiador, Simonsen. Ficando o Brasil conhecido na Europa como o país dos papagaios.

Os animais chegavam na Europa e despertavam grande curiosidade naqueles que lá vivam, por suas cores, plumas, penas etc. Esses animais eram luxuosos, tornando símbolo de status, sendo que muitas vezes os pássaros eram expostos no próprio palácio da corte.

Muitos relatos no século XVIII, especialmente advindos de pinturas, podem nos mostram a presença da aristocracia portuguesa com animais traficados no Brasil. Essa extrema ganância dos portugueses fez com que o Brasil iniciasse um processo de extinção de algumas espécies de animais.

Sobre o assunto foi relatado,

[...] A comercialização da fauna silvestre ocidental, para a Europa, se sistematizou no final do século XIX, e a partir de então se iniciou o processo de extermínio de várias espécies de animais brasileiros para atender ao mercado estrangeiro. (GIOVANINI,2014, p.13)

Se tornou tão grande essa forma de comércio, que o Rio de Janeiro ficou conhecido por suas feiras de importação de passarinhos, onde poderia ser encontrada diversas espécies de animais silvestres. A partir desse fato, foi que perceberam a evolução desse comércio no Brasil.

Ainda sem uma lei ambiental contra esse tipo de atividade ilícita, o governo não tinha um devido controle contra as caças, tráfico animal, utilização da fauna silvestre no Brasil. A maior vitória do ano de 1967 foi a criação da Lei Federal nº 5.197 (Lei de Proteção a Fauna), que inclui a proibição e comércio de espécimes de animais silvestres e produtos e objetos que envolvam sua caça, perseguição, destruição ou coleta. No entanto, muitas pessoas no Brasil estavam sobrevivendo desses comércio ilícito de animais, ou seja, a introdução da lei foi um pouco difícil.

As famosas feiras de passarinhos entre os séculos XVIII e XIX que aconteciam na cidade do Rio de Janeiro, eram realizadas de forma convencional, depois da Lei de proteção da fauna os comerciantes começaram a passar por processos mais rigorosos para o tráfico desses animais. Os comerciantes que já tinham as técnicas certas, conseguiam burlar a legislação com mais êxito, aumentando seu lucro nesse ramo ilegal. Cenário muito parecido com o século XXI, na qual os traficantes de animais conseguem burlar as legislações e fiscalizações existentes.

2. DA LEGISLAÇÃO E DOS ÓRGÃOS OFICIAIS DE FISCALIZAÇÃO

2.1 Lei de proteção a fauna (Lei nº 5.197/67)

A caça de animais existe desde a origem do mundo e tem caráter de subsistência. Ao longo dos anos, o homem foi criando seu espaço dentro da cadeia alimentar, até hoje, porém, graças ao desenvolvimento tecnológico, com auxílio de máquinas e estratégias, o homem pode caçar todo tipo de animal, porém, com o passar do tempo, a caça se tornou o objetivo da caça, entretenimento e não sobrevivência.

De acordo com a Lei nº 5.197/67 nos artigos 1º, 2º, 3º e 4, a caça é proibida no Brasil, assim vejamos:

Art. 1º. Os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha.

Art. 2º É proibido o exercício da caça profissional. Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

Art. 4º Nenhuma espécie poderá ser introduzida no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida na forma da Lei.

Desde a criação da Lei de caça, os animais silvestres passaram a ser propriedade do Estado e o uso, rastreamento, destruição, captura e caça desses animais foi proibido. O ataque à vida

selvagem foi classificado como crime. As atividades de caça profissional estão proibidas, assim como a comercialização de espécies e produtos de criadores legais. Cabe destacar que a caça para o controle de animais silvestres foi permitida por recomendação de órgãos estaduais para combater animais silvestres classificados como nocivos. Por exemplo, no estado do Rio Grande do Sul, existem especialidades regionais de caça que requerem aprovação do governo federal. (SILVÉRIO, 2021)

No mesmo sentido, Rodrigues deu o entendimento (2018 p.140):

Há, todavia, um diploma voltado especificamente para a proteção da fauna, que deveria, portanto, ser o verdadeiro arcabouço normativo de tutela dos animais. Trata-se da Lei n. 5.197/67. Digo que “deveria”, porque em verdade se trata de um diploma obsoleto, pensado para uma realidade que felizmente abandonamos, em que o meio ambiente era visto como mero instrumento para satisfação das vontades egoístas do ser humano.

Sendo proibido também pela legislação brasileira, o uso de armadilhas para o abate dos animais, com algumas exceções conforme previstas no artigo 10 da Lei 5.197/67:

Art. 10. A utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha de espécimes da fauna silvestre são proibidas. a) com visgos, atiradeiras, fundas, bодоques, veneno, incêndio ou armadilhas que maltratem a caça; b) com armas a bala, a menos de três quilômetros de qualquer via térrea ou rodovia pública; c) com armas de calibre 22 para animais de porte superior ao tapiti (*sylvilagus brasiliensis*); d) com armadilhas, constituídas de armas de fogo.

Assim, a caça é uma forma de covardia contra os animais que merecem viver livres e protegidos sem sofrimento. A fauna brasileira é muito rica e diversificada e contribui para o comércio ilegal de espécies, que causa grandes danos ao meio ambiente e à sociedade

2.2 Lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/98)

Seguindo orientações internacionais, foi editada em dezembro de 1988 a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), considerada como marco legislativo brasileiro, zelando pela proteção ambiental no âmbito penal e administrativo (TAKADA; RUSCHEL, 2012).

No entanto, embora tenha sido considerada um grande marco há época, a abordagem do tráfico de animais silvestres ficou extremamente superficial e incompleta, estando presente no Art. 29 da citada lei, a qual dispõe:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo

com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas: I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. § 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. § 3º São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. § 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado: I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração; II - em período proibido à caça; III - durante a noite; IV - com abuso de licença; V - em unidade de conservação; VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa. § 5º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional. § 6º As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca. Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa. Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Observa-se que, há uma omissão grosseira da legislatura, ao não prever condutas de venda, exibição à venda, exportação do animal, retenção, ter em cativeiro, mas apenas animais provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Além do que, um traficante internacional de animais é equiparado pela lei de crimes ambientais a uma pessoa leiga que prende um pássaro na gaiola para colocá-lo em sua residência. Desse feita, fica mais que claro a desproporcionalidade trazida pelo legislador no estabelecimento

das penas, visto que o traficante de animais terá uma pena irrisória. Para de Silva (2018, p. 4), há uma enorme dificuldade para punir os traficantes de animais silvestres justamente pela fragilidade penal da lei e pela falta de tipificação.

Mais ainda, sob uma análise crítica, há uma falta de congruência entre o art. 29, § 1º, III ao tráfico de animais e o que está previsto no art. 30, na qual apresenta que:

“Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente, com pena de reclusão, de um a três anos, e multa.”

Da exegese do referido artigo, é conveniente observar que a pena prevista no artigo anterior é muito mais branca quando comparada ao do art. 30 da lei, não sendo comestível que o legislador previu pena mais branca ao tráfico, e pena mais severa a exportação de parte dos animais, como couro e pele. Assim, não se pode dar valor menor a um ser vivo, do que um objeto proveniente do mesmo animal.

Sobre o assunto, Borges (2019) salienta que:

Não tipifica o comércio ilegal entre estados-membros da federação, declarando como puníveis, assim, apenas o tráfico internacional [...] não aborda o tema do comércio ilegal por meio da rede mundial de computadores. Em um mundo cuja extraordinária dinamicidade se deve, em grande parte, ao intenso uso da internet, esta lacuna na legislação é particularmente relevante. (BORGES, 2019, p. 3)

Por fim, no § 4.º do art. 29 que discorre sobre o aumento de pena nos crimes praticados contra espécies raras ou ameaçadas de extinção é considerado um tipo penal em branco. Não tratando o que é considerada uma espécie rara, ou tão pouco elenca quais são as espécies ameaçadas de extinção no Brasil.

2.3 Decreto nº 6.514/2008

Em 22 de julho de 2008, foi editado o Decreto nº 6.514, que veio para abordar as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, complementando a Lei de Crimes Ambientais anteriormente citada, uma grande conquista com o Decreto das foi a inserção do Art 24º trouxe a tipificação do crime de tráfico de animais, dispondo:

Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

[...]

§ 3º

Incorre nas mesmas multas:

I – quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida;

II – quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; ou

III – quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente ou em desacordo com a obtida.

No entanto, em outubro de 2017 o Decreto 6.514/08 foi modificado pelo Decreto 9.179, na qual passou a permitir que a multa ambiental seja convertida em prestação de serviços para a melhoria do meio ambiente, ocorrendo em duas modalidades: (i) a convenção direta, em que o próprio autuado realiza o serviço ambiental e a (ii) convenção indireta, que ocorre por meio de financiamento de projetos previamente determinados.

2.4 Competência para enfrentamento e combate ao tráfico

Sendo de competência da Justiça Estadual os julgamentos contra a fauna, de acordo com a sapiência do Superior Tribunal de Justiça, de outro modo, se o processamento do crime for de interesse direito da União, a competência será da Justiça Federal, e se não existir esse interesse será então da Justiça Estadual.

Não ficou concedido especificamente para à Justiça Federal a competência para processar e julgar crimes ambientais, exceto crimes contra serviços, interesses corporativos públicos e interesses da União ou de suas corporações.

Desde a Constituição Federal de 1988, a competência da Justiça Federal ficou para crimes praticados em água ou terra que pertencesse a União ou das suas entidades. Como exemplo, quando o delito foi praticado em um interior de uma unidade de Conservação da União, como especificados na Constituição Federal em seus artigos 225, III, ou, podendo se tratar de um crime ecológico internacional ou a bordo de uma aeronave ou de um navio. (Constituição Federal 109, V e IX)

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça temos o entendimento, conforme o acórdão:

Processo Penal. Conflito negativo de competência. Crimes Contra a Fauna e Porte Ilegal de Armas. Inexistência de interesse da União. Inaplicabilidade da Súmula 91/ STJ após a Lei 9.605/98. Propriedade

Particular Competência da Justiça Comum Estadual. I – inexistindo interesse da União na lide afasta-se a competência da Justiça Federal em relação aos crimes contra a fauna (precedente). II – A aplicabilidade da Súmula 91 desta Corte foi afastada após o advento da Lei nº 9.605/98. Conflito conhecido, competente o juízo suscitado (Justiça Estadual)

Processual Penal. Competência. Crime Contra a Fauna. Fauna Lei nº 9.605/98 – Compete à Justiça Estadual processar e julgar crimes praticados contra a fauna, quando não qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas federais – Inteligência da Lei nº 9.605/98. – Conflito de competência conhecido. Competência da Justiça Estadual⁴⁹. Conflito de Competência. Crimes Contra a Fauna. Súmula 91/STJ. Inaplicabilidade após o advento da Lei nº 9.605/98. Inexistência de lesão a bens, serviços ou interesses da União. Competência da Justiça Comum Estadual. 1. Conflito de competência entre as Justiças Estadual e Federal, que se declaram incompetentes relativamente a inquérito policial instaurado para a apuração do crime do comércio irregular de animais silvestres. 2. Em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo, constitucional ou legal expresso sobre o qual a justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual. 3. Inexistindo, em princípio, qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União (art. 109 da C.F.), afasta-se a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamentos de crimes cometidos contra o meio ambiente, aí compreendidos os delitos praticados contra a fauna e a flora. 4. Inaplicabilidade da súmula nº 91/STJ, editada com base na Lei 9.605/98. 5. Conflito conhecido para que seja declarada a competência do juízo de Direito da 2ª Vara Criminal do Foro Regional V – São Miguel Paulista – São Paulo/SP, o suscitado⁵⁰. Criminal Conflito de Competência, Guarda de animal silvestre previamente abatido. Possível crime ambiental lesão a bens, serviços ou interesses da União não demonstrada, cancelamento da Súmula nº 91/STJ. Conduta que não se enquadra nas situações específicas que justificam a competência federal. Competência da Justiça Estadual. Compete a Justiça Estadual o processo e julgamento de feito que julga à apuração de possível crime ambiental, consistente na prática, em tese, de guarda de animal silvestre previamente abatido, quando não restar demonstrada a existência de eventual lesão a bens, serviços ou interesses da União, a

ensejar a competência da Justiça Federal. Cancelamento da Súmula nº 91/STJ. Conduta que não se aplica nas situações específicas de delitos contra a fauna que justificam a competência da Justiça Federal. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de José Bonifácio-SP, o suscitado.

Idealizemos que, na Lei 9.605/98 no artigo 34, temos o crime de pesca proibida. A sua competência em regra será da Justiça Estadual, porém se esse rio onde o crime foi cometido, a atividade delituosa for de um domínio Federal, logo a competência será da Justiça Federal, conforme o amparo no artigo 109, IV das Lex Fundamentalís.

Induz-se que a competência de processar e julgar os delitos cometidos conta a fauna, irrefutavelmente será a Justiça Estadual que irá processar e julgar esses crimes, sob condição que, não incida na Constituição Federal artigo 109, IV, ocorrendo essa incidência, a competência será da Justiça Federal.

2.5 Da criação de um novo tipo penal

Um novo tipo penal já é um tema recorrente nos artigos acadêmicos, doutrinas e livros. É considerável ressaltar que os casos mostram que os tipos de crimes atualmente cobertos pelo tráfico de animais silvestres são desproporcionais à gravidade do ato ilícito.

Cabe ao legislador criar leis que protegem a liberdade de cada indivíduo. A única solução encontrada foi a criação de punições, o oposto de recompensas, para os infratores.

Termino por esta reflexão: que o rigor das penas deve ser relativo ao estado atual da nação. São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas (BECCARIA, p. 72).

Para mais informações, o autor Beccaria tem o entendimento:

"se dois crimes que atingem desigualmente a sociedade recebem o mesmo castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que temer uma pena maior para o crime mais monstruoso, decidir-se-á mais facilmente pelo delito que lhe seja mais vantajoso; e a distribuição desigual das penas produzirá a contradição, tão notória quando frequente, de que as leis terão de punir os crimes que tiveram feito nascer." (BECCARIA, p. 98).

Altera os costumes, institui lei especial de combate aos crimes ambientais em geral, de acordo com a abrangência do delito, com exige o valor obtido pelos criminosos e indenização

pelos danos causados por eles. Como resultado, tipos de penalidades protegem o comércio de animais silvestres, incluindo penalidades qualificantes, majorantes e agravantes, bem como mudanças nas penalidades atuais.

Para ilustrar melhor, compararei as leis de tráfico de animais silvestres, tanto a Lei 5.197/67 quanto a Lei 9.605/98, com a Lei de drogas nº 11.323. Obviamente, a Lei de Narcóticos tem um escopo mais amplo por causa dos interesses humanos protegidos, vida, incluindo. preceitos como saúde, dignidade e integridade.

O dano causado em decorrência desse crime também tem natureza direta, ou seja, as consequências do crime podem ser vistas de forma mais rápida e concreta, pois foi estabelecido no centro urbano de onde convivem.

Principalmente o texto dos artigos 2º, 3º, 17º e 18º da Lei de Proteção a Fauna, que criminalizam o tráfico, sem mencioná-lo. Em particular, o artigo 3º, de acordo com o texto legal é mais semelhante à natureza criminal do tráfico de drogas, no sentido de que possui elementos mais objetivos que podem determinar o que é proibido, por exemplo: venda, compra, transporte, importação, exportação, fornecimento ou entrega.

Art. 3º. É proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição ou apanha.

§ 1º Excetua-se os espécimes provenientes legalizados.

§ 2º Será permitida mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, lavras e filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública. §

3º O simples desacompanhamento de comprovação de procedência de peles ou outros produtos de animais silvestres, nos carregamentos de via terrestre, fluvial, marítima ou aérea, que se iniciem ou transitem pelo País, caracterizará, de imediato, o descumprimento do disposto no caput deste artigo.

Abre-se também o leque de possibilidades de criação de majorantes em relação ao delito aqui discutido, salvo nos casos dos §4º e 5º do artigo 29 da LCA, que, dependendo do meio utilizado pelo agente, provoca até a metade ou até o triplo.

Uma boa opção é incluir o aumento transnacional em relação com o crime de tráfico de drogas. A majorante na Lei de Drogas é suficiente para estabelecer o apenas como prova de uma prescrição internacional das drogas, então o é estabelecido sob a sumula 607 da Suprema Corte.

Considere também as novas qualificações para o tráfico de animais silvestres, como o comércio ilegal através do uso de documentos falsos, declarações falsas de conteúdo, seja em aeroportos como em correios. O art. 17 da LPF trata de declarações e ações e bens de pessoas físicas ou jurídicas que negociem com a vida silvestre e seus produtos. O uso de documentos falsos é necessário para que esses contrabandistas passem pelas alfândegas, aeroportos, portos marítimos e até para evitar o controle dos próprios órgãos governamentais de fiscalização.

Art. 17. As pessoas físicas ou jurídicas, de que trata o artigo anterior, são obrigadas à apresentação de declaração de estoques e valores, sempre que exigida pela autoridade competente. Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, além das penalidades previstas nesta lei obriga o cancelamento do registro.

Além disso, em 2003, a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico ilegal da fauna e flora brasileira, propôs um projeto de lei para alterar a Lei 9.605/98, afirmando que as penalidades criminais para o tráfico de animais silvestres não são cabíveis e, portanto, justifica-se a necessidade de alterar a Lei. Abaixo seguem as mudanças:

“Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas: I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; § 2º A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional. (NR)”

Neste caso, o artigo entra em vigor com uma versão abreviada, que exime o artigo da possibilidade de o juiz não punir no caso de guarda domésticos de tipo silvestre (artigo 29, § 2º LCA). Elimina as razões do aumento de nós §4º e 5º, bem como o §6º, que dispõe sobre a não aplicação do artigo na pesca. PL também tentou incluir os seguintes artigos:

“Art. 29-A. Vender, expor à venda, exportar ou adquirir, guardar, ter em cativeiro ou depósito, utilizar ou transportar ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. § 1º Praticar as condutas previstas no caput de forma permanente, em grande escala ou em caráter nacional ou internacional: Pena – reclusão de dois a cinco anos, e multa. § 2º No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. (AC)”

Há também a opção de não aplicar a multa caso o animal não esteja ameaçado de extinção. No artigo seguinte, 29-B, o conceito da fauna, bem como as causas de aumento, incluindo como majorante, o item VII "evitar coisas flagrante" é incluído como crescimento. §2º distingue entre vida selvagem terrestre e aquática.

"Art. 29-B. Para os efeitos dos arts 29 e 29-A, são espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. 74 § 1º As penas previstas nos arts 29 e 29-A são aumentadas de metade, se o crime é praticado: I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração; II - em período proibido à caça; III - durante a noite; IV - com abuso de licença; V - em unidade de conservação; VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa; VII - para evitar flagrante. § 2º As disposições dos arts 29, 29-A e 29-B não se aplicam aos atos de pesca. (NR)"

Em relação ao caso investigado pelo CPI BIOPIRATARIA (CPIBIOPI) com comercialização ilegal de peixes ornamentais. Encontrados no mínimo 21 espécies diferentes, e 13.775 peixes. O que o levou a criar o artigo 34-A. O artigo declara diretamente como crime o comércio de peixes ornamentais e estipula pena e multa de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Art. 34-A. Comercializar, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida, espécies de peixes ornamentais: Pena - reclusão de dois a cinco anos, e multa. (AC)"

Apresentada por um dos depositantes do CPI BIOPIRATARIA, o Presidente da Fundação BioBrasil, é a ausência de dispositivos legais para a comercialização de animais em feiras, dos quais se mostraram as mais importantes exposições:

PEDRO CERQUEIRA LIMA, Presidente da Fundação BioBrasil: iniciou dizendo que o tráfico é uma questão municipal, que uma simples lei proibindo a venda de animais em feiras livres já resolveria grande parte 75 do problema, como já ocorrido em Feira de Santana e, mais recentemente, em Camaçari. Apresentou à CPIBIOPI um projeto de lei estadual de sua autoria com esse teor. Recomendou que cada município fizesse o seu inventário da avifauna, pois quem não conhece não preserva. Reclamou da não existência de um CETAS em Feira de Santana, conhecido entreposto na rota de tráfico de animais silvestres. Discorreu novamente sobre os projetos que desenvolveu e desenvolve acerca da avifauna e educação ambiental, bem como

de pesquisas de sua autoria, incluindo estudos sobre reintrodução de psitacídeos. (CPIBIOPI, p. 260).

No entanto, é muito importante incluir nas punições que são consideradas "leis brandas" (aquelas com pena leve, pessoas que não foram tratadas com o grau exigido) e a revisão desses dispositivos legais, pois impedem atividade de contrabandistas. Existem inúmeras maneiras de tornar um sistema de segurança pública mais eficaz, e isso torna esse crime mais intimidador para os agentes que o consomem.

3 CARACTERÍSTICAS DO TRÁFICO NO BRASIL E NO ESTADO DO TOCANTINS

Conforme o Ministério do Meio Ambiente (2021), o Brasil é o país com a maior biodiversidade do mundo, com aproximadamente 116.000 espécies de animais, distribuídos pelos seis biomas terrestres e três grandes ecossistemas marinhos, representando 90% de toda fauna do mundo.

Conforme o Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (Renctas), cerca de 38 milhões de animais silvestre são retirados das florestas brasileiras, sendo que 60% do tráfico ocorre dentro do Brasil, e os 40% desses animais são exportados para outros países. Movimentando aproximadamente 2 bilhões de dólares por ano no país, sendo a terceira maior atividade ilícita, ficando atrás apenas do tráfico de armas e o tráfico de drogas.

No entanto, há uma lastimável defasagem dos dados oficiais brasileiros quando se trata do tráfico de animais. Não existe, por parte dos órgãos governamentais dados precisos do número de animais traficados por Estado brasileiro, muito menos as espécies traficadas. Por isso a grande dificuldade de se estabelecer políticas públicas para o controle do tráfico de animais. O que se encontram em sites oficiais como IBAMA e Ministério do Meio Ambiente são notícias esparsas sobre operações de combate ao tráfico.

A maior fonte de dados advém de Relatórios da Organização Não Governamental Rede Nacional de Combate ao Tráfico de Animais Silvestres (RECNTAS) e de Delegacias Estaduais de Polícia, como do Estado do Tocantins, na qual foram observados o registro de 10 Boletins de Ocorrência (BO) no ano de 2021 e 9 registros no ano de 2022 (Fig. 1), principalmente na cidade de Araguaína. Esse fato se deve pelo fato dessa cidade estar localizada as margens da BR 153, que facilita a rota para o tráfico de animais silvestres. No entanto, esses dados são apenas de BOs filtrados da Secretaria de Segurança Pública do Estado, sendo números apenas muito insipiente comparado a magnitude do tráfico de animais no país.

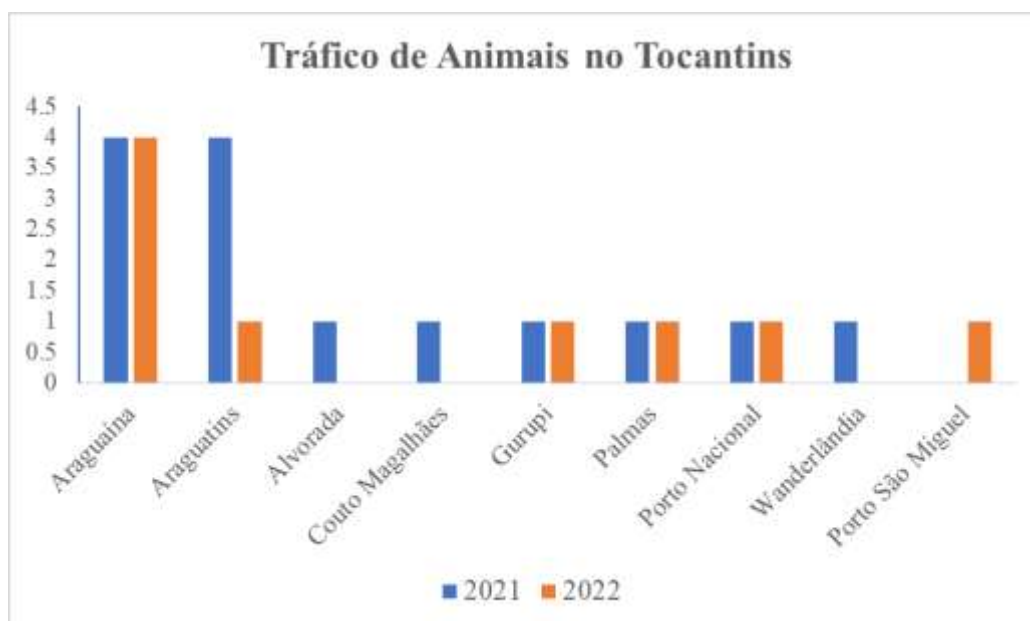


Figura 1: tráfego de animais por cidade no Estado do Tocantins nos anos de 2021 e 2022.

Segundo dados defasados do ano de 2000 do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA), o grupo de animais mais traficados estão em ordem decrescente as Aves (82%), Répteis (3%) e Mamíferos (2%) (Fig. 2)



Figura 2: Porcentagem de grupos de espécies mais traficadas segundo fonte do IBAMA.

As aves são as preferidas no comércio e tráfico, devido a sua grande riqueza e diversidade de pelagem, movimentando em média de 44 milhões de dólares por ano (IBAMA 2000). Sendo as espécies mais comercializadas no Brasil os papagaios, pertencentes a Família Psitacidae, do gênero

Amazônia, como: *A. vinacena*, *A. brasiliensis*, *A. f. estiva*, *A. aestiva*, *A. farinosa*, *A. rhodocorytha*, *A. autumnalis* e *A. pretrei* (LACAVA, 1995).

No Brasil apresenta a maior riqueza em psitacídeos, vivendo aqui as maiores espécies, conforme descreve Lacava (1995, p.13) que:

Com relação às aves silvestres, o volume total ilegalmente comercializadas no Estado do Amazonas chega a 7.000 aves por ano. As mais contrabandeadas são as araras, papagaios e tucanos. Esses grupos representam 25% das aves comercializadas no estado. Em termos monetários, o tráfico dessas espécies rende por ano em torno de US\$ 17 milhões. O preço da unidade da arara no exterior está avaliado hoje em US\$10 mil.

Outro grupo bastante comercializado são os répteis, principalmente por seu couro, que é muito visado no mercado de luxo, para confecção de sapatos, bolsas, malas e outros, sendo assim uma atividade bastante lucrativa. Além do que, os répteis vivos são bastante procurados para fins de estimação, especialmente as cobras. As espécies de répteis mais comercializadas estão os jacarés (*Caiman* sp), tartarugas (*Chelonia* sp), lagartos (*Sauria* sp) e diversas espécie de serpentes (LACAVA, 1995).

Por fim, os mamíferos, especialmente os primatas neotropicais, que anualmente cerca de 30 mil macacos só da região amazônica, para atenderem pesquisas biomédicas (GIOVANINI, 2014). Mais ainda, o comércio de peixes tem movimentado aproximadamente de peixes US\$ 215.000.000,00 (duzentos e quinze milhões) por ano, sendo crescente a cada ano.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou apresentar algumas considerações sobre o tráfico de animais silvestres no Brasil e no Estado do Tocantins. Conforme revisão da literatura e das leis, o ano de 1998 foi um marco para a proteção do meio ambiente, com a promulgada a Lei nº 9.605, conhecida também como Lei de Crimes Ambientais. Como relatado, a lei tornou-se mais severa com a edição do Decreto nº 6.514/2008, especialmente com a edição do Art. 24 anteriormente citado. No entanto, conforme minuciosamente detalhado, ainda há falhas nas nossas legislações de proteção da fauna, sendo necessário a criação de novos tipos penais. A lei atual está desatualizada e cheia de brechas, que permitem que o crime seja cometido de formas diferentes, tais como: documentação falsificada e os agentes corruptos das fronteiras. Devido à necessidade de alterar as leis que protegem os animais, e ter a devida aplicação da punição proporcional ao crime em questão.

No campo das instituições responsáveis pela fiscalização estão o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (Ibama), os órgãos estaduais como o Instituto Natureza do Tocantins (Naturatins) do Estado do Tocantins, além dos policiais florestais. No entanto, dados robustos sobre o tráfico de animais no Brasil e no Estado do Tocantins são muito insipientes para serem feitas análises mais concretas e detalhadas sobre o assunto. No entanto, pelo que ficou evidente nesse trabalho, o Estado do Tocantins está inserido em dois ricos ecossistemas, que é o Cerrado e a Amazônia,

biomas extremamente ricos em biodiversidade. Assim, sendo muito visado por traficantes de animais silvestres, especialmente de aves, como clarificado por esse trabalho.

Percebe-se que, vale a pena discutir e cuidar do meio ambiente por ser o ambiente necessário para a sobrevivência equilibrada e saudável de todos os seres humanos e animais, além de terem os direitos adequados, o papel principal nesta dinâmica natural e sua proteção criminal nos códigos legais, é indiscutível, portanto, sua proteção pelas autoridades responsáveis é a lei.

REFERÊNCIAS

_____. Lei nº. 6.938/81, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Palácio do Planalto**, 1981. Disponível em: . Acesso em: 10 jul. 2019.

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 23 abr. 2022. BRASIL. Lei n. 5.197, de 02 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências... **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 30 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências... **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 11 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências... **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 23 out. 2022.

BRASIL. **Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar o Tráfico de Animais e Plantas Silvestres Brasileiros: a Exploração e Comércio Ilegal de Madeira e a Biopirataria no País**. Câmara dos Deputados. 2006. 502 p. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpibiopi/relatoriofinal.pdf>. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. **Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras**. Relatório Final. 2003. 154 p. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpitrafi/relatorio/relatoriofinal.pdf>. Acesso em: 23 out. 2022.

BRANCHIER, Alex Sander; TESOLIN, Juliana Daher Delfino. **Direito e Legislação Aplicada**. 3ª ed. Curitiba: IBPEX, 2006.

DENNER, Giovanni. **1º relatório nacional sobre o tráfico de fauna silvestre... RENTAS**, Brasília. 108 p, 2002. Disponível em: < [Boletim Conteúdo Jurídico v. 1122 de 19/11/2022 \(ano XIV\) ISSN - 1984-0454](https://www.parquedasaves.com.br/nosso-trabalho/o-problema/trafico/#:~:text=As%20esp%C3%A9cies%20mais%20visadas%20s%C3%A3o,chegar%20ao%20seu%20destino%20final> . Acesso em: 25 out. 2022.</p></div><div data-bbox=)

EXAME (2021). **A terrível história da morte do leão Cecil**. Disponível em: <https://exame.com/mundo/a-terrivel-historia-do-leao-cecil-morto/>. Acesso em 20 set. 2022.

GIOVANINI, Dener. **1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre**. Disponível em: content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf. Acesso em 04 jun. 2021.

LACAVA, Ulisses. **Tráfico de animais silvestres no Brasil**. Disponível em: <https://documentacao.socioambiental.org/documentos/L3D00033.pdf>. Acesso em 04 jun. 2021.

MIGLIARI, Arthur. **Crimes Ambientais**. Brasília: Lex Editora, 2001.

PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado**. São Paulo: LTr, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9,605/1998)**. 7 ed, f. 210. 2019. 394 p.

RENCTAS. (2020). Campanha contra tráfico de animais fala sobre isolamento. Disponível: <https://www.renctas.org.br/camp>

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado/ Marcelo Abelha Rodrigues**. – 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

RODRIGUES, Sabrina. **Ibama terá que divulgar orientação em caso de animais silvestres apreendidos**. <https://www.oeco.org.br/salada-verde/ibama-tera-quedivulgar-orientacao-em-caso-de-animais-silvestres-apreendidos/>. Acesso: 22 ago. 2021.

SILVÉRIO, Nelson Malzoni. Crimes ambientais/ Nelson Silvério Malzoni – Leme, SP: Rumo Jurídico Editora, 2021. SOUZA, Murilo. **Projeto regulamenta a caça esportiva de animais no Brasil**. Disponível: <https://www.camara.leg.br/noticias/736192-projeto-regulamenta-a-cacaesportiva-de-animais-no-brasil/>. Acesso em: 19 set. 2021.

SOUZA, Rafael Speck de. **DO ESPECISMO ÀS PANDEMIAS EMERGENTES (OU SOBRE COMO ESCOLHEMOS TRATAR OS ANIMAIS E SEUS HABITATS): ANÁLISE A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ECOLOGIZADA DO DIREITO**. 2020. Anais do: VII CONGRESSO MUNDIAL DE BIOÉTICA E DIREITO ANIMAL. 2020. 1130 p.

TJ-RS - ACR: 70046718771 RS, Relator: Francesco Conti, Data de Julgamento: 15/03/2012, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 02/04/2012. **JusBrasil**. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/856094710/agravo-de-instrumento-ag50529473020194040000-5052947-3020194040000/inteiro-teor-856094760>. Acesso em 25 set. 2021.

TITAN, Rafael Fernandes. **Direito animal: o direito do animal não-humano no cenário processual penal e ambiental / Rafael Fernandes Titan**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

ANÁLISE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO ÂMBITO DO PODER FAMILIAR

MARJORY REBECA AZEVEDO SOUZA:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: O presente trabalho assumiu o objetivo de analisar os limites da intervenção do Estado no âmbito do poder familiar demonstrando de que forma os mesmos podem intervir sem que desrespeitem os pais dos adolescentes tudo dentro da legalidade, essas legalidades estão previstas na legislação, pois, em alguns casos que vão ser citados o Estado não só pode mas deve intervir de maneira direta. Garantindo o direito de todos os cidadãos de viver. De modo geral, este trabalho pode ser classificado como uma pesquisa aplicada qualitativa, pois não tem como interesse medir variáveis, pois seu objetivo está relacionado com a compreensão e a interpretação do processo de intervenção do Estado, não sendo necessário o uso da estatística. Quanto aos procedimentos técnicos utilizados para a formação deste trabalho, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Ao fazer uma reflexão sobre a questão de quando e como o Estado pode intervir no contexto familiar, isso porque durante muito tempo o que se percebe é que o indivíduo "criança", passou despercebido pelos "adulto", na sociedade e isso fez com que seus direitos fossem ignorados, devendo simplesmente a obediência aos adultos. Com intuito de sanar a essa problemática o Estado cria mecanismo legais, para cuidar dos direitos das crianças/adolescentes, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), todavia esse é cercado de críticas, que discutem seus limites.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Direito da Família. Estado.

ABSTRACT: The present work assumed the objective of analyzing the limits of the intervention of the State in the scope of the family power demonstrating in which form they can intervene without disrespecting the parents of the adolescents everything inside of the legality, these legalities are foreseen in the legislation, therefore, in some cases that are going to be cited the State not only can but must intervene of direct way. Guaranteeing the right of all citizens to live. In general, this work can be classified as a qualitative applied research, because it is not interested in measuring variables, as its objective is related to the understanding and interpretation of the State's intervention process, not being necessary the use of statistics. As for the technical procedures used to form this work, bibliographical research was used. In making a reflection on the issue of when and how the State can intervene in the family context, this is because for a long time what is perceived is that the individual "child" has gone unnoticed by the "adults" in society and this has caused their rights to be ignored, simply obeying the adults. In order to solve this problem, the State creates legal mechanisms to take care of the rights of children and adolescents, through the Statute of the Child and Adolescent (ECA), but this is surrounded by criticism, which discusses its limits.

KEYWORDS: Family law. Family law. State.

1 INTRODUÇÃO

A família ao longo dos anos passou e ainda passa por grandes mudanças. Isso ocorre por grande participação do Estado. Porém, ela não perdeu a sua relevância para com a sociedade. A grande interferência do Estado no âmbito do poder familiar leva a discussão acerca dos limites de atuação do Ente. O Estado passou atuar de forma abusiva, contendo assim, anseios dos membros da família. O projeto buscará abordar a respeito dos limites de atuação do Estado no poder familiar partindo do princípio da mínima intervenção do estado no âmbito do direito de família.

Hoje, o tema há defesas mais afáveis e é cheio de grandes referências. Sua relevância gira em torno do papel que o Estado vem desenvolvendo ao longo dos anos, deixando de cumprir seu real objetivo de garantir direitos fundamentais e impedindo que o país deixassem de ter autonomia sobre seus filhos, pois o Estado cria medidas protetivas taxadas como essenciais, porém, vêm perdendo sua importância.

O Direito de Família no estudo de sua doutrina e jurisprudência trata a mínima intervenção do estado no âmbito familiar como um princípio fundamental, que prega e garante a capacidade dos pais de assumir o controle de sua família e da desnecessidade excessiva de interferência. Contudo, garante que o Estado atue, salvo, quando há casos de vulnerabilidade e omissão. O Estado, dessa forma, deve assumir tão somente um papel de protetor, provedor e assistencialista, suprimindo de alguma forma lacunas deixadas pela própria família. Por fim, tendo como principal dever: garantir ampla manifestação da vontade e não de interferência agressiva de sua parte.

Com base no pressuposto o presente estudo busca responder o seguinte questionamento: Qual o limite de atuação do Estado nas relações familiares? Sendo o assim o estudo elencou como objetivo geral: Analisar até que ponto o estado tem a devida legitimidade para atuar em prol dos menores, sem que tal interferência prejudique autonomia dos pais. Esse por sua vez foi dividido pelos específicos: Demonstrar o papel da família como primeira constituição social, compreender a formação do poder da família; e, averiguar a linha histórica da atuação do estado e compreender as formas de intervenção do Estado nas relações familiares.

Esta pesquisa caracteriza-se como descritiva, objetivando reunir informações que nos servem como base para a construção de conhecimento. De acordo com Minayo, "a pesquisa bibliográfica é uma etapa fundamental em todo o trabalho científico que influenciará todas as etapas de uma pesquisa, na medida em que der o embasamento teórico em que se baseara o trabalho" (2010, p. 101). A abordagem usada foi de cunho qualitativo, pois proporcionou mostrar resultados significados acerca da problemática que permeia todo o abraçado complexo de compreensão estrutural da intervenção do Estado no âmbito do poder da família.

Sendo assim, pontua-se que o Estado só pode intervir na família com a justificativa de assegurar direitos fundamentais aos indivíduos e também para evitar que um membro viole o direito de outro. Desse modo, a intervenção não pode ser abusiva ao ponto de desestabilizar o poder familiar

2 FAMÍLIAS, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO SOCIAL

Tendo como primeiro objetivo, descrever o conceito de família dentro do ordenamento jurídico, nossa pesquisa, inicia comentando que a família representa um grupo social primário que

influencia e é influenciado por outras pessoas e instituições. É um grupo de pessoas, ou um número de grupos domésticos ligados por descendência a partir de um ancestral comum, matrimônio ou adoção. “Quando se utiliza a metáfora da família em uma empresa, a noção de família parece clara entre os integrantes; por outro lado, paradoxalmente, esta noção para a empresa familiar apresenta-se de maneira complexa” (MACHADO, 2018).

No direito romano, a família era colocada sob o poder familiar de um único chefe, o pater famílias, homem sob cujas ordens se submetiam os descendentes e a mulher, a qual era considerada em situação semelhante à de uma filha. “O pater famílias exercia também poder em relação a todos os integrantes daquele organismo social: filhos, netos, bisnetos e seus respectivos bens, o que lhe colocava em posição de notável grandeza” (RIZZARDO, 2018, p. 10). Floriani e Rodrigues (2020, p. 300) ressaltam que:

As famílias, portanto, transmitiam uma herança de pai para filho que, além do sobrenome, identificava a atividade produtiva do indivíduo. Quanto melhor e mais cotizada sua atividade, mais conhecido era seu nome. Em outros termos, a família era uma verdadeira empresa, de produção de alguma coisa ou de prestação de algum tipo de serviço. Naqueles tempos remotos, a maioria das atividades era afeta ao setor agrícola e de implementos de guerra.

A família possuía um regime patriarcal, onde os filhos deveriam seguir as orientações normalmente do pai, mais com o passar dos anos esse cenário vêm se transformando, em decorrência dos filhos tomarem uma nova visão dos negócios e do mercado. Segundo Engels (2016, p. 60), o que caracteriza a família patriarcal é a organização de certo número de indivíduos, livres e não livres, numa família submetida ao poder paterno de seu chefe, cujos traços essenciais são a incorporação dos escravos e o domínio do poder paterno. De acordo com Machado (2018, p. 318) temos que:

A principal transformação que está ocorrendo na família é o fim do patriarcalismo, que “caracteriza-se pela autoridade, imposta institucionalmente, do homem sobre mulher e filhos no âmbito familiar” [...]. Um fator que determinou essa mudança é a inserção das mulheres no mercado de trabalho. A partir da década de 1980, concomitantemente com a globalização, foi generalizada a ampliação de mulheres em postos de trabalhos.

Com o advento do século XXI associado com a globalização a família tradicional sofreu impactos e foi alterada na estrutura, função e valores, abandonando o modelo patriarcal e patrimonialista, fundado exclusivamente no casamento, para abrir-se a novas maneiras de constituição, mais flexíveis, democráticas, igualitárias e plurais, baseadas no amor e nos laços de afetividade entre os membros.

A família brasileira, especialmente do ponto de vista legal, também passou por grandes alterações, sofrendo forte influência da família romana, da família canônica e da família germânica (GONÇALVES, 2018, p. 16). No Brasil, foi através do Código Civil de 1916 que a família, constituída exclusivamente pelo casamento, recebeu regulamentação, sendo, no entanto, vedada a sua dissolução. Segundo Dias (2016, p. 28), em sua versão original, o Código Civil de 1916 trazia uma discriminatória visão da família, cuja constituição limitava-se ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, fazendo distinções entre seus membros, discriminando as pessoas unidas sem casamento e os filhos advindos desta relação.

A primeira Constituição Brasileira que dedicou capítulo específico à família foi a Constituição da República de 1934, a qual, através de quatro artigos (144 a 147), estabelecia as regras do casamento indissolúvel (PEREIRA, 2003, p. 9). A Constituição de 1934 foi a precursora da defesa da instituição da família, destacando a ela um capítulo especial, a exemplo do que já ocorria nas Constituições da Alemanha, de 1919; da Tchecoslováquia, de 1920; e da Espanha, de 1931, e que passou a ser acatado por praticamente todas as Constituições promulgadas ou outorgadas por outros países considerados civilizados (OLIVEIRA, 2002).

A partir de então, as Constituições seguintes passaram a dedicar capítulos exclusivos à família, destacando a sua importância e a sua forma de constituição, insistindo na ideia do casamento indissolúvel como única forma de se constituir família. As mudanças começaram a surgir a partir do divórcio, que foi instituído pela Emenda Constitucional nº 09 e regulamentado pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a qual acabou com a indissolubilidade do casamento, afastando a ideia da família como instituição sacralizada (RIZZARDO, 2018).

A Constituição Federal de 1988¹⁴⁸ contribuiu para alterações no que se refere à família, como por exemplo, a quebra da chefia conjugal masculina, tornando a sociedade conjugal compartilhada em direitos e deveres pelo homem e pela mulher, o fim da deliberação entre filhos legítimos e ilegítimos, reiterada pelo Estatuto da Criança. As modificações e reestruturações são particularmente difíceis e possuem sentidos diversos para os diferentes segmentos sociais, o impacto incide de maneira distinta sobre eles, pois o acesso a recursos é desigual numa sociedade capitalista (MACEDO *et al.*, 2020).

Para Dias (2016, p. 28-29), a Constituição Federal de 1988: “instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros”. Conseqüentemente, as novas modalidades de organização da família, reconhecidas, acabaram derrocando inúmeros dispositivos do Código Civil de 1916, fazendo surgir a necessidade de um novo sistema jurídico que pudesse regulamentar e atualizar o direito, especialmente o Direito de Família. O Art. 226 da Constituição é enfático ao afirmar que a família é

148 No século XX, a família adquire nova estruturação. O papel da educação passa a ser de responsabilidade das escolas, onde as crianças passam a maior parte do tempo. O catolicismo, antes preponderante, abre espaço para outras religiões e o culto religioso deixa de ser ministrado em casa. A influência religiosa se torna mais fraca, pois passa a ser direito constitucional a liberdade de crença.

a base da sociedade e possui especial proteção do Estado. Veja o tratamento constitucional conferido à matéria:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo, a lei, facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos, igualmente, pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo, ao Estado, propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família para cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações.

Destaca-se ainda que o atual pressuposto acerca família também pode ser ponderado a partir da transformação das maneiras da vida conjugal, dos modos de gestão da natalidade e no modo de compartilhar os papéis na família. Dessa forma pode-se constatar que essas transformações podem se constituir em um questionamento acerca do casamento e como este está definido pela sociedade.

Surge então o Código Civil, de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, o qual, embora se chamasse de “novo”, teve seu projeto original de no 634, datado de 1975, tramitando no Congresso Nacional antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988. O Código Civil de 2002 trouxe grandes inovações, especialmente no Livro IV do Direito de Família, destacando normas atinentes à sociedade conjugal, em que o marido e mulher passavam a chefia-la em conjunto e em igualdade de condições, à união estável, entidade familiar preconizada por dispositivo constitucional, à igualdade de tratamento entre todos os filhos (FUJITA, 2011).

Atualmente, o retrato da família é diferente, pois a imagem que temos hoje é de uma família pequena, formada pelo pai a mãe e dois filhos. A redução do número de filhos veio acompanhada do controle da natalidade, agora estabelecido pela mulher, enquanto uma escolha própria, refletindo a política de emancipação da mulher (SILVA; CHAVEIRO, 2019). Por isso é importante trabalhar a família para adequar-se a empresa, aproveitando seus bônus enquanto instituição social e assumindo seus ônus.

3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DA FAMÍLIA

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade humana visa à proteção da família como instituição, valorizando cada indivíduo dentro da unidade familiar. Conforme afirma Gonçalves (2018, p. 22): “O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito”, protegendo a vida e a integridade dos membros de uma família, garantindo o seu pleno desenvolvimento. A Constituição Federal, em seu artigo 227, ao tratar acerca dos deveres da família, traz em seu rol de deveres os direitos fundamentais à vida, à saúde, alimentação, educação, dignidade, respeito, entre outros não menos importantes, valorizando especialmente a proteção dos membros da família. Assim, a família passou a receber especial proteção do Estado a partir da promulgação da Constituição Federal e se transformou num instrumento de proteção da dignidade da pessoa humana (MADALENO, 2015).

3.2 Princípio da igualdade

Princípio ligado à dignidade da pessoa humana, recebeu especial atenção no campo do Direito de Família também a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, colocando homens e mulheres em situação de igualdade. No artigo 226, § 5º, a Carta Magna dedicou especial atenção à equiparação entre os cônjuges no que diz respeito aos direitos e deveres advindos da relação matrimonial ou da convivência, afastando a figura do “varão” como chefe da família e qualquer tratamento diferenciado entre marido e mulher (MADALENO, 2015). O princípio da igualdade aplica-se também em relação aos filhos, advindos ou não da relação de casamento, já que o artigo 227, § 6º, da CF prioriza absoluta igualdade entre todos os filhos, proibindo qualquer designação discriminatória.

3.3 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Este princípio está inserido no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, ao estabelecer que o planejamento familiar é disposição livre do casal, cabendo ao Estado assegurar recursos para o exercício desse direito. Ao estabelecer direito à liberdade no planejamento familiar e da paternidade responsável, o constituinte atribuiu aos pais a livre decisão sobre as responsabilidades em relação aos filhos, especialmente no que se refere ao afeto, cuidado e à educação.

3.4 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar gera deveres recíprocos entre os membros de um mesmo organismo familiar. Através deste princípio, a Constituição assegurou não só aos pais o dever de cuidado em relação aos filhos, mas também aos filhos em relação aos seus pais, na velhice

ou enfermidade. Dias (2018, p. 62) acrescenta que este princípio está diretamente ligado também ao dever recíproco em relação à prestação de alimentos, ao lecionar que: “As pessoas integrantes da família são, em regra, reciprocamente credoras e devedoras de alimentos. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade”.

3.5 Princípio da proteção e do melhor interesse da criança e do adolescente

O princípio da proteção integral, previsto no artigo 227 da Constituição Federal, assegura às crianças e aos adolescentes o direito fundamental e prioritário 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, reconhecendo-os como sujeitos vulneráveis dentro do núcleo familiar. As garantias constitucionais priorizadas às crianças e aos adolescentes através deste princípio buscam o fortalecimento dos vínculos familiares e a permanência da criança, com absoluta prioridade, na sua família natural (DIAS, 2018).

3.6 Princípio da afetividade

A Constituição Federal de 1988, embora não tenha consagrado em seu texto o afeto como garantia fundamental ao ser humano, ao elevar a união estável à condição de entidade familiar, atribuiu reconhecimento jurídico às relações afetivas, alçando o afeto à esfera dos direitos fundamentais (DIAS, 2018, p. 66). É preciso inicialmente compreender, segundo Tartuce (2012, p. 1), que afeto não se confunde necessariamente com amor: “afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares”. Apesar de não estar inserido no rol de direitos fundamentais na Constituição Federal, os juristas utilizam a afetividade como princípio norteador.

O Código Civil de 2002 trouxe significativas mudanças no campo do Direito de Família, conferindo uma série de garantias e direitos às relações familiares, atendendo inclusive aos interesses dos filhos. Houve, sem dúvida, uma valorização das relações socioafetivas e uma transformação do Direito de Família, o qual deve ser analisado sob o aspecto constitucional a partir dos seguintes princípios:

4 UMA ANÁLISE A RESPEITO DO PODER DA FAMÍLIA

Poder familiar é uma função atribuída aos pais sobre seus filhos menores, e eles possuem o dever de preservar e promover os interesses dos mesmos. Na época do Brasil colônia, o pátrio no poder estava em destaque dentro do Código Civil e o pai exercia de maneira exclusiva a respeito da autoridade sobre os filhos. Hodiernamente o patriarcado parou de estar em evidência e a mãe começou a exercer de maneira igualitária acerca dos cuidados com os filhos. A principal finalidade do poder familiar é o melhor atendimento do interesse da criança e do adolescente e não mais a vontade do pai sobre o futuro do seu filho.

A expressão “pátrio poder” foi substituída por poder familiar, porém diversos doutrinadores sugerem outras nomenclaturas, como autoridade parental ou cuidado parental, pois, estão mais articuladas com a atribuição de responsabilidade dos pais pelos filhos. Segundo Lobo (2012, p. 296) o poder familiar é uma medida de cuidado e proteção dos filhos. A essência do instituto é a assecuração dos filhos a uma formação integral e proteção durante as fases de amadurecimento e crescimento, o que desempenha aos pais um papel de suma importância dentro do desenvolvimento da personalidade da sua prole.

Dentro do Código Civil de 1916, o esposo era conhecido como chefe da família, exercendo sozinho o pátrio poder e a mãe era tratada apenas como uma coadjuvante, que só imperava na ausência do pai ou impedimento do mesmo. No estatuto da mulher casada a partir da Lei 4.121/62 a mulher começou a exercer a função de pátrio poder, trabalhando em parceria com o marido. No entanto em situações de conflito a vontade do pai prevalecia.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o fato citado começa a mudar, como prevê o artigo 255, parágrafo 5 que diz “os direitos e deveres referentes a uma relação conjugal devem ser exercidos de maneira igualitária tanto para o homem como para mulher. Em 2002 com a nova reformulação do Código Civil, o Art 1.631 passou a prever a importância dessa igualdade, conforme se denota:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (BRASIL, 2002).

Portanto a titularidade do poder familiar cabe aos responsáveis, desconsiderando o estado civil. O que deve ser levado em consideração é a coparentalidade, ou seja, uma atividade em conjunto, as decisões devem ser tomadas por ambos os pais. Em casos onde acontecer uma ruptura da relação o poder familiar tem que se manter íntegro. Nesse contexto, a redação do Art 1.632, “Separação judicial, divórcio e a dissolução da união não altera a relação dos pais com seus respectivos filhos” (BRASIL, 2002).

Se caso o filho não for reconhecido pelo pai, o poder familiar passa a ser exercido exclusivamente pela mãe e se a mesma não for conhecida ou capaz de exercer a função atribuída, o poder familiar passa a ser exercido pelo tutor do menor. Em casos de divórcio uma instituição com a nomenclatura guarda surge. Em tempos antigos, onde a guarda era vista como uma regra unilateral, era mais fácil de identificar a atribuição dos pais que tinham a função do poder familiar e as transformações sofridas durante a execução do seu exercício, a guarda geralmente é exercida pela mãe. Praticamente todas as decisões diárias relacionadas a vida do filho são decididas pelo responsável do poder familiar e as decisões só poderiam ser conjuntas em casos extremos.

Hodiernamente, conseguir distinguir o conteúdo do poder família e da guarda compartilhada ficou mais difícil, pois quando isso ocorre os institutos acabam se confundido. Portanto vale ressaltar que os únicos titulares do poder familiar são os pais da criança ou do

adolescente, os demais parentes como: avós, irmãos dentre outros só podem ser guardiões ou tutores, mas não se encaixam em detentores do poder familiar.

O conteúdo e execução do poder familiar abrange diversas questões como pessoais e patrimoniais que estão relacionadas aos filhos menores, Lôbo (2012, p. 302) fala que os pais exercem direitos que estão vinculados aos deveres e cumprem os deveres em que os filhos são titulares e além disso são responsáveis pela educação dos filhos.

Como dever prioritário e fundamental, devem os genitores, antes de tudo, assistir seus filhos, no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob a sua guarda, segura e companhia, e zelar por sua integridade moral e psíquica, e lhes conferir todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência, devendo-lhes os filhos a necessária obediência (MADALENO, 2016, p. 693).

Com relação aos filhos menores o Art 1.634 do CC prescreve que:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - Dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

O pressuposto citado se retrata dos princípios do direito de família e convivência familiar, que está inserido também no Art 227 da CRFB (BRASIL, 1988), entende-se que a família é a base mais importante e apropriada para crescimento e desenvolvimento da criança. Os pais têm o dever de educar, criar e auxiliar sua prole, durante seu desenvolvimento, como indivíduos em formação. A Lei 12.013/2019 mudou o Art 12 da Lei 9.394/96 onde a mesma passou a prever a obrigação da instituição de ensino em repassar as informações da vida escolar do filho.

Ter a guarda da criança ou do adolescente é mais fácil quando os pais convivem e moram juntos. Quando isso não acontece, guarda jurídica pode ser compartilhada ou unilateral. A guarda está extremamente relacionada ao poder familiar. As decisões devem ser tomadas por ambos os pais, porém caso ocorra algum conflito ou alguma discordância de opiniões, as questões devem ser resolvidas através da intervenção judicial.

Os pais podem conceder ou negar consentimento para os filhos se casarem (Art 1.517, CC) porque são os representantes legais dos filhos, e se houver alguma interferência a como: a negação de ambos ou o consentimento só de um, é necessária uma intervenção judicial. Além disso, esse consentimento pode ser usado para uma viagem ao exterior. Os filhos só podem viajar com os dois pais e caso forem viajar sem um deles, é preciso haver um consentimento do outro. E se os pais negarem uma viagem do filho ao exterior, a suspensão do consentimento só pode ocorrer através da via judicial.

Dentre as diversas funções atribuídas aos pais, é encontrado ainda o direito de eleger um tutor que consiga assumir todos os cuidados necessários para o desenvolvimento do filho, na falta dos pais a nomeação de tutor só pode ser realizada através de testamento ou documento autêntico, a nomeação só é válida se um dos genitores não estiver vivo, ou se estiver vivo, ele não conseguir exercer o poder familiar.

Os pais só podem exigir dos filhos obediência, respeito e serviços que são adequados a sua condição e idade. E vale acrescentar que o autoritarismo não é mais permitido, só são permitidos o diálogo e o respeito, que deve sensibilizar os filhos a obedecer e respeitar os pais. Em 2014, a Lei da Palmada entrou em vigor (Lei 13.010/1014) o que acabou alterando alguns dispositivos do Estatuto da criança e do adolescente. O Art 16-A do ECA dispõe que crianças e adolescentes tem o direito de uma criação sem qualquer tipo de castigo físico, ou tratamento cruel.

Os pais cuidam dos patrimônios dos filhos até a maioridade e isso só pode ser desconsiderado se houver uma emancipação acerca da administração dos bens do filho (Arts 1.689 e 1.690, CC). Os pais dentro do contexto de poder familiar são considerados usufrutuários e administradores dos bens da sua prole. Caso aconteça uma colisão dos interesses do pais e filhos, o juiz pode requerer do próprio menor ou do ministério público, a consideração de curador especial. O Art 1693, do CC prescreve a exclusão do utilização e administração dos pais:

- I** - Os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;
- II** - Os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos

adquiridos;

III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV - Os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão (BRASIL, 2002).

Tudo que foi falado até o presente momento é de extrema relevância, ademais, quais são as causas da extinção do poder familiar? Segundo o artigo 1.635 do Código Civil, a extinção do poder familiar só acontece com o falecimento dos pais ou do filho, emancipação, adoção, maioridade, e decisão judicial (BRASIL, 2002). A morte dos dois genitores é uma causa direta de extinção do poder familiar assim como a morte do filho. Se apenas um dos genitores morrer o poder familiar passa a ser exclusivo do genitor sobrevivente.

A emancipação é tratada no inc. II do Art 1.635 onde o mesmo abrange todas as formas sendo emancipação voluntária que é feita pelos pais ou tutores mediante instrumento público, sendo realizado através de um pedido judicial, e em caso de emancipação legal que ocorre em caso de casamento, emprego, uma vaga em cursos superiores e com a presença qualquer atividade civil ou comercial que permita a economia própria ao menor. A maioridade é atingida aos 18 anos, e causa a extinção do poder familiar. Na adoção a extinção do poder familiar é relacionada aos pais biológicos.

5 CONDIÇÕES DE PROTEÇÃO E RISCO COM EXPRESSÃO NO CONTEXTO FAMILIAR E AS REDES DE APOIO COMO REPRESENTAÇÃO DO ESTADO

A proteção e o risco são variáveis essenciais para o desenvolvimento mental. Existem vários fatores de risco e eles se definem por aumentar as chances de algum acontecimento que tenha o efeito negativo acerca do desenvolvimento de qualquer indivíduo. Os fatores de proteção estão relacionados diretamente com os recursos que qualquer indivíduo possui para diminuir a gravidade do risco.

Alguns desses fatores agem de diferentes maneiras em cada indivíduo o tornando menos ou mais vulneráveis a qualquer tipo de risco. Cada indivíduo possui suas particularidades e alguns conseguem ser resiliente diante de todas as adversidades que a sociedade apresenta, conseguindo superar fatores de risco, se desenvolvendo de maneira funcional e bastante saudável.

Vale ressaltar que não tem como garantir que a família, sociedade e escola consigam promover fatores de proteção, pois dentro desses sistemas há muito conflito e adversidade, que ocasiona uma vulnerabilidade nas pessoas. Durante a fase da adolescência, a família acaba dando um certo espaço para fontes de fatores de proteção e risco durante o processo de desenvolvimento. Os fatores internos são os emocionais, valores, talentos, desejos, habilidades e a autoestima acabam ganhando força, assim como os diversos fatores da comunidade onde o sujeito está inserido (BRASIL, 2017).

Hodiernamente, a diversidade dentro do contexto familiar é algo inegável, pois a uma grande influência nas características culturais, sociais, políticas e econômicas de cada ser humano que está inserido na sociedade. Essas influências promovem diversas mudanças e avanços é importante destacar que cada sujeito é extremamente influenciado pelo ambiente que vive. A família é a principal provedora de cuidados para os integrantes da mesma, de maneira específica as crianças durante a primeira infância, pois nesse tempo de desenvolvimento humano que os ambientes familiares proporcionam o início das relações interpessoais, da criança com seus respectivos cuidadores, o que ocasiona a criação da sua identidade e suas características pessoais (SARTI, 2017).

A família é entendida como um grupo, que possui dentro de si um conjunto de relações, por pessoas ligadas de forma afetiva ou consanguínea possuindo uma relação afetiva e recíproca (LAING, 2018). Segundo Minuchin (1982) a família é um sistema aberto, pois a mesma está em constante transformação que acontece devido à troca de informações com a sociedade.

Com o avanço da medicina o cuidado com pessoas aumentou muito, pois esse avanço proporcionou uma qualidade de vida, que cria um aumento na expectativa de vida. Com esse aumento de expectativa de vida a população idosa começou a se tornar uma referência dentro de suas respectivas famílias, pois os mesmos se tornam responsáveis pela educação, cuidado afetivo e outros aspectos (VITALE, 2019).

Com a sociedade industrializada em constante evolução, as relações familiares são de extrema relevância, pois é dentro da família que acontece o primeiro ambiente de socialização, onde é o começo da identidade social, onde os mesmos conseguem se expressar de maneira livre com seu temperamento particular dentro da capacidade e limite. Em outros ambientes há uma predominância de capacidades específicas e funções determinadas pelo ambiente ou pessoa mesmo.

As características de cada família influenciam e até mudam as ligações entre os integrantes da mesma, sendo menos ou mais aceitas dependendo de região para região num contexto social, econômico ou religioso. A estrutura familiar é bem idealizada, com uma mãe, um pai e sua prole, até mesmo as famílias formadas pelos diversos arranjos e formas o papel familiar pode tanto atrapalhar como facilitar a vida dos seus integrantes. A família é considerada o ponto principal de muitas necessidades que surgem ao longo da vida.

É dentro da família que se inicia os primeiros laços de afeto entre pessoas, e os adultos devem cuidar de suas crianças, a família é o primeiro microsistema social da vida da criança, onde acontece a primeira relação de apego e existem vários fatores de proteção que promovem uma qualidade de vida a criança causando um efeito positivo na saúde mental e física, construindo uma boa adaptação ao mundo. De maneira contrária não se pode negar os muitos fatores de risco existentes como: alcoolismo, violência, falta de relação parental, desemprego, doença física ou mental que colocam em risco praticamente toda a estrutura familiar.

A estrutura familiar possui uma relação muito grande com a classe social que a mesma está inserida, pois, uma família que não possui muitas condições, várias tarefas são atribuídas aos membros menores como: cuidar dos irmãos mais novos, cuidar de idosos com doenças dentre

outros, a família é considerada a principal fonte de apoio e suporte de qualquer indivíduo dentro de um contexto para solucionar problemas diversos.

Esse apoio e suporte são estabelecidos conforme as relações dos indivíduos, essas relações influenciam de maneira direta o desenvolvimento pessoal de maneira positiva ou negativa dentro da saúde física e mental dos integrantes da família. Dessa maneira, estabelecer uma rede de obrigações acaba sendo de extrema relevância e essa rede esta extremamente ligada a vínculos e relações de afeto.

Desde seu nascimento o ser humano, faz parte de um contexto social formado pela família, escola, amizades dentre outros. Dentro desses ambientes o mesmo aprende a desenvolver seu papel e consegue conquistar vários pontos de interação social. As relações entre indivíduos promovem um apoio em momentos ruins ou mudanças além de oferecer oportunidades de desenvolvimento humano com o vínculo das relações sociais, proporcionando um lazer e relações de afeto e suporte dentre outros.

Sluki (2016) compreende as redes sociais como um grande meio de vínculos interpessoais de uma maneira ampla que envolve amigos, colegas de trabalho e colegas de estudo além de relações que são estabelecidas durante o uso desse meio. Nesse sentido, as redes sociais conseguem ser uma forma de apoio social, pois oferece ajuda de maneira instantânea.

Hodiernamente a sociedade vive um tempo de incerteza, tudo acontece de maneira mútua e a geração de inseguranças é um resultante muito comum. Faz se mister, salientar que a resiliência ajuda tanto um lado individual como um grupo social diante das radicais mudanças do mundo e das incontáveis violências e catástrofes que as pessoas estão expostas diariamente. De fato, ninguém está livre de algum problema ao decorrer da sua jornada (GUTIERREZ, MINAYO, 1990).

Esses vários vínculos entre indivíduos juntamente com seus papéis sociais são peças chaves para o cuidado familiar e além disso esse cuidado vem com uma função muito importante de oferecer o apoio.

QUADRO 1 – As variáveis da estrutura, funcionalidade e atributos das redes sociais com as respectivas definições.

Estrutura das redes	Definição
Tamanho	Número de pessoas na rede, que preferencialmente não deve ser nem muito grande, nem muito pequeno.
Densidade	A conexão entre os membros.
Composição ou distribuição.	As redes não devem ser muito centradas em algum quadrante, pois se tornam menos flexíveis.
Dispersão.	Distância geográfica entre os membros.
Homogeneidade Heterogeneidade.	e Sexo, idade, cultura e nível socioeconômico.
Funcionalidade das Redes	
Companhia social.	Realização de atividades conjuntas.

Apoio emocional.	Atitudes emocionais positivas como empatia, compreensão e apoio.
Guia cognitivo ou de conselhos.	Interações para promover o compartilhamento de informações, esclarecimentos e modelos de papéis.
Regulação social.	Reafirmação de responsabilidades e papéis neutralizando desvios de comportamento.
Ajuda material e de serviços.	Colaboração baseada em conhecimentos específicos e especializados, incluindo os serviços de saúde.
Acesso a novos contatos.	Abertura a novas redes que não faziam parte das redes do indivíduo.
Atributos do vínculo	
Função predominante do vínculo.	Função que caracteriza de maneira predominante um tipo de vínculo.
Multidimensionalidade.	Quantidade de funções desempenhadas pela pessoa.
Reciprocidade.	Simetria entre as duas pessoas.
Intensidade ou compromisso da relação.	Grau de intimidade entre os membros da relação.
Frequência de contatos.	Manutenção ou quebra de contato no vínculo.
História da relação.	Dados sobre desde quando os membros envolvidos no vínculo se conhecem.

Fonte: (VITALE, 2019).

Segundo Bronfenbrenner (1996) a definição de rede de apoio deve abordar todas as mudanças que acontecem ao decorrer da vida e em seu ambiente social, com suas diversas interações. Vale ressaltar que a necessidade de um auxílio aumenta dependendo das circunstâncias da vida como: doenças, traumas, velhice dentre outras, essas situações citadas se encaixam como fator de risco.

A rede social é um sistema aberto para o uso que esta em uma constante evolução, a mesma possibilita uma troca de afetividade entre seus usuários. O apoio social que está presente nas redes sociais permite o aumento de recursos individuais, e reforça o senso de pertencimento, além de aumentar a autoestima em alguns casos, o que aumenta a capacidade de indivíduos a se adaptar aos diversos ambientes.

O processo de consolidar as redes interpessoais esta ligado diretamente a convivência, mesmo que conviver com outras pessoas exija uma interação recíproca em relação as trocas de informação. Uma rede de apoio com uma boa qualidade se relaciona com a prevenção da violência, com o sentimento de pertencimento e um grande aumento de relacionamentos. Em si a rede social possui suas funcionalidades, um só indivíduo pode realizar diversas atividades ao mesmo tempo basta estar vinculado á rede.

6 CONCLUSÃO

A pesquisa aborda acerca do poder da família, de maneira especifica qual a autoridade dos pais sobre seus filhos, analisando seu conceito e titularidade e em quais situações o estado pode

intervir. Hodiernamente esse “poder” mudou de maneira intensa, pois se comparado a época do Brasil Colonial, o pai mandava em todos os atos dos seus filios sem a mínima liberdade de escolha, e punia o mesmo através de castigos moderados.

A partir de 1998 com a nova Constituição federal, as diretrizes a respeito desse tema tiveram mudanças consideráveis, pois o patriarcalismo deve uma diminuição, o que trouxe equilíbrio em relação aos pais. Além disso, vale ressaltar que o adolescente e a criança começaram a ser protegidos de uma forma mais eficaz e rigorosa, pois, direitos como: integridade, alimentação, lazer, saúde, entre outros são assegurados.

A rede social possui diversas funcionalidades e as mesmas são determinadas pelos indivíduos que a utilizam da forma que bem entenderem o Estado está relacionado com as redes de maneira direta pois através delas as informações necessárias acerca de qualquer assunto está presente, sendo assim, o Estado consegue intervir de uma forma mais eficaz.

Vale ressaltar, que o Estado só pode intervir nas relações familiares alguns casos como já foi falado anteriormente, pois o qualquer indivíduo possui o direito de ter uma educação sem que o mesmo seja violentado de forma física ou emocional. Ademais, a rede social tem um forte papel, pois, a mesma acaba se tornando uma rede de apoio no combate a fatores de risco e ajuda muito no desenvolvimento humano.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. **Proteger e cuidar da saúde de adolescentes na atenção básica**. Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/3iD0kDE>>. Acesso em: 25.fev.2022.

BRONFENBRENNER, U. **A ecologia do desenvolvimento humano**: experimentos naturais e planejados. Tradução de VERONESE, M. A. V. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2022.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28.jun.2022.

_____. **Lei nº 12.013, de 6 de agosto de 2019**. Altera o art. 12 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, determinando às instituições de ensino obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 5.ago.2022.

_____. **Lei nº 13.010, de 23 de junho 2014.** Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 jun.2022.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Tradução Ruth M. Klaus. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2016.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUTIERREZ, D. M. D.; MINAYO, M. C. S. **Família, redes sociais e saúde:** o imbricamento necessário. Fazendo gênero 8 – Corpo, Violência e Poder. Florianópolis, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3LlyjwR>. Acesso em: 5 jun 2022.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2012.

LAING, R. D. **A política da família.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

MACHADO, Hilka Vier. **Reflexões sobre Concepções de Família e Empresas Familiares.** *In:* Psicologia em Estudo. 10(2): 317-323. Maringá, 2018.

MACEDO, Cristina [*et al.*]. **A família no Contexto Social.** 2020. Disponível em: <<http://www.googleacademico.com.br>>. Acessado em: 20.ago.2022.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MINUCHIN, S. **Família:** funcionamento e tratamento. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Sebastião de. Fundamentos constitucionais do direito de família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família: uma abordagem psicanalítica. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARTI, C. A. Famílias enredadas. *In:* ACOSTA, A. R.; VITALE, M. A. F. (Orgs.). **Família:** redes, laços e políticas públicas. p. 21-36. São Paulo: Editora Cortez, 2017.

SILVA, M.C.; CHAVEIRO, E.F. **Demografia e família: As transformações da família no século XXI.** *In:* Geografia. 29(2): 171-183. 2019.

SLUZKI, C. E. **A rede social na prática sistêmica**: alternativas terapêuticas. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2016.

VITALE, M. A. F. Avós: velhas e novas figuras da família contemporânea. p. 93-105. *In*: ACOSTA, A. R.; VITALE, M. A. F. (Orgs.). **Família**: redes, laços e políticas públicas. São Paulo: Editora Cortez, 2017.

A INCLUSÃO DIGITAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A PEC N.º 47 DE 2021 E SEUS REFLEXOS NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

GEOVANE CESÁRIO DA SILVA:

Bacharelado do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP – WYDEN.

ROSYVANIA ARAUJO MENDES¹⁴⁹

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo versa sobre a PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO (PEC) n.º 47, de 2021, que visa acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais. Partindo-se da premissa que atualmente estamos distantes de uma sociedade que vislumbre dos meios digitais, o projeto tem o intuito de abranger conhecimento acerca dos reflexos da positivação da PEC n.º 47. O presente trabalho foi elaborado com o objetivo de demonstrar a relevância do direito sob o aspecto da inclusão digital e o meio de busca de exploração do tema, teve como base um estudo bibliográfico de autores que versam sobre o assunto abordado, através de análises teóricas científicas, alicerçando para o desenvolvimento do projeto. Com fundamento na pesquisa realizada, percebe-se que a referida PEC, traz grandes reflexos sobre direitos fundamentais e democratização do acesso à internet, trazendo os benefícios da inclusão digital como um direito fundamental.

Palavras-chave: Inclusão digital. PEC. Democratização, Acesso à internet.

ABSTRACT: The present article is about the CONSTITUTION AMENDMENT PROPOSAL (PEC) No. 47, of 2021, which aims to add item LXXIX to article 5 of the Federal Constitution, to introduce digital inclusion in the list of fundamental rights. Starting from the premise that we are currently far from a society that glimpses digital means, the project aims to encompass knowledge about the reflexes of the positivization of PEC no. 47, the present work was elaborated to demonstrate the relevance of law under the aspect of digital inclusion. The means of exploring the theme was based on a bibliographical study of authors who deal with the subject, through scientific and theoretical analysis, as a foundation for the project's development.

Keywords: Digital inclusion. PEC. Democratization, Access to the internet.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Metodologia. 2.1. Quanto a abordagem 2.2. Quanto aos objetivos 2.3 Quanto aos procedimentos técnicos 3. Desenvolvimento 3.1. Direitos fundamentais 3.2. A inclusão digital e a democratização do acesso à informação 3.3 a importância de uma sociedade conectada.

149 Orientador (a) Rosyvania Araujo Mendes, Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional – UNITAU; Especialista em Docência do Ensino Superior e Direito Administrativo – FACIBRA; Professora do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP, E-mail: rosyvnia@gmail.com

3.4. Marco civil da internet 3.5. O estado e suas responsabilidades 3.6. A PEC n.º 47 de 2021 e os reflexos da sua positivação 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa se trata do direito à informação e quais reflexos traria a inclusão digital garantido pela Constituição Federal de 1988, com amparo na PEC n.º 47 de 2021, em que sua problemática sustenta-se que o Brasil ainda não adota o direito à internet como garantia fundamental. Em contrapartida, em países como Estônia e Finlândia o acesso à internet é um direito básico. (CONHEN, 2011)

Assim, países situados na Europa estão aderindo à internet como garantia fundamental, desenvolvendo a democratização do acesso as redes. Dessa forma, o Brasil pode se espelhar nesses países, para que assim, passe a oferecer suporte para a educação digital na sociedade. No Brasil, menos de um terço da população brasileira está conectada à Internet, e o acesso pleno é privilégio dos mais ricos onde quase 34 milhões de brasileiros nunca acessam a Internet, a maioria deles, das classes C, D e E, e quase 87 milhões não conseguem conectar-se diariamente, afirma o estudo do Instituto Locomotiva com a multinacional PWC.

Caracterizando a internet como privilégio e dificultando o acesso para as minorias, determinando uma exclusão digital e restringindo a oportunidade de utilização dessa ferramenta de promoção para o desenvolvimento econômico, social e cultural.

O objetivo da pesquisa é apontar as vantagens do uso da internet como meio de comunicação e obtenção de informação, tornando-se necessário a positivação para facilitar o crescimento social através dessa ferramenta ilimitada de conhecimento. A relevância científica dessa pesquisa é analisar os efeitos da aprovação da Proposta de emenda à Constituição (PEC) em questão, visando um desenvolvimento social a partir da premissa que o acesso à internet é um direito humano.

Fica evidente que a PEC n.º 47 de 2021 destaca-se atualmente pela sua importância de forma que a positivação tem reflexos que beneficiariam a sociedade, dando oportunidades para que todos possam ter um acesso decente e seja incluído na utilização dessa ferramenta ilimitada de conhecimento, denominada de internet.

A motivação para o tema é demonstrar a necessidade da inclusão digital para a coletividade, resultantes do empenho das ações do Estado, além de apresentar um cenário democrático do acesso à informação através da internet.

Esta pesquisa se classifica na área das Ciências Jurídicas, e tem como finalidade fazer um estudo sobre a inclusão digital no Brasil e como a positivação da lei auxiliaria nessa vertente. A presente pesquisa será baseada em estudos bibliográficos de autores que contribuem para a construção do entendimento sobre o assunto.

Com o intuito de facilitar o entendimento do assunto, o mesmo foi organizado em tópico, de maneira inicial fez-se abordagem ao direito fundamental e seus conceitos, correlacionando-se com positividade da inclusão digital e democratização do acesso, a importância de uma sociedade conectada, o marco civil da internet, as responsabilidades do Estado e por fim, a PEC n.º 47 de 2021 e os reflexos da sua positividade.

2. METODOLOGIA

A metodologia tem função de apresentar os métodos e materiais utilizados para elaboração e aperfeiçoamento deste trabalho, de forma a explicar os procedimentos para responder o problema da pesquisa. O trabalho versa sobre a inclusão digital e seus reflexos na garantia dos direitos fundamentais, e titulado de A inclusão digital e a constituição federal: A PEC n.º 47 de 2021 e seus reflexos na garantia dos direitos fundamentais: uma discussão acerca da proposta de emenda 47.º de 2021 e da importância de sua positividade. A pesquisa se classifica na área das Ciências Jurídicas, o objetivo geral do projeto é demonstrar que a inclusão digital é uma garantia fundamental e que dessa forma pode contribuir para diminuir as limitações ao acesso da internet.

2.1 QUANTO A ABORDAGEM

A referida pesquisa realiza-se de modo qualitativa, visto que se trata de um método no qual busca investigar, descrever e explicar os fenômenos sociais sem torná-los verdades absolutas. De acordo com Beuren et al. (2003) as pesquisas que empregam metodologia qualitativa podem descrever a complexidade de determinado problema, analisar a interação de certas variáveis, além de poder contribuir no processo de mudança de determinado grupo. Ou seja, o propósito é reunir dados para aprofundar questões discutidas na problemática. Portanto, se enquadra nessa pesquisa, pois trata de estudo profundo e ordenado dos acontecimentos envolvendo o tema, para hoje chegarmos um resultado objetivo.

2.2 QUANTO AOS OBJETIVOS

A pesquisa tem finalidade exploratória, ou seja, tem finalidade de expor o problema e torná-lo mais familiar aos leitores. "Tem como finalidade proporcionar mais informações sobre o assunto que vamos investigar, possibilitando sua definição e seu delineamento, isto é, facilitar a delimitação do tema da pesquisa; orientar a fixação dos objetivos e a formulação das hipóteses ou descobrir um novo tipo de enfoque para o assunto. (PRODANOV e FREITAS, 2013, p. 51-52).

2.3 QUANTO AOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS

A pesquisa tem utiliza-se da pesquisa bibliográfica e documental, na qual as duas se encontram com suas diferenças. Quanto à pesquisa bibliográfica os exemplos mais característicos desse tipo de pesquisa são sobre investigações sobre ideologias ou aquelas que se propõem à análise das diversas posições acerca de um problema. (GIL, 2007).

Já a pesquisa documental, procura diversas fontes além de livros e artigos para se basear. Utiliza-se também de jornais, revistas, fatos televisionados, dentre demais fontes. (FONSECA, 2002).

3. DESENVOLVIMENTO

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direito fundamental é baseado nos direitos subjetivos com uma carga valorativa com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana e proporcionar o necessário para uma existência digna e justa.

O direito fundamental compõe-se de algumas características, sendo essas características: universais, devendo alcançar todas as pessoas sem nenhuma distinção, além disso, se abrange na relatividade, ou seja, os direitos fundamentais não são absolutos e devem ser relativizados quando houver conflitos de interesses respeitando os ditames constitucionais. Ademais, é contemplado na complementariedade os direitos devem ser analisados de forma conjunta e também se adequará a indisponibilidade que diz respeito ao fato desses direitos não possuírem natureza patrimonial, dessa forma, não podem ser transferidos ou negociados, além disso, é irrenunciável, assim, não podem ser renunciados pelos seus titulares.

Os direitos fundamentais são frutos de um processo histórico e se contemplam com o passar dos anos sendo suscetível a modificações. Tais direitos vivem uma mudança constante, dificultando a determinação de um conceito padrão, normalmente os direitos fundamentais são determinados e reconhecidos para a população por meio de um documento específico, ou seja, positivado.

Encontram-se ligados ao direito inerentes a pessoa, visando a garantia da dignidade da pessoa humana e sua liberdade. José Afonso da Silva (2016, p. 20) define que direito fundamentais dos homens é a expressão reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Assim, os direitos fundamentais trazem o prisma de diretrizes positivas com o intuito de possibilitar o mínimo para uma vida digna para a pessoa humana, sendo a dignidade um meio de proteger o homem contra modos que não condiz com a moral e honra do ser humano.

Os direitos fundamentais garantidos aos brasileiros estão no texto Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), entre os artigos 5.º ao 17.º da CRFB/88, positivados e garantidos na nossa Carta Maior, a PEC n.º 47 de 2021, possui o propósito de acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5.º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais, positivando o direito à internet, devendo o poder público promover políticas que visem ampliar o acesso digital em todo território nacional.

A inclusão digital se classificaria no conceito de direitos sociais, oriundos dos direitos de 2.º geração, impõem ao Estado uma obrigação de fazer, por prestações positivas visando concretizar a igualdade material. São liberdades positivas que têm a finalidade de melhorar as condições de vida das minorias, dessa forma, auxiliar na igualdade social.

Pode-se dizer que para um direito social ser criado e positivado deve-se nascer exigências de determinados carecimentos, portanto depende de função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico assim permite satisfazê-los. (BOBBIO, 1990).

Assim, sabemos que em relação à inclusão digital ainda se tem lacunas a serem preenchidas, a positivação da PEC n.º 47 de 2021 supriria os carecimentos, assim, alcançando um maior exercício da cidadania.

3.2 A INCLUSÃO DIGITAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO A INFORMAÇÃO

A inclusão digital visa democratizar o acesso às tecnologias da informação, permitindo abranger a sociedade com conhecimento. Atualmente a sociedade se encontra altamente conectada, avanços da informação e comunicação oriundos da tecnologia para a satisfação de direitos sociais como a educação e trabalho dependem da inclusão digital.

Com evolução das tecnologias, o avanço da Internet e a constituição do ciberespaço carecem de uma análise jurídica, normativa, sociológica, cultural e até mesmo psicológica. Com a evolução dos recursos da Internet, é oportuna a reflexão quanto aos insumos contributivos à cultura, acesso e democratização da informação, valorização da diversidade e o processo de inclusão digital. (ROVER; SANTOS; MEZZARROBA, 2014, p. 163).

A tecnologia vem se tornando uma ferramenta indispensável dentro da nossa sociedade, a democratização do acesso no Brasil é falha, pois ainda existe bastante pessoas sem o devido acesso adequado, a pobreza e a falta de escolaridade agravam essa situação.

Em relatório que a Organização das Nações Unidas (ONU), afirma que o acesso à internet é um direito humano e exorta os governos a outorgarem esse direito às populações. (EURONEWS, 2016). Ações adentrando ao tema vem ganhando proporções mundo afora, demonstrando a importância do assunto no cenário atual.

No Brasil, foi promulgada em 2014 lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) estabelecendo princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da internet, em seu art. 7.º dispõe em que "o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos." (BRASIL, 2014)

Isto posto, verifica-se que existe uma mobilização mundial e nacional acerca do tema, em que se comprova a importância da inclusão desse direito social. Castro (2006) destaca em seu trabalho que com o advento da Internet e o desenvolvimento de novas tecnologias, alteraram-se as relações sociais e o fluxo da comunicação científica foi reestruturado, ou seja, com o surgimento da internet as relações atuais sofreram alterações significativas, tanto nos aspectos culturais, pessoais, econômico, entre outros.

As democratizações do acesso à internet permitem-se privilégios as esferas e massas de nossa sociedade, excluindo as limitações da sociedade aos privilégios que a internet carrega.

3.3. A IMPORTÂNCIA DE UMA SOCIEDADE CONECTADA

A internet se provou de tamanha importância nos últimos anos, em um período em que ocorreu a pandemia da Covid-19 que afetou trabalhos, ensinos e até mesmo o convívio social. Nesse tempo, houve um aumento no uso da internet no Brasil, que chegou a marca de 152 milhões de usuários, número esse que corresponde a 81% de toda a população do país com mais de 10 anos. Entretanto, tal acesso foi praticado em uma grande desigualdade, isso porque o maior fluxo do uso ficou entre pessoas de classe A e B, possuindo menos acesso às pessoas de classe C. (CETIC.BR, 2021). Dessa maneira, determinada parte da sociedade, precisa do advento do Estado, para amparar essa minoria, promovendo ações para diminuir essa desigualdade digital.

A velocidade da difusão tecnológica é seletiva tanto social quanto funcionalmente. O fato de países e regiões apresentarem diferenças quanto ao momento oportuno de dotarem seu povo do acesso ao poder da tecnologia representa fonte crucial de desigualdade em nossa sociedade. (CASTELLS, 1999, p. 70)

A inclusão digital depende de um alicerce do Estado buscando medidas para igualar os direitos, ações que visem diminuir o problema da exclusão digital. Assim, para concretizar o direito a inclusão digital essas ações devem implementar políticas buscando a diminuição do preço das ferramentas para o acesso, conexão com a internet e uma infraestrutura de comunicação principalmente para pessoas que sofrem de escasso poder econômico, para assim, afastar a seletividade dos contemplados com a tecnologia e excluir a desigualdade em nossa sociedade.

Corroborando com o Spagnolo (2003) afirma que o termo “exclusão digital” é usado para sintetizar todo um contexto que impede a maior parte das pessoas de participar dos benefícios das novas tecnologias. Atualmente, as consequências da exclusão social acentuam a desigualdade tecnológica e dificultam o acesso ao conhecimento, aumentando o abismo entre ricos e pobres.

A inclusão digital vem como contraponto, contemplando de conhecimento e auxílio de diferentes formas para aqueles que não detém poder econômico para usufruir da internet. Portanto, estar conectado traz reflexos na sociedade em todas as searas, o uso da internet promove um forte auxílio no desenvolvimento educacional, cultural e econômico.

3.4. MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet ou lei 12.965/14 definiu os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, a lei foi sancionada no dia 23 de abril de 2014 definindo traços a serem seguidos consoante ao uso da internet no Brasil.

A internet é o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes, conforme o Art. 5.º, inciso I da Lei n.º 12.965 de 23 de abril de 2014. (Brasil, 2014).

Com a finalidade de auxiliar a comunicação através de diferentes redes, a internet possibilita aos seus usuários exercer sua cidadania através de meios digitais e o Marco Civil da Internet determina a publicidade e clareza sobre os termos de uso. Assim, o Marco Civil da Internet contempla a positivação do direito e diretrizes acerca da internet. A lei 12.965/14 determina que a internet é um direito de todos, garantindo acesso à informação, ao conhecimento e a participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos, conforme o Art. 4.º da Lei n.º 12.965 de 23 de abril de 2014. (Brasil, 2014).

Dessa forma, vemos uma lei positivando o acesso à internet e trazendo regulamentação própria para todo o processo de aplicação da internet na sociedade.

3.5. O ESTADO E SUAS RESPONSABILIDADES

A Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo 5.º inciso XIV, em que preceitua que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a nossa Carta Maior garante o acesso à informação dentre os maiores meios de busca ao conhecimento e informações em tempo real, a internet se destaca entre todos os outros métodos, conectando milhares de pessoais, portais, jornais, etc.

O artigo 19.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos DUDH diz que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

Para o Brasil e outros países emergentes, a principal vantagem da Internet talvez seja a possibilidade de acesso a informações que antes eram demoradas de se conseguir, ou mesmo completamente inacessíveis para muitos, exceto para uma elite. Muitas vezes a informação que se procura é encontrada em texto completo na rede e, desta forma, é superada a limitação dos acervos locais. Outras vezes, a Internet facilita e agiliza a identificação e obtenção de fontes impressas, reduzindo a dependência de serviços de terceiros para o acesso a documentos nacionais ou estrangeiros. (VALADARES, 2000, p. 9)

Um dos principais meios de informação é a internet, logo, é evidente que o acesso a ela é o meio pelo qual as classes sociais menos abastadas podem usufruir desse direito garantido pela Constituição. No mundo globalizado todos estão interligados, propor o alcance da internet para essas classes implica dizer que as mesmas teriam maior capacidade de criar suas próprias opiniões através do conhecimento adquirido.

Apesar de se tornarem cada vez mais necessárias e utilizadas no mundo, tanto nas relações comerciais quanto no cotidiano das pessoas que vivem nesse mundo globalizado, os usos das redes de comunicação não diminuem as diferenças sociais. Isso por que, assim como os efeitos da

globalização não atingem a todos da mesma maneira, muitas vezes o uso das novas tecnologias não ocasionam grandes revoluções na realidade socioespacial. E, embora o acesso a essas redes atinja cada vez mais pessoas, a forma com que usam essas tecnologias e as consequências do seu uso muitas vezes não é um fator determinante na modificação de sua condição social. (OLIMPIA, 2022)

Partindo dessa premissa, direcionamentos teriam que ser aplicados pelo governo em busca do maior êxito na junção de globalização e acesso às redes. De acordo com Alba (2006, p.144) as novas tecnologias baseadas nas telecomunicações abrem possibilidades de utilização para gerar novas formas de comunicação, interação com a informação e socialização em contextos educativos. Por conseguinte, ações de informatização em escolas públicas incluiria o acesso à internet para mais da metade dos alunos do ensino fundamental e médio, dado que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), indica que mais de 80% dos alunos do ensino fundamental e médio estudam na rede pública em todo o país. (IBGE, 2019). Ademais, políticas de telecentros devem ser usadas, uma vez que, é ação onde se destina um espaço público para que pessoas possam acessar a internet e outras tecnologias digitais.

Conceitua-se como telecentros, segundo o decreto que criou o programa: espaços que proporcionem acesso público e gratuito às tecnologias da informação e da comunicação, com computadores conectados à Internet, disponíveis para múltiplos usos, incluindo navegação livre e assistida, cursos e outras atividades de promoção do desenvolvimento local em suas diversas dimensões; A criação do Telecentros.br se deu pelo do Decreto n.º 6.991 de 27 de outubro de 2009, que institui o programa no âmbito da política de inclusão digital do Governo Federal. (REZENDE, 2012, p.48)

Nesse sentido, a criação de políticas públicas visando diminuir o preço dos aparelhos celulares e computadores facilitaria a inclusão das pessoas de baixa renda para essa expansão da tecnologia. "Hoje, o direito à comunicação é sinônimo de direito à comunicação mediada por computador. Assim, trata-se de uma questão de cidadania" (SILVEIRA, 2003, p. 29).

Com essas ações, o Estado estaria aproximando as minorias dos avanços tecnológicos e incluindo a democratização do acesso à internet.

3.6. A PEC N.º 47 DE 2021 E OS REFLEXOS DA SUA POSITIVAÇÃO

A inclusão digital pode ser facilitada pela Constituição Federal, com a proposta de emenda à Constituição (PEC) n.º 47 de 2021, que tem como conteúdo material acrescentar o inciso LXXIX ao art. 5.º da Carta constitucional. Para introduzir no rol de direitos fundamentais, a referida PEC foi aprovada pelo Plenário em dois turnos de forma unânime, o texto agora segue para a Câmara dos Deputados.

A positivação dessa emenda seria benéfica à sociedade na totalidade, pois estaria buscando soluções para incluir as pessoas que se encontram afastadas do meio digital. Nesse

sentido, a temática tem uma relevância em todo cenário nacional, pois se trata de mudanças essenciais para que a sociedade evolua, através do usufruto da internet, assegurando o direito garantido constitucionalmente do conhecimento e informação.

Logo, o direito e a garantia dessa ferramenta se fazem necessários, visto que, a coletividade e o direito estão intrinsecamente ligados e devem progredir juntos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente os benefícios da PEC n.º 47 de 2021, acrescentando o inciso LXXIX ao art. 5.º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos, a positivação seria uma alavanca social, dado que, a internet pode contribuir significativamente para a obtenção de conhecimento, comunicação e participação na construção de uma sociedade sem exclusão digital.

Nesse sentido, o Estado pode atuar de maneira ativa para que os grupos sociais que se encontram excluídos do avanço tecnológico sejam inseridos nessa seara, assim, pretendendo diminuir a desigualdade social através do amparo digital.

Concluimos, assim, pela necessidade de alteração da nossa legislação através da PEC n.º 47 de 2021, em razão dos diversos benefícios que a inclusão digital pode trazer para nossa sociedade, buscando a efetivação da inclusão digital como garantia fundamental positivado pela nossa Carta Magna e dessa forma contribuir para democratizar o acesso digital.

5. REFERÊNCIAS

ALBA, Maria; HERNANDEZ, Fernando e colaboradores. *et al.* **Tecnologias para transformar a educação**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Marco Civil da Internet. Lei 12.964/14**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm >. Acesso em: 28 maio. 2022.

BRASIL. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <[BRASIL. Constituição \(1988\). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.](https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/artigo-19deg-todo-ser-humano-tem-direito-a-liberdade-de-expressao-e-opinio-1#:~:text=O%20artigo%2019%C2%BA%20da%20DUDH,por%20qualquer%20meio%20de%20express%C3%A3o%E2%80%9D.> >. Acesso em 24 maio. 2022.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. IBGE – Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. Estatísticas Sociais. IBGE, 2020. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico v. 1122 de 19/11/2022 \(ano XIV\) ISSN - 1984-0454](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28285-pnad-educacao-2019-mais-da-metade-das-pessoas-de-25-anos-ou-mais-nao-completaram-o-ensino-medio.> >. Acesso em: 29 maio. 2022.</p></div><div data-bbox=)

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. Volume I, a sociedade em rede**. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CASTRO, Regina C Figueiredo. **Impacto da Internet no fluxo da comunicação científica em saúde**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 40, n. spe, Aug. 2006. Disponível em <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 27 Setembro de 2013.

CONHEN, Otavio. **Acesso à internet agora é direito humano básico**, 2011. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/coluna/superblog/acesso-a-internet-agora-e-direito-humano-basico/>>. Acesso em: 05 jul. 2022.

CRUZ, Milena. Cresce o uso de Internet durante a pandemia e número de usuários no Brasil chega a 152 milhões, é o que aponta pesquisa do Cetic.br. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação, 18, agosto, 2021. Disponível em: <<https://cetic.br/pt/noticia/cresce-o-uso-de-internet-durante-a-pandemia-e-numero-de-usuarios-no-brasil-chega-a-152-milhoes-e-o-que-aponta-pesquisa-do-cetic-br/#:~:text=do%20Cetic.br,Cresce%20o%20uso%20de%20Internet%20durante%20a%20pandemia%20e%20n%C3%BAmero,aponta%20pesquisa%20do%20Cetic.br&text=O%20Brasil%20tem%20152%20milh%C3%B5es,com%2010%20anos%20ou%20mais.>>. Acesso em: 28 maio. 2022.

EURONEWS. Acesso à internet é um direito humano diz ONU. EURONEWS, 5, jul, 2016. Disponível em: <<https://pt.euronews.com/2016/07/05/acesso-a-internet-e-um-direito-humano-diz-onu>>. Acesso em: 25 maio. 2022.

JOSÉ, Aires, *et al.* **Governo eletrônico e inclusão digital**, Florianópolis, Conceito editorial, 2014.

OLIMPIA, Thamires. **As redes de comunicação no mundo globalizado**. Mundo educação, ano. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/as-redes-comunicacao-no-mundo-globalizado.htm>>. Acesso em: 29 maio. 2022.

PORTAL Senadores. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/151308/>> Acesso em 29 maio. 2022.

PWC, 6, jul. 2022. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/preocupacoes-ceos/mais-temas/2022/o-abismo-digital-no-brasil.html>>

REZENDE, Vevila. **Telecentros.BR: uma análise territorial da inclusão digital face à exclusão social no Brasil**. Brasília, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. A. Inclusão digital, software livre e globalização contrahegemônica. *In*: ____; CASSINO, João. (Org.) Software Livre e Inclusão Digital. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003. p. 29.

SPAGNOLO, G. **Ações concretas de inclusão digital. 2003**. Disponível em: <http://www.softwarelivre.org/news/1438>. Acesso em: 28 maio. 2022.

AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVIDADE NOS CARGOS PRESIDENCIAIS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE A VIOLÊNCIA DE GÊNERO INSTITUCIONAL RECENTE QUE ASSOLA TODO O PAÍS

JÉSSICA MARIA DE LIMA ROCHA:

Advogada. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho de Teresina. Especialização em Direito Público. Pós-graduanda em Advocacia Trabalhista e Previdenciária.

VITÓRIA ANDRESSA LOIOLA DOS SANTOS

(coautora)

RESUMO: A lei brasileira pode dizer com orgulho que a OAB é a entidade mais importante da sociedade civil organizada na luta pela redemocratização do país. Os dirigentes dessas entidades têm a coragem de lutar por eleições diretas, mesmo que defender a causa envolva correr riscos. Contudo, a OAB não é totalmente democrática, percebemos isso quando olhamos para o quadro geral de presidentes que representam-nos, percebendo a ausência de representatividade feminina e racial, surgiu a necessidade de pesquisar a ausência de representatividade feminina nos cargos presidenciais da ordem dos advogados do Brasil. Conforme a metodologia utilizada: pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva, foi possível perceber que a luta pela igualdade dentro da própria instituição que luta por igualdade deve ser contínua.

Palavras chave: representatividade, igualdade, OAB.

ABSTRACT: Brazilian law can proudly say that the OAB is the most important entity of organized civil society in the struggle for the country's redemocratization. The leaders of these entities have the courage to fight for direct elections, even if defending the cause involves taking risks. However, the OAB is not fully democratic, we realize this when we look at the general picture of presidents who represent us, realizing the absence of female and racial representation, the need arose to research the absence of female representation in presidential positions in the bar association from Brazil. According to the methodology used: bibliographic, qualitative and descriptive research, it was possible to perceive that the struggle for equality within the very institution that fights for equality must be continuous.

Keywords: representativeness, equality, OAB.

1. INTRODUÇÃO

O número de mulheres inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil cresceu exponencialmente, chegando a quase 50% do total. Em alguns Estados como Bahia, Espírito Santo, Pará, Rio de Janeiro e Rondônia, esse número já é maior. Embora as imagens femininas estejam fortemente envolvidas na composição do quadro de funcionários da OAB, isso não se reflete no

número de cargos de chefia e de gestão. Hoje, as mulheres estão cada vez mais participando de seus campos de atuação e se tornando protagonistas, buscando inserção e equidade no mercado de trabalho.

Essa postura também impactou a política de classe da OAB e difundiu novas ideias e vozes que ecoaram no processo de defesa resoluta da feminização do direito. A OAB tem assumido uma postura importante e proativa no combate às barreiras estruturais e oportuniza o surgimento de advogadas, valorizando seu trabalho e competências.

Pretende-se com essa pesquisa analisar porque ainda com tanto anos de funcionamento da Ordem dos Advogados no Brasil, existe tão pouca representatividade feminina?

Para isso, a pesquisa contou com uma metodologia de revisão bibliográfica com abordagem de pesquisa qualitativa. Além disso, sob o ponto de vista dos objetivos a pesquisa foi exploratória e descritiva tendo o principal objetivo: analisar o quadro atual de representantes de cargos presidenciais da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. ESPAÇOS OCUPADOS

No atual triênio, não há advogadas em nenhum departamento federal ou na composição do Conselho Federal, e apenas 16 das 81 vagas são ocupadas por mulheres. Desde meados de 2013, a OAB, é pleno o espírito do sistema democrático e garantidor do exercício da cidadania, tem prestado mais atenção à necessidade de promover e criar o espaço feminino por meios eficazes para ocupar posição de liderança no âmbito jurídico e forma livre como forma de promover a igualdade de gênero. No mesmo ano, foi instituída a Comissão Especial da Mulher Advogada - CNMA, com o objetivo de fortalecer a imagem da mulher na sociedade brasileira, especialmente na prática jurídica, respeitar o princípio da igualdade de gênero e estimular a atuação autônoma da advogada em todos os âmbitos.

No ano de 2014, o Conselho Pleno aprovou mudanças no sistema eleitoral da OAB para determinar que a composição das chapas dirigentes conte com, pelo menos, 30% de representação de gênero, oportunizando a participação feminina de forma mais ativa na política da Ordem. Já em 2015, a Comissão, até então provisória, foi transformada em permanente, consolidando o papel institucional da OAB de defesa e valorização das pautas da Mulher Advogada e do pleno e irrestrito exercício profissional sem qualquer discriminação. (REGO e SILVA, 2020).

Recentemente ocorreram novas eleições presidenciais em todo o Brasil para a ocupação dos cargos de presidência das seccionais de cada Estado, o atual cenário pós eleição em todo o Brasil foram de 20 homens eleitos e apenas cinco mulheres, ainda assim, essa eleição de 2021 foi a eleição que mais teve candidatas mulheres eleitas durante toda a história de mais de 90 anos de presidencialismo de OAB no Brasil. Elas ocuparam triênio de 2022 a 2024 nos Estados de São Paulo, Mato Grosso, Bahia e Santa Catarina. Sendo assim, é perceptível que a violência institucional de gênero se faz presente em todos os espaços, principalmente nos espaços de liderança e ou chefia/presidência.

Há, assim, uma urgente necessidade de se recuperar um feminismo institucional diametralmente oposto a uma ordem societária baseada na exploração e opressão, sendo mais do que necessário em tempos tão remotos como que estamos vivendo. O que se extrai de remate é que a luta sólida pelo fim da desigualdade de gênero, de uma forma que aborde as diversas posições sociais das mulheres, também acerta pela confrontação de outras desigualdades como as de raça e classe. (REGO e SILVA, 2020).

É cognoscível que as medidas vêm sendo apresentadas internamente pela OAB, que as portas estão sendo abertas e a luta das mulheres por conquistar o seu espaço já é uma realidade. Mas, sem dúvidas, ainda existem muitas barreiras para superar e avançar e isso requer uma postura cada vez mais firme e proativa da Ordem, promovendo uma mudança de mentalidade e uma maior conscientização de oportunidades. A participação feminina vem sendo ampliada, mas ainda é preciso romper barreiras e superar muitas questões, aumentando o espaço de visibilidade e voz das Mulheres Advogadas, a fim de se alcançar, verdadeiramente, o conceito de uma Ordem plural, democrática e com auto representação.

3. PARTICIPAÇÃO FEMININA

Por essa razão a luta pela participação feminina não pode ser realizada apenas de mulheres, a participação dos homens nessa causa é extremamente relevante. As mulheres ocupam mais da metade da população brasileira e metade dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, porém, a mulher está muito distante de alcançar o mesmo patamar quando se trata de cargos de liderança, gestão e direção.

Quando se analisa a posição da mulher Advogada nos ambientes trabalhistas é perceptível sua posição de coadjuvante, nos quantitativos de cargos ainda ligados aos de secretária. E ainda, quando esta vem a ocupar um cargo de chefia é cobrado quase que diariamente a comprovação de sua competência o que não ocorre com o homem que já tem sua posição firme entendida sem questionamentos.

Em 2014, sob o fulcro do incentivo à participação dos advogados, a OAB nacional implementou uma política de cotas, pelo que o Regulamento 161/14 alterou o artigo 7º do Regulamento 146/11, exigindo que pelo menos 30% das mulheres participassem nas eleições da OAB no lista de candidatos. Não só isso, a fim de buscar aprimoramento, apoio e soluções para os advogados, o Comitê Federal da Ordem dos Advogados do Brasil aprovou o Regulamento nº 164/2015 para editar o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada em 2015, que contém um número de orientações. (COELHO, 2022).

A educação jurídica, direitos humanos da mulher, privilégios e saúde, bem como recomendações de apoio à prática jurídica feminina, são implementadas principalmente pelas Caixas de Assistência dos Advogados, que implementam creches, espaços infantis, assistência à maternidade, espaços de amamentação, cursos específicos e Medicina especializada, todos esses serviços voltados para mulheres. (LEONARDO e TEODORO, 2020)

Além das ações positivas já existentes, é necessário incluir os homens nessa exigência, pois os homens devem ser parte integrante do movimento para incluir as advogadas nas atividades institucionais e no desenvolvimento profissional livre e pacífico, essa inclusão pode vir por exemplo na gestão do novo triênio, onde a nomeação de mulheres em cargos de liderança seja equiparado a nomeação de homens.

4. BAIXA REPRESENTATIVIDADE DA MULHER NA POLÍTICA REFLETE NO QUADRO GERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Segundo o Mapa Mulheres na Política 2019, um relatório da Organização das Nações Unidas e da União Interparlamentar divulgado neste mês, no ranking de representatividade feminina no Parlamento, o Brasil ocupa a posição 134 de 193 países pesquisados, com 15% de participação de mulheres. São 77 deputadas em um total de 513 cadeiras na Câmara, e somente 12 senadoras entre os 81 eleitos. (AGENCIA CÂMARA, 2020).

O Brasil é apenas 149º de um total de 188 países no ranking de mulheres no governo. Apenas 9% do governo de Jair Bolsonaro é representado por mulheres, e apenas dois dos 22 ministros são mulheres. A média mundial é de 20,7%.

Para a deputada Lidis da Mata (PSB-BA), presidente da Comissão de Proteção dos Direitos da Pessoa Idosa, é fundamental uma maior participação das mulheres nas atividades de poder do país. "A primeira é representar verdadeiramente a sociedade brasileira. Somos 52% da população, e não faz sentido se não tivermos pelo menos uma parcela bruta", disse. "Estamos longe de ter uma Câmara dos Deputados que represente a democracia brasileira". (AGENCIA CÂMARA, 2020).

A vice-presidente Benedita da Silva (PT-RJ), presidente do Conselho de Cultura, destacou que, ao ocupar cargos de poder, as delegadas mostraram que as mulheres podem ocupar o cargo que quiserem. Ela comentou: "É importante considerar que a participação de mais mulheres nesta casa é um estímulo para que outras mulheres também entendam que podem estar onde quiserem, principalmente em situações de poder, de tomada de decisão". "Este mundo de poder é muito masculino".

Outras mulheres que presidem a comissão da Câmara neste ano são a deputada Luisa Canziani (PTB-PR), que preside a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, e a professora adjunta Marcivânia (PCdoB-AP), que preside a Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público. Ela será a primeira mulher a presidir a comissão e a terceira em número de itens na Câmara.

Segundo a suplente de secretária na Mesa Diretora, a deputada Geovania de Sá (PSDB-SC) disse que as mulheres estão ocupando os cargos de poder da Casa, mas lentamente e com muito esforço. "Nós, as 77 deputadas, lutamos muito realmente para atingir os principais cargos de poder da Câmara federal", disse. "Hoje estamos com duas mulheres na Mesa Diretora, inclusive presidindo muitas sessões. A passos lentos as conquistas estão vindo", complementou. "É importante estarmos juntas para construir as políticas públicas, montarmos pautas para o País". (AGENCIA CÂMARA, 2020).

Para Dora Cavalcanti (2022) A pauta da equidade de gênero é, na mesma medida, tão urgente quanto necessária; ainda mais quando inserida no contexto institucional. Nos últimos anos, a bandeira vem ganhando força e tem conquistado vitórias importantes. Para nós, mulheres, pedir paridade de representatividade é atestar o óbvio, porém, para muitos e em muitos espaços essa realidade é ainda distante. Como pode uma instituição sedimentada sob os pilares da democracia passar ao largo da representatividade na composição de seu núcleo diretivo? Não há de se ignorar, por certo, a fundamental vocação de militância democrática exercido pela OAB ao longo dos anos, em especial no processo de construção da Constituição cidadã de 1988. Contudo, num momento em que o país conta apenas com duas mulheres em seus Ministérios, a Ordem dos Advogados do Brasil deve ser espaço de resistência em todos os aspectos.

Falar de igualdade entre os representantes da diretoria da OAB não significa excluir brancos e heterossexuais. Isso significa ouvir os mais de 600 mil advogados e advogadas brasileiros que estão aqui, deixando para trás velhos preconceitos.

5. CONCLUSÃO

Os objetivos da pesquisa foram delimitados de acordo com a análise dos casos, especificamente com a análise dos quadros da ordem dos advogados do Brasil, analisando em cada Estado as respectivas representações presidenciais. A metodologia da pesquisa foi de natureza exploratória, descritiva e qualitativa.

Sendo assim, esse artigo teve por objetivo a análise da violência política institucional presente nos quadros da OAB que se inicia na nomeação dos cargos de liderança ocupados majoritariamente por homens e se estende até a ausência de candidatura de mulheres presidentes, pois essas passam a assumir quando muito a vaga de vice presidente durante a campanha.

As principais contribuições teóricas e práticas dessa pesquisa para a região da América Latina se mostra na necessidade de escancarar que no Brasil ainda precisa desenvolver diferentes tipos de fomentos de apoio a mulher na política, seja ela executiva, legislativa ou a política de classe como é o caso da ordem dos advogados do Brasil.

Essa pesquisa buscou ainda cobrar dos quadros da OAB a efetiva atuação na realização de políticas públicas de enfrentamento a violência institucional de gênero e na aplicação da paridade real de gênero, deve ser realizado o envolvimento da mulher advogada nas atividades institucionais e profissionais na advocacia, já que essas ocupam mais da metade das inscrições na Ordem dos Advogados do Brasil.

De forma parcial, os resultados da pesquisa indicam uma luta feminina que não é apenas pela democracia plena, é também visando melhorar a legitimidade da representação legal, que em primeiro lugar depende da garantia de participação igualitária de advogadas e advogados. Foi alcançado o estabelecimento de uma cota de gênero de 30% nesses quadros e agora é necessário dar um passo adiante e garantir que os cargos da OAB sejam compartilhados igualmente por

advogados e advogadas na gestão de nossas entidades de classe. Essa exigência é respeitar o espaço de fala que todos podem ocupar.

Conforme já mencionado somente 4 Estados de todo o Brasil elegeram mulheres para seus cargos presidenciais, o que mostra um total descaso e ausência de representatividade. É necessário tornar a lei mais envolvida no processo eleitoral das entidades e reduzir as abstenções nas eleições para aumentar a legitimidade da representação. Não podemos ficar e indiferentes a essas diretrizes e exigências. Precisamos de coragem para defender a democracia plena e maior legitimidade, pois a democracia só é efetiva se houver representatividade.

O papel das mulheres na política e no judiciário é principalmente uma questão de representação. Enquanto as mulheres não ocuparem esses e outros espaços de poder, o Brasil não mudará e se tornará um país mais injusto e violento.

REFERÊNCIAS

AGENCIA CÂMARA. **Baixa representatividade de brasileiras na política se reflete na Câmara.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/337785/a-imprescindibilidade-de-https://www.camara.leg.br/noticias/554554-baixa-representatividade-de-brasileiras-na-politica-se-reflete-na-camara/>. Acesso em 30 Ago. 2022.

CAVALCANTE, Dora. **A imprescindibilidade de mulheres nos altos cargos da OAB.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/337785/a-imprescindibilidade-de-mulheres-nos-altos-cargos-da-oab>. Acesso em 30 Ago. 2022.

COELHO, Gabriela. **Ministra do TSE alerta para falta de advogadas nas campanhas presidenciais.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/ministra-do-tse-alerta-para-falta-de-advogadas-nas-campanhas-presidenciais/>. Acesso em 30 Ago. 2022.

LEONARDO e TEORDORO. **Por uma OAB democrática e inclusiva** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-27/leonardo-teodoro-democracia-representatividade-oab>. Acesso em 30 Ago. 2022.

RÊGO e SILVA. **A incompatibilidade entre a participação e a representatividade feminina na OAB.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332525/a-incompatibilidade-entre-a-participacao-e-a-representatividade-feminina-na-oab>. Acesso em 30 Ago. 2022.

A INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS E A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR FRENTE À AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES NA REFORMA TRABALHISTA

MARIA EDUARDA MOREIRA DE MEDEIROS:

Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito – EPD/SP. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Membro da Comissão de Seguridade Social da OAB/PE. Membro da Associação dos Advogados Previdenciaristas de Pernambuco – AAPREV. Advogada no Coelho e Dalle Advogados.

Resumo: A Reforma Trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/2017 ampliou a flexibilização das normas trabalhistas, diante da autonomia da vontade. O negociado sobre o legislado foi a expressão máxima dessa autonomia, visto que autoriza a renúncia de direito e torna disponíveis direitos que deveriam ser indisponíveis absolutamente. Acontece que, a indisponibilidade das normas trabalhistas visa proteger o obreiro para que este não renuncie os seus direitos assegurados por lei. Desta forma, iremos analisar a relação da ordem pública do direito do trabalho com a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, a dicotomia entre o princípio da proteção ao trabalhador e a autonomia da vontade das partes na Reforma Trabalhista e as tendências de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Palavras-chave: Direitos indisponíveis. Proteção do trabalhador. Autonomia da vontade. Reforma Trabalhista.

Abstract: The Labor Reform introduced by Law nº 13,467/2017 expanded the flexibility of labor standards, given the autonomy of will. The negotiated over the legislated was the maximum expression of this autonomy, since it authorizes the waiver of rights and makes available rights that should be absolutely unavailable. It turns out that the unavailability of labor standards aims to protect the worker so that he does not renounce his rights guaranteed by law. In this way, we will analyze the relationship between the public order of labor law and the unavailability of labor rights, the dichotomy between the principle of worker protection and the autonomy of the parties in the Labor Reform and the trends of flexibilization of labor rights.

Keywords: Unavailable rights. Worker protection. Autonomy of the will. Labor Reform.

1.Introdução

É certo que o trabalho e as relações dele advindas sofreram inúmeras transformações econômicas e sociais ao longo da história, causando inúmeras modificações no direito do trabalho, em especial.

A Revolução Industrial pode ser citada como um movimento que deu origem a fortes mudanças nas relações de trabalho, pois foi um período de grande desigualdade social, onde os trabalhadores lutavam por melhores condições de trabalho, uma vez que eram submetidos a condições degradantes de labor e estavam totalmente submetidos ao poder dos empregadores, os donos dos meios de produção, que detinham o poder econômico e diretivo.

Assim, a fim de alcançar um equilíbrio e uma igualdade na relação entre o empregado e o empregador, viu-se a necessidade de uma intervenção estatal para garantir os direitos dos trabalhadores, ganhando o direito do trabalho um caráter protecionista, visando a igualdade das relações de trabalho e garantia dos direitos fundamentais do trabalhador. Assim, o princípio de maior relevância na estrutura do direito do trabalho é o princípio da proteção do trabalhador, parte hipossuficiente na relação.

De igual forma, a indisponibilidade das normas trabalhistas visa proteger o obreiro para que este não renuncie os seus direitos assegurados por lei.

No entanto, tendo por base esses dois princípios, se faz necessário uma análise sobre as mudanças advindas com a Reforma Trabalhista, regulamentada pela Lei nº 13.467/2017, principalmente no que tange à prevalência da autonomia da vontade, com expressão máxima no negociado sobre o legislado, que se traduz em uma flexibilização dos direitos trabalhistas.

As alterações promovidas na Consolidação das Leis Trabalhistas contrariam os princípios da proteção e da indisponibilidade dos direitos, de forma a priorizar a autonomia da vontade, ainda que contrarie a lei e seja prejudicial ao trabalhador. Neste sentido, o presente trabalho busca demonstrar as contradições e os impactos que essas inovações legislativas trouxeram para as relações do trabalho.

Desta forma, em um primeiro momento será abordada a relação da ordem pública do direito do trabalho com a indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Em um segundo momento busca-se analisar a dicotomia entre o princípio da proteção ao trabalhador e a autonomia da vontade das partes na Reforma Trabalhista, especialmente no que tange à valorização do negociado sobre o legislado, que trouxe tendências de flexibilização dos direitos trabalhistas.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo, pois o trabalho parte da ideia geral de proteção social por meio dos princípios fundamentais à proteção do trabalhador. O estudo desenvolve-se a partir da pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinas, artigos científicos, internet, etc. Assim, a reflexão do tema mostra-se necessária para pensar quais os limites e critérios para a aplicação da prevalência da autonomia da vontade nas relações trabalhistas.

2.A Ordem Pública e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

A ordem pública visa resguardar as regras, valores e princípios fundamentais de cada ordenamento jurídico, não podendo ser afastados no exercício da função jurisdicional do Estado ou da autonomia da vontade das partes, em obediência às transformações da sociedade.

Neste sentido, a definição de ordem pública é controversa e complexa em razão da sua variação no tempo e no espaço, tendo desdobramentos em diversas disciplinas jurídicas sob diferentes enfoques para melhor atender às particularidades de cada vertente.

Alguns doutrinadores focaram na natureza pública ou privada do interesse em jogo, sendo a ordem pública a de utilidade coletiva ou geral; o oposto da ordem privada, que envolve apenas o interesse singular do indivíduo. Outros relacionaram a ordem pública com as regras ou valores que compõem o substrato essencial de um determinado sistema jurídico. Nesse sentido, eles seriam os fundamentos da organização social e do sistema jurídico gerado por uma dada sociedade. Outros, os mais numerosos, apontaram sua instrumentalidade, para identificá-la com a eficácia especialmente imperativa de certas normas, que se impõe como limite contra a autonomia da vontade dos indivíduos.¹⁵⁰

Mario Garmendia define ordem pública como sendo o conjunto de valores da vida que, devido à importância especial que assumem em um determinado estágio da evolução social, tornam-se parte da consciência jurídica coletiva e se tornam objetos de proteção privilegiada por parte da lei.¹⁵¹

É certo que a ordem pública é dinâmica e mutável, posto que suas características são adaptáveis às tendências contemporâneas sociais, políticas, econômicas, culturais e morais. Esse recurso é variável na medida em que atende à diversas particularidades como por exemplo na imposição de limites à autonomia e vontade dos indivíduos, na chamada indisponibilidade absoluta, ou até mesmo a relativização dessa autonomia, na indisponibilidade relativa muito presente no campo do Direito do Trabalho.

Em alguns casos, consistirá na imposição de limites intransponíveis à vontade dos indivíduos (por exemplo: indisponibilidade absoluta, imperatividade, inderrogabilidade ou eficácia particularmente imperativa das regras). Em outros, ele se manifestará como uma indisponibilidade relativa (típica da chamada ordem pública social), ou como aplicação imediata de certas normas (ou mesmo sua retroatividade), ou como imposição de limites na eventual aplicação de normas estrangeiras ou sob a forma de proteção legal automática, que visa proteger certos valores fundamentais, mesmo na ausência de regulamentos legais explícitos.¹⁵²

Verificada a dificuldade em conceituar a ordem pública, visto que modificada pelo tempo e em cada sociedade, incumbirá ao julgador, no momento da aplicação do direito ao caso concreto, ficar atento à ordem pública contemporânea, em obediência às regras, valores e princípios

150 GARMENDIA ARIGÓN, Mario. A noção de ordem pública social. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, v. 3, p. 2, 2020.

151 GARMENDIA, Mario. **Orden público y Derecho del Trabajo**, 2. ed. La Ley Uruguay: 2016, p. 74.

152 GARMENDIA ARIGÓN, Mario. A noção de ordem pública social. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, v. 3, p. 1-26, 2020.

fundamentais, afastando qualquer aplicação de normas contrárias a esses institutos. É por isso que a ordem pública vai atuar na limitação da autonomia da vontade das partes.

Neste sentido, vale ressaltar que o marco histórico da mutação da ordem pública foi a partir do surgimento da legislação industrial, em razão do avanço posterior da intervenção do Estado para disciplinar a economia de mercado, sob o argumento de uma proteção ao trabalhador. Havia um desequilíbrio de forças entre as partes no meio de uma ilusão de concepção de liberdade, pelo qual a intervenção estatal procurou combater.

Neste ponto, pode-se observar que a legislação industrial teve em sua essência a limitação da autonomia da vontade como uma forma de conter a desigualdade, principalmente econômica e hierárquica do empregador. Esse imperativo deu ensejo ao progresso dos direitos trabalhistas indisponíveis, à luz da proteção ao trabalhador e da identificação da noção de ordem pública social.

A ordem pública social foi denominada pela doutrina francesa como sendo aquela de caráter público que admite modificação pela convenção entre as partes. Alain Supiot atribuiu esse conceito às normas trabalhistas:

En el derecho común, se distinguen las leyes imperativas, que definen las reglas de orden público que no pueden dejar de ser respetadas por las convenciones particulares, y las leyes supletórias, que solamente se aplican em caso de ausência de estipulaciones contrarias. La mayoría de las leyes em derecho del trabajo dependen de una categoria intermedia, la del orden público social.¹⁵³

O Direito do Trabalho pauta-se no equilíbrio entre as partes, visto que suas normas surgiram sob a finalidade de disciplinar a relação entre os desiguais por meio de regras que visam à proteção dos hipossuficientes. Por isso, havia uma ideia inicial de que os direitos dos empregados seriam totalmente irrenunciáveis, pois oriundos de normas de ordem pública, sendo marcado pelo interesse do Estado.

Tende-se a identificar a ordem pública com algumas noções, tais como “imperatividade, intangibilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade”. Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, a indisponibilidade, enquanto característica de um direito, abrange tanto “a intransmissibilidade (impossibilidade de modificação subjetiva, gratuita ou onerosa – inalienabilidade) quanto à irrenunciabilidade (impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva de abandono do direito)”¹⁵⁴

Ou seja, entende-se que, sendo indisponível, um direito vai ser imune a qualquer pretensão de alteração de sua titularidade e, mesmo sendo da vontade do titular, é vedada a sua alienação. O titular não poderá abdicar do seu direito. É neste sentido que muitos autores afirmam

153 SUPIOT, A. El derecho del trabajo. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p.40.

154 GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

que no ramo do Direito do Trabalho as normas são de ordem pública, de forma que as partes não podem dispor diferentemente daquilo que foi determinado pelo legislador.

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas pode ser verificada em três dispositivos legais na própria CLT: os artigos 9º, 444º e 468º caput.

Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (Grifos acrescidos)

Em suma, o legislador estabelece que qualquer ato de vontade que ofenda o estatuto mínimo de proteção ao trabalhador, inclusive quando for resultado de acordo de vontade entre as duas partes da relação de emprego, será inválido, as cláusulas serão nulas de pleno direito.

A questão é tão controversa que alguns doutrinadores entendem que o artigo 9º da CLT, transcrito acima, não dispõe sobre direitos indisponíveis, mas sim sobre a limitação do poder potestativo do empregador que tende a inviabilizar os direitos trabalhistas.

No entanto, quando parte para a análise do ordenamento jurídico contemporâneo e do campo da prática trabalhista, é incontroverso que nem todos os direitos trabalhistas são absolutamente indisponíveis. Maurício Godinho Delgado faz a distinção entre a indisponibilidade absoluta e a indisponibilidade relativa de alguns direitos:

Um direito trabalhista será absolutamente indisponível quando for objeto de uma proteção de ordem pública, por “por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em dado momento histórico”; será caracterizado por uma indisponibilidade relativa, por outro lado, quando o direito laboral representar “um interesse individual ou bilateral simples”, sem traduzir o mencionado “patamar civilizatório mínimo”¹⁵⁵

155 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 232

São absolutamente indisponíveis os direitos que garantem um patamar civilizatório mínimo, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e ao conceito de trabalho decente, e que, portanto, não podem ser flexibilizados. Como exemplo, podem ser citados os direitos sociais e fundamentais que visam conceder um valor social, mínimo necessário, para que todo trabalho seja digno:

- (i) direitos da personalidade do trabalhador, como os relativos à integridade física, psíquica e moral;
- (ii) direitos da proteção da saúde do trabalhador, já que todos tem direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável;
- (iii) direitos relativos à anotação do contrato de trabalho na carteira profissional, pois atraem diretamente o interesse público em virtude das consequências previdenciárias e tributárias e também por estarem diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Então, seria razoável concluir que não poderia estabelecer, em negociações coletivas, cláusulas que atentem contra o patamar civilizatório mínimo, não podendo flexibilizar direitos considerados absolutamente indisponíveis. No entanto, atualmente, podemos encontrar um problema do negociado que prevalece sobre o legislado.

Importante ressaltar o que já dizia Mario Garmendia, na sua obra “Ordem Pública e Direito do Trabalho”:

Direito do Trabalho é o claro exemplo de uma disciplina em que a proteção dos valores contidos na ideia da ordem pública adquire dimensão distinta da tradicionalmente utilizada, já que a clássica indisponibilidade absoluta sofre correções que a relativizam, ao admitir determinadas margens para a eficácia negocial.¹⁵⁶

Os direitos indisponíveis começam a sofrer uma mitigação quando se trata de direitos patrimoniais do trabalhador oriundos do contrato de trabalho. A disponibilidade de tais direitos, atrelados à expressão econômica, podem, inclusive, admitir composição, transação e até renúncia. Por exemplo, não existe pactuação de contrato de trabalho sem o pagamento da prestação salarial. Desta forma, o empregado não pode deixar de receber o seu salário, mas pode ceder parte dele, retendo na folha de salários, para pagamento de um empréstimo consignado.

Essa indisponibilidade relativa é muito comum no Direito do Trabalho, onde são admitidos espaços nos quais é possível que as partes se gerenciem em termos de autonomia da vontade. São situações em que o próprio sistema jurídico considera que o respeito pela referida margem para a implantação da autonomia da vontade é compatível e necessário para a melhor e mais saudável proteção dos valores em jogo. Por esse motivo, apontou-se que o conceito de ordem pública não

156 GARMENDIA ARIGÓN, M. Ordem Pública e Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr, 2004, p. 21

é automático, nem pode ser aplicado rigidamente em todos os casos como um limite à liberdade de contratar.¹⁵⁷

Neste sentido, importante elencar alguns problemas relacionados à indisponibilidade dos direitos, que os relativiza.

Primeiro, o direito das férias. Em tese, o trabalhador não pode renunciar a seu direito de férias, pois é norma de proteção à saúde do empregado, que protege o seu descanso anual. No entanto, antes mesmo do advento da Lei da Reforma Trabalhista, a CLT já possibilitava que o trabalhador vendesse parte de suas férias, o chamado "abono de férias". A partir do Decreto-Lei nº 1535/1977 passou a existir a possibilidade de o empregado requerer ao seu empregador a conversão em dinheiro de 1/3 de suas férias anuais.

Segundo, a transação de direitos indisponíveis. É muito comum verificar a possibilidade de transação sobre o *quantum* do direito a alimentos, negociações que envolvem o meio ambiente, acordos firmados na fase de execução quando o trabalhador já tem certeza do seu direito, acordos homologados com quitação geral do contrato de trabalho mesmo quando as doenças do trabalhador guardam nexos causal com as atividades desempenhadas na empresa e se manifestam após a homologação do acordo.

Neste ponto, vale ressaltar o Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada do artigo 477-B da CLT¹⁵⁸. Esse dispositivo regulamenta um modo de rescisão contratual através de um acordo estabelecido entre empregado e empregador, sob o qual é paga ao trabalhador uma indenização compensatória como incentivo ao desligamento, ao passo em que são quitados todos os direitos advindos da relação de trabalho, não podendo o empregado reclamar quaisquer direitos ainda que violados.

Terceiro, o instituto da prescrição do artigo 11 da CLT¹⁵⁹. A própria lei relativiza o direito indisponível quando dispõe sobre a prescrição, pois a partir do momento em que o trabalhador

157 LANFRANCHI, César. La noción de orden público en Derecho del Trabajo, en rev. argentina Derecho del Trabajo, T. XX, Buenos Aires, 1960, p. 158.

158 Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

159 Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998)

§ 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

não utiliza o seu direito de ação naquele tempo previsto, não poderá mais vir a reclamar os direitos violados no Judiciário, exceto o direito à anotação do contrato de trabalho do empregado em sua carteira profissional.

Quarto, o problema relacionado à confissão. O Código de Processo Civil rejeita a ideia de confissão em relação aos direitos indisponíveis, expresso no artigo 392 do CPC160. No entanto, o artigo 844 da CLT161 prevê o arquivamento da ação como única consequência da ausência do trabalhador à audiência, mas o empregado também pode figurar como réu em ação na Justiça do Trabalho, como se observa, por exemplo, na consignação em pagamento e no inquérito para apuração de falta grave.

Somado à este fato, tem que Tribunal Superior do Trabalho editou súmula em sentido francamente contrário (TST, Súmula 74, I162), admitindo a pena de confissão à parte que expressamente intimada deixa de comparecer à audiência na qual deveria prestar depoimento. Outra controvérsia está diante da Súmula nº 9 do TST163 que confirma que a ausência do reclamante na audiência de prosseguimento, quando cindida a audiência UNA, não implicará no arquivamento da demanda, como determina o artigo 844 da CLT.

Evidentemente, se o direito material discutido no processo trabalhista fosse plenamente indisponível essa confissão não teria como incidir.

Neste contexto, verifica-se que há uma certa compatibilidade entre a ordem pública e a disponibilidade, quando estamos tratando de direitos patrimoniais trabalhistas. É certo que os direitos trabalhistas foram conquistados com muita luta, havendo necessidade da proteção dos trabalhadores, e o instrumento de flexibilização das normas deve ser utilizado quando os interesses do empregado e empregador forem concretos, como por exemplo a diminuição de certos direitos do trabalhador em favor da sua manutenção no emprego, não podendo somente o lado hipossuficiente abrir mão de seus direitos sem qualquer fundamentação. Há entendimento de que

§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.

160 Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

161 Art. 844. O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

162 Súmula nº 74 do TST.CONFISSÃO. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016.I - Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

163 Súmula nº 9 do TST. AUSÊNCIA DO RECLAMANTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A ausência do reclamante, quando adiada a instrução após contestada a ação em audiência, não importa arquivamento do processo.

a flexibilização das normas trabalhistas sejam um retrocesso histórico, uma vez que diminuiria direitos fundamentais conquistados pelos trabalhadores.¹⁶⁴

É cediço que o princípio da proteção ao trabalhador norteia os direitos dos trabalhadores, limita a flexibilização das normas e garante a inviolabilidade dos direitos fundamentais. No entanto, é necessário fazer uma reflexão acerca das mudanças advindas pela Reforma Trabalhista com ênfase em alguns aspectos que envolvem a autonomia da vontade na prevalência do negociado sobre o legislado.

3.A dicotomia entre o princípio da proteção ao trabalhador e a autonomia da vontade das partes.

Na relação empregatícia, de um modo geral, o empregado é a parte hipossuficiente da relação, o sujeito mais frágil, enquanto que o empregador detém do poder econômico e diretivo, gozando de uma posição mais privilegiada no contrato de trabalho pactuado. Neste sentido, surgiu o princípio da proteção ao trabalhador, sob o fito de buscar a igualdade de condições entre empregado e empregador, garantindo um mínimo existencial ao obreiro na relação de emprego.

O princípio da proteção é inspirador no Direito do Trabalho, pois tenda reduzir a posição de vulnerabilidade do trabalhador e busca a igualdade das partes. Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite:

O princípio da proteção processual, portanto, deriva da própria razão de ser do processo do trabalho, o qual foi concebido para efetivar os direitos materiais reconhecidos pelo Direito do Trabalho, sendo esse ramo da árvore jurídica criado exatamente para compensar ou reduzir a desigualdade real existente entre empregado e empregador, naturais litigantes do processo laboral.¹⁶⁵

O princípio da proteção surgiu com o escopo de conferir ao trabalhador, considerado o polo mais fraco da relação laboral, isto é, parte hipossuficiente, uma superioridade jurídica, lhe garantindo direitos mínimos a fim de equilibrar a relação entre empregado e empregador, uma vez que em comparação a este, o obreiro está em desvantagem de poder socioeconômico.¹⁶⁶

Mauro Schiavi conceitua o princípio da proteção como o princípio da igualdade substancial nas partes do processo trabalhista, pois esse representa um remédio para o desequilíbrio existente entre as partes litigantes, sustentado no art. 5º, caput e inciso XXXV, da

164 COSTA, Natasha Mirella Melo; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Flexibilização das normas trabalhistas e seus aspectos positivos e negativos. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 6ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2016). p. 381.

165 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 108.

166 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 192-193.

Constituição Federal, no qual o julgador deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.¹⁶⁷

É possível destacar três desdobramentos desse princípio: o *in dubio pro operario*, a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica ao trabalhador.

Havendo mais de uma interpretação de uma única norma, deverá ser adotada a que seja mais vantajosa ao trabalhador. É o que diz o *in dubio pro operário*. É diferente da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador pois, para essa, existe mais de uma norma a ser aplicada no caso, devendo ser escolhida a que for mais favorável ao obreiro, enquanto que no *in dubio pro operário* apenas existe uma norma com diferentes interpretações.

Neste ponto, vale transcrever a lição de Sérgio Pinto Martins:

A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras: a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. [...] c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador.¹⁶⁸

A condição mais benéfica estabelece que as condições pactuadas no contrato de trabalho não podem ser modificadas para prejudicar o trabalhador, restando garantidas as vantagens já adquiridas, que não devem ser suprimidas ou reduzidas.

No entanto, não obstante o princípio da proteção ser desdobrado nessas três vertentes, a sua abrangência vai além, estendida a todo o campo do Direito do Trabalho, norteador os poderes Legislativo e Judiciário, na elaboração de normas e na solução de litígios envolvendo o empregador e o obreiro.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado: “Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado”.¹⁶⁹

Essas vertentes servirão como base para resolver e interpretar o problema do negociado sobre o legislado advindo com a Reforma Trabalhista. Posto que, o princípio da proteção ao

167 SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 126.

168 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 69 e 70.

169 DELGADO, Maurício 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. p. 234.

trabalhador é o norteador dos direitos trabalhistas e limitador na questão da flexibilização das normas, visando proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Carla Romar explica que o impacto à regra da proteção ao trabalhador, após a Reforma Trabalhista, se dá em razão da ampliação da autonomia individual e da validação das pactuações decorrentes de acordo direto entre empregado e empregador, sendo essas negociações consideradas válidas em relação aos direitos indicados no artigo 611-A da CLT170.

Ainda, afirma que a Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017 ampliou a flexibilização no Brasil, afirmando a autonomia da vontade coletiva e restringindo a intervenção da Justiça do Trabalho na negociação coletiva (art. 8º, § 3º, e art. 611-A, § 1º, CLT), prevendo expressamente a prevalência do negociado sobre a lei em relação às matérias que enumera (art. 611-A, CLT) e reconhecendo que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho (art. 620, CLT)171.

Vólia Bonfim elucida que, com a Lei nº 13.467/2017, houve a inversão nos princípios do Direito do Trabalho, supressão de regras favoráveis ao trabalhador, posto que prioriza a norma menos favorável ao empregado, valoriza a livre autonomia da vontade, prevê a prevalência no negociado ao legislado para reduzir e comprimir direitos trabalhistas, valoriza a imprevisibilidade do trabalho, a liberdade de ajuste e exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito do trabalho. Ainda, afirma que liberdade e a autonomia na declaração de vontade do trabalhador antes, durante e depois da vigência da relação de emprego é o fio condutor da validade dos ajustes efetuados entre empregado e patrão. A Lei nº 13.467/2017 prestigia a negociação individual e coletiva entre as partes sobre os direitos previstos em lei, permitindo que o negociado prevaleça sobre o legislado, pois parte da falsa premissa de que o trabalhador quer livremente abrir mão de seus direitos, ignorando sua vulnerabilidade jurídica. Também autoriza renúncia de direito e torna disponíveis direitos que deveriam ser indisponíveis.172.

É incontroverso que as inovações trazidas pela Reforma Trabalhista aumentaram consideravelmente a autonomia da vontade, ainda que o trabalhador seja prejudicado em eventual direito acordado, em uma clara dicotomia com o princípio da proteção do trabalhador

Considerando o papel norteador deste princípio, é necessária uma reflexão acerca das mudanças advindas com a Reforma Trabalhista, regulamentada pela Lei nº 13.467/2017, especialmente no que tange a prevalência da autonomia da vontade, prevalecendo o negociado sobre o legislado.

170 ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo, SP. Saraiva Educação, 2018, p. 68.

171 ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo, SP. Saraiva Educação, 2018, p. 118.

172 CASSAR, Vólia Bonfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. Revista Magister de direito do trabalho. V.14, n. 79, p. 5-20. Jul/ago, 2017.

4.A valorização do negociado sobre o legislado na Reforma Trabalhista: a flexibilização dos direitos trabalhistas a partir da análise do artigo 611 da CLT.

É certo que o trabalho e as relações dele advindas sofreram inúmeras transformações ao longo da história, de forma que se pode observar tendências de flexibilizações atuais, com normas e modelos menos rígidos.

O direito do trabalho surgiu como uma reação aos trabalhadores frente ao poderio econômico dos donos dos meios de produção e a ausência de proteção jurídica nas relações de emprego, fatores que fizeram os obreiros notarem que cada um isoladamente não detinha força face o capital dos empregadores e por isso deveriam se unir em busca de instrumentos de proteção e melhores condições de trabalho.¹⁷³

No entanto, Vólia Bonfim afirma que "Atualmente, o mundo passa por uma crise nas relações de trabalho, crise provocada pelas mudanças geradas pelo processo de globalização, robótica, desemprego em massa e a mundialização da economia".¹⁷⁴

Historicamente, flexibilização começou a ser permitida a partir da Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, VI, XIII e XIV, onde permitiu que algumas de suas normas fossem flexibilizadas, especificamente, por meio de negociação coletiva, redução salarial, compensação de jornada de trabalho e fixação de jornada diferenciada para os turnos ininterruptos de revezamento.

No âmbito da proteção coletiva do trabalhador, a Constituição Federal previu o princípio da liberdade sindical, estabelecendo que aos sindicatos cabe a defesa da categoria profissional que representa, lhe atribuindo poder de igual em semelhança de poder com o empregador. Foi vedado ao Poder Público a interferência na organização sindical.

Doravante, houve o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, cujo artigo 7º, inciso XXVI da CF/88 dispõe que "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;".

Portanto, percebe-se que a Constituição Federal pressupõe que a vontade das partes na relação é o que define as condições do trabalho, atribuindo às negociações coletivas força de lei, sem qualquer intervenção de terceiro. O reconhecimento das negociações coletivas atribuiu uma maior igualdade entre os empregados, permitindo a composição de direitos de forma mais justa. No entanto, permitiu a flexibilização de normas trabalhistas como por exemplo a irredutibilidade do salário, salvo disposto em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

173 OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Competência ambiental para a negociação coletiva: pressupostos para o desenvolvimento humano e para a ressignificação do direito do trabalho. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n. 2, 2016, p. 97.

174 CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho: de acordo com Reforma Trabalhista Lei 13.467/2017*. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 35.

Ou seja, a Lei 13.467/2017 alterou diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo uma nova configuração para as relações de trabalho que permitem a flexibilização da proteção dos direitos trabalhistas e da natureza de indisponibilidade desses direitos.

O artigo 611-A é a expressão da definição de que o negociado prevalece sobre o legislado:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Percebe-se que o artigo acima transcrito traz uma maior flexibilização dos direitos trabalhistas que podem ser modificados via negociação coletiva, até mesmo em sobreposição à lei. Pela simples leitura dos incisos, constata-se que os interesses do trabalhador podem ser colocados em xeque, pois as flexibilizações impostas não limitam a atuação empresarial, que detém do poder econômico e diretivo.

Direitos constitucionalmente assegurados podem ser suprimidos. Como por exemplo o intervalo intrajornada. O intervalo é uma forma de assegurar o descanso do obreiro, solução que visa afastar a fadiga e a possibilidade de acidentes de trabalho, e por isso nos trabalhos diários superiores a 6 horas, o intervalo intrajornada mínimo é de 1 hora. O objetivo principal do intervalo intrajornada consistia na proteção da saúde e segurança do trabalhador durante a sua jornada de trabalho. Sobre esse enfoque, o intervalo está diretamente ligado à proteção da pessoa humana, garantia expressamente prevista na Constituição Federal.

No entanto, por meio do inciso III do artigo 611-A, será viável, por meio de negociação coletiva, a redução desse intervalo para 30 minutos em jornadas superiores a 6 horas diárias, comprometendo o direito de desconexão do obreiro cuja finalidade é a recuperação física e mental despendidas com o labor.

O próprio TST já tinha formulado a Súmula nº 437/175 afirmando não ser possível a redução do intervalo intrajornada pois haveria a ofensa à saúde, higiene e segurança do trabalho. Neste sentido, a redução ou a supressão do intervalo intrajornada consistiria em ofensa à uma norma de ordem pública, irrenunciável em sua origem.

175 Súmula nº 437 do TST

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inenunciável à negociação coletiva.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV - Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput e § 4º da CLT.

Afirmar que o intervalo intrajornada não consiste em uma regra de proteção à saúde e à segurança no trabalho torna-se absolutamente ilógica e desarrazoada.

Outro exemplo, a possibilidade de redução do salário abaixo do mínimo legal, com a redução dos ganhos mensais e consequente redução do FGTS, 13º salário, entre outros benefícios. Só basta que o Sindicato dos trabalhadores aceite essa condição, de maneira a ferir a dignidade do trabalhador.

No mesmo sentido, se tem o enquadramento do grau de insalubridade e a prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. A Norma Regulamentadora NR-15 traz os limites de tolerância à exposição ao grau de insalubridade de um empregado, visto que prejudicial à saúde. No entanto, por meio dos incisos XII e XIII, os direitos dos trabalhadores em relação ao percentual ganho à título de adicional de insalubridade pode ser reduzido, além de ofender a saúde do empregado pela exposição maior em ambientes nocivos, submetendo-o a condições degradantes. Esses incisos contrariam o parágrafo único do artigo 611-B que proíbe a negociação coletiva sobre direitos que visam à segurança, higidez e saúde do trabalhador.

Como já destacado, as questões ligadas à saúde do empregado são de indisponibilidade absoluta e não podem ser renunciadas, principalmente via negociação coletiva. Afinal, estão “imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional”¹⁷⁶.

As possibilidades de negociações inseridas no artigo 611-A da CLT ferem a dignidade da pessoa humana. Segundo Noemia Reis Martins de Mendonça:

É visível que direitos trabalhistas podem ser profundamente afetados nas futuras negociações ou acordos, pois os incisos do artigo 611-A trata de pontos sensíveis para os trabalhadores, tais como: jornada de trabalho, intervalo de descanso, regime de trabalho, insalubridade, descanso semanal, remuneração entre outros. Assim, ao analisar de forma global o presente artigo, concluímos que este vem a ferir, na sua essência, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, o caput, inicialmente, nos remete a entender que apenas o princípio da legalidade ou da reserva legal está sendo afrontado, mas, ao nos deslocarmos para os incisos do artigo

176 DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 138. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwizrbOHq4v0AhULqpUCHZY3BEQQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresour%2Fview.php%3Fid%3D3215998&usg=AOvVaw3RkCI3SvtWLKLNz9OUeIU> Acesso em: 08 de novembro de 2021.

encontramos as mais variadas possibilidades de transgressões ao trabalhador.¹⁷⁷

A Reforma Trabalhista deu destaque ao princípio da intervenção mínima do Estado na autonomia da vontade, enfraquecendo o princípio da proteção. Verifica-se essa premissa por meio do parágrafo 3º do artigo 8º:

Art. 8º [...]

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (BRASIL. Lei nº 13.467, 2017).

Para Vólia Bonfim, o artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, acrescido pela Lei nº 13.467/2017, dificultou ao máximo a intervenção do Judiciário na análise das cláusulas contidas nas convenções e acordos coletivos, limitando as hipóteses de nulidade. Adotou como o princípio a intervenção mínima (do Judiciário) na autonomia da vontade coletiva, dando maior segurança às convenções coletivas e acordos coletivos e liberdade (poder) aos seres coletivos. Isto está refletido tanto no parágrafo 3º do artigo 8º, como no artigo 611-A da CLT. A verdadeira intenção do parágrafo 3º do artigo 8º da CLT foi a de impedir ou dificultar, ao máximo, o Judiciário de declarar a nulidade de cláusula redutora de direitos trabalhistas contidas nas normas coletivas, dando maior segurança à flexibilização.¹⁷⁸

Ainda, reafirmando que o acordado deve prevalecer sobre o legislado, tem o artigo 620 da CLT, que assim afirma “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho” (BRASIL. Lei nº 13.467, 2017). Ainda que o acordado seja prejudicial ao trabalhador, infringindo leis e garantias constitucionais, o acordo prevalecerá.

É diante deste cenário que se ressalta a importância do fortalecimento dos sindicatos para a defesa dos interesses dos trabalhadores, visto que são os legitimados para negociar os direitos trabalhistas, além de serem os responsáveis pela proteção dos interesses das categorias

177 MENDONÇA, Noemia Reis Martins de. A (in) constitucionalidade do art. 611-A da “Reforma Trabalhista” dentro da perspectiva do Princípio da Legalidade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61801/a-in-constitucionalidade-do-art-611-a-da-reforma-trabalhista-dentro-da-perspectiva-do-principio-da-legalidade> Acesso em: 05 de novembro de 2021.

178 CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, p. 78. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20TRT1/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20por%20norma%20coletiva%20e%20preval%C3%Aancia%20do%20negociado%20sobre%20o%20legislado-%2077-86.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2021

profissionais. No entanto, não se pode deixar de lado que os sindicatos, sem fontes de receita obrigatórias e com poucos associados, estejam submissos ao poder econômico patronal.

A ideia de que as normas coletivas têm limitações quando desejarem reduzir ou suprimir direitos dos trabalhadores é falaciosa. Não importa se os direitos trabalhistas têm indisponibilidade absoluta ou relativa, não importa a redação do artigo 611-B (que aponta os direitos que não podem ser negociados ou reduzidos coletivamente), pois o artigo 611-A, ao trazer a expressão “entre outros”, amplia ao máximo a flexibilização dos direitos trabalhistas, trazendo um rol de direitos de forma meramente exemplificativa.

A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da prevalência da norma mais favorável. Torna os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando a maioria daqueles contidos na CLT, que não se encontram na Constituição Federal (CF), em direitos disponíveis.¹⁷⁹

Portanto, deve-se questionar como ficarão os limites para a negociação coletiva. É importante lembrar do princípio da adequação setorial negociada, pois ele dá proteção aos direitos indisponíveis dos trabalhadores. Na visão de Delgado, o princípio da adequação setorial negociada, assevera que os acordos e convenções coletivas sobressaem à lei, desde que as normas acertadas indiquem padrão setorial normativo superior ao estatal e alterem apenas normas de indisponibilidade relativa. No que concerne às regras de indisponibilidade absoluta, como as relativas à proteção e à saúde do trabalhador, devem ser preservadas e jamais flexibilizadas.¹⁸⁰

Assim, enquanto o princípio da adequação setorial negociada busca um equilíbrio entre a lei e as negociações coletivas, o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva determina a prevalência de normas, os acordos e convenções, sobre a outra, a lei. Esse conflito, permissor do acordado sobre o legislado, sugere uma atuação contrária aos interesses da classe profissional e inclusive permite a alteração das normas de indisponibilidade absoluta que jamais poderiam ser tratadas como regras dispositivas.¹⁸¹

179 179 CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, p. 80. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20TRT1/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20por%20norma%20coletiva%20e%20preval%C3%Aancia%20do%20negociado%20sobre%20o%20legislado-%2077-86.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2021

180 DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1051-1052. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwizrbOHq4v0AhULqpUCHZY3BEQQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D3215998&usg=AOvVaw3RkCI3SvtWLKLNz9OUeLU> Acesso em: 08 de novembro de 2021.

181 DIAS, Marcela Abreu; FRANCO, Ângela Barbosa. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE SEUS PRECEITOS PARA SE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA. ANAIS SIMPAC, v. 10, n. 1, 2019, p. 262.

Atribuir poder às negociações para suprimir ou reduzir normas heterônomas ou transacionar direitos de indisponibilidade absoluta representa a desfaçatez dos princípios da norma mais favorável ao trabalhador, da proteção ao empregado, da imperatividade das normas, dentre outros, que asseguram o trabalho digno. O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, para ter efetividade, deve compatibilizar suas tratativas nos moldes do princípio da adequação setorial negociada. Somente nesse viés o mínimo essencial estruturante do Direito do Trabalho e a eficácia do preceito constitucional da dignidade no trabalho são preservados.¹⁸²

Portanto, é indispensável a imposição de limites ao negociado, devendo se orientar no princípio da proteção ao trabalhador, em garantia aos direitos fundamentais considerados indisponíveis. A flexibilização do trabalho via negociação coletiva deve ser utilizada quando houver interesses efetivos e garantidos entre os empregados e empregadores.

5. Conclusão

O direito do trabalho é composto por normas de ordem pública, não se permitindo aos trabalhadores renunciarem direitos, exceto se a lei autorizar ou se não houve algum prejuízo. No entanto, a indisponibilidade dos direitos não é totalmente absoluta. Dessa forma, a doutrina convencionou que existem direitos absolutos como os direitos da personalidade do trabalhador, da proteção da saúde e os relativos à anotação do contrato de trabalho na carteira profissional, e direitos de indisponibilidade relativa, como àqueles em que não se traduz um patamar civilizatório mínimo e comumente está relacionado aos direitos patrimoniais do trabalhador.

Além da indisponibilidade dos direitos, outro princípio de grande relevância que busca proporcionar o equilíbrio e a igualdade na relação entre empregado e empregador, é o da proteção. É cediço que o princípio da proteção ao trabalhador norteia os direitos dos trabalhadores, limita a flexibilização das normas e garante a inviolabilidade dos direitos fundamentais.

No entanto, a Reforma Trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/2017 ampliou a flexibilização das normas trabalhistas, diante da autonomia da vontade. O negociado sobre o legislado foi a expressão máxima dessa autonomia, visto que autoriza a renúncia de direito e torna disponíveis direitos que deveriam ser indisponíveis absolutamente. O artigo 611-A da CLT estabeleceu hipóteses flexíveis de direitos, dando ênfase ao princípio da intervenção mínima do Estado sobre a autonomia da vontade.

A intervenção mínima na autonomia da vontade apenas pode atuar quando a flexibilização dos direitos obreiros estiver em compatibilidade com as normas de indisponibilidade relativa, jamais violando direitos de indisponibilidade absoluta.

A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da proteção.

¹⁸² DIAS, Marcela Abreu; FRANCO, Ângela Barbosa. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE SEUS PRECEITOS PARA SE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA. ANAIS SIMPAC, v. 10, n. 1, 2019, p. 263.

Desta forma, embora a flexibilização trabalhista esteja presente nos dias atuais, não é possível que o negociado prevaleça sobre o legislado, ferindo direitos assegurados constitucionalmente, devendo ser impostos limites à negociação. Neste sentido, deve ser atribuída razão ao princípio da adequação setorial negociada que assegura os direitos indisponíveis.

É inegável a importância da negociação coletiva e individual para a solução de conflitos trabalhistas, contudo alguns limites devem ser observados, sob o fito de preservar direitos fundamentais dos trabalhadores, visando a melhor condição social do obreiro em compromisso com a dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

6. Referências

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: Acesso em: 08 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017a. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, 14 jul. 2017. Disponível em: Acesso em: 08 de novembro de 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislado. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20TRT1/Flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20por%20norma%20coletiva%20e%20preval%C3%Aancia%20do%20negociado%20sobre%20o%20legislado-%2077-86.pdf> Acesso em: 05 de novembro de 2021

CASSAR, Vólia Bonfim. A Reforma Trabalhista e a autonomia da vontade do empregado. Revista Magister de direito do trabalho. V.14, n. 79. Jul/ago, 2017.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho: de acordo com Reforma Trabalhista Lei13.467/2017. 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COSTA, Natasha Mirella Melo; RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. Flexibilização das normas trabalhistas e seus aspectos positivos e negativos. In: Revista Aporia Jurídica (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade CESCAGE. 6ª Edição. Vol. 1 (jul/dez-2016).

DELGADO, M. G. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 138. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwizrbOHq4v0AhULqpUCHZY3BEQQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Fedisciplinas.usp.br%2Fmod%2Fresource%2Fview.php%3Fid%3D3215998&usg=AOvVaw3RkCl3SvtWKLNGz9OUeLU> Acesso em: 08 de novembro de 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

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.

DIAS, Marcela Abreu; FRANCO, Ângela Barbosa. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA E A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE SEUS PRECEITOS PARA SE DAR EFETIVIDADE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA. ANAIS SIMPAC, v. 10, n. 1, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARMENDIA ARIGÓN, M. Ordem Pública e Direito do Trabalho. São Paulo. Ltr, 2004.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. A noção de ordem pública social. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, v. 3, 2020.

GARMENDIA, Mario. Orden público y Derecho del Trabajo, 2. ed. La Ley Uruguay: 2016.

LANFRANCHI, César. La noción de orden público en Derecho del Trabajo, en rev. argentina Derecho del Trabajo, T. XX, Buenos Aires, 1960.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDONÇA, Noemia Reis Martins de. A (in) constitucionalidade do art. 611-A da "Reforma Trabalhista" dentro da perspectiva do Princípio da Legalidade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61801/a-in-constitucionalidade-do-art-611-a-da-reforma-trabalhista-dentro-da-perspectiva-do-principio-da-legalidade> Acesso em: 05 de novembro de 2021.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. Competência ambiental para a negociação coletiva: pressupostos para o desenvolvimento humano e para a ressignificação do direito do trabalho. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 7, n. 2, 2016.

ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho. 5. ed. São Paulo, SP. Saraiva Educação, 2018.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SUPIOT, A. El derecho del trabajo. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p.40.

OS DIREITOS COLETIVOS DE TRABALHO EM TEMPOS EXCEPCIONAIS: EFEITOS NOS ACORDOS DE TRABALHO SOB AS NORMAS NO CURSO DA PANDEMIA.

ADRIANO FRANÇA LOPES:

Graduando em Direito pela
Universidade Estadual do
Maranhão - UEMA.

RESUMO: Este artigo aborda os direitos coletivos de trabalho em tempos excepcionais, tendo como principal objetivo discutir os efeitos da pandemia do novo coronavírus nas relações de trabalho e nos seus direitos coletivos decorrentes de tais vínculos. O problema central consiste nessa observância legislativa do trabalho em tempos remotos, visto que, em decorrência da maior crise sanitária e humanitária do século, é indiscutível que danos, reflexos e grandes repercussões afetam a todos os envolvidos, à medida que novos acordos e negociações coletivas são necessários para frear os efeitos negativos dessa situação. Justifica-se através da necessidade de se investigar e discutir os rumos do direito coletivo trabalhista no campo da pandemia, uma vez que em épocas excepcionais o mundo jurídico laboral precisa acompanhar as novas mudanças na sociedade até a volta da sua normalidade. A metodologia adotada foi a dedutiva. A técnica de procedimento foi a monográfica. A conclusão obtida foi a de que restou claro os impactos da pandemia nas relações trabalhistas, principalmente quando se trata do direito coletivo quanto às representações grupais, em que algumas medidas foram apresentadas de modo a contornar essa situação excepcional e tentar atualizar o direito coletivo trabalhista durante o curso da pandemia no Brasil.

Palavras-chave: Direitos coletivos de trabalho. Negociações coletivas. Pandemia.

ABSTRACT: This article addresses collective labor rights in exceptional times, with the main objective of discussing the effects of the new coronavirus pandemic on labor relations and on their collective rights arising from such bonds. The central problem is this legal observance of work in remote times, since, as a result of the greatest health and humanitarian crisis of the century, it is indisputable that damage, reflexes and major repercussions affect all those involved, as new agreements and collective bargaining are necessary to curb the negative effects of this situation. It is justified by the need to investigate and discuss the directions of collective labor law in the field of the pandemic, since in exceptional times the legal labor world needs to follow the new changes in society until the return of its normality. The methodology adopted was deductive. The procedure technique was monographic. The conclusion reached was that the impacts of the pandemic on labor relations remained clear, especially when it comes to collective law regarding group representations, in which some measures were presented in order to circumvent this exceptional situation and try to update collective labor law during the course of the pandemic in Brazil.

Keywords: Collective labor rights. Collective negotiations. Pandemic.

INTRODUÇÃO

Os direitos coletivos de trabalho, ao regularem o direito das pessoas nas suas relações laborais em busca de um objetivo comum, torna-se um dos principais institutos na proteção do trabalhador quanto às organizações estabelecidas entre ele e a representatividade coletiva em prol de todos. Seus interesses se relacionam como vínculos grupais, comuns a todos os trabalhadores, em vista de sintonizar os pensamentos e manifestações de tais classes com os empregadores, dois polos que naturalmente são vistos em conflito, mas que podem ser conciliados em razão de um direito que equilibre os dois lados da balança.

Para uma melhor compreensão do seu objeto de estudo, em geral se estuda sua divisão metodológica, normalmente composta por seus institutos. Nesse viés, cabe a fala de Délio Maranhão (1993) acerca do tema, subdividindo os direitos coletivos do trabalho em:

- a) Liberdade de coalizão, que é a ideia fundamental que propiciou o surgimento do direito coletivo de trabalho. Significa a possibilidade jurídica da união dos trabalhadores em defesa de interesses comuns, como o direito de reunião e o direito de greve;
- b) Associação Profissional, que é a organização permanente de empregados, ou de empregadores, em defesa dos interesses dos seus associados e/ou representados;
- c) Convenção Coletiva, que tem por objeto a criação de normas sobre condições de trabalho fixadas pelos próprios atores sociais interessados;
- d) Dissídios Coletivos de Trabalho, que são o reconhecimento, pelo direito, de que os conflitos coletivos decorrentes das relações de trabalho podem ser judicialmente solucionados. (MARANHÃO, 1993, p. 301)

Aqui, a figura dos sindicatos é muito importante nesse processo, uma vez que é a partir deles que se disciplinam as normas e interesses coletivos dos trabalhadores, constituindo direitos e obrigações para os contratos de trabalho, sejam eles individuais ou coletivos. Tal importância histórica resulta em mudanças na visão social dos contratos, sendo que estes, antes vistos como meros instrumentos de formalização dos vínculos empregatícios, agora passam a ser observados como diligências obrigatórias para a efetiva proteção e garantia dos direitos essenciais aos trabalhadores. É a partir do sindicalismo, originado de lutas e reivindicações da classe operária, que a ideia de liberdade sindical e do indivíduo frente ao Estado vem se consolidando, trazendo-lhes maior autonomia na confecção de regras e convenções coletivas para o direito coletivo do trabalho.

Diante disso, transforma-se o papel do Estado no direito trabalho, passando de uma perspectiva individualista para uma figura mais social e coletiva das normas, numa forma de reconhecer, através da ordem jurídica estatal, o poder de organização dos grupos sociais (entre eles, a classe trabalhadora), admitindo um maior pluralismo de ideias na formação dos contratos e convenções trabalhistas, bem como uma maior legitimação da proteção que a autoridade estatal pode oferecer aos trabalhadores. Nessa onda, o direito coletivo do trabalho confere alterações na ordem política e social, tentando igualar interesses e manifestações de todos os grupos, de maneira a se ter um plano de negociação das relações trabalhistas que não afete desproporcionalmente as partes integrantes.

1 NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A negociação coletiva de trabalho é uma das principais fontes dos direitos coletivos de trabalho, pois é a partir daquela que se conciliam interesses contrapostos entre empregador e empregado. Aqui se busca uma solução pacífica de conflitos, em que as partes envolvidas buscam aproximar seus entendimentos e opiniões sobre as questões trabalhistas. Nessas negociações, os grupos sociais demonstram sua maturidade e desenvolvimento na composição dos litígios, de forma a reduzir a participação do Estado na resolução dessas lides. Ela é a base de formação do direito coletivo de trabalho, estimulando na aproximação de classes sociais normalmente vistas como antagônicas.

Nesse sentido, cabe destacar a fala de Vólia Bonfim (2014) sobre o assunto:

Caracteriza-se como fonte de elaboração de normas positivadas, portanto, como fonte material, as negociações coletivas têm como função a criação, modificação ou supressão de condições de trabalho, isto é, sua função é normativa ou flexibilizadora. Além disso, se destina à composição de conflitos, logo, também tem função pacificadora, servindo de importante instrumento de redução das demandas judiciais e estabilidade social. Não se está negando com isso o caráter obrigacional das normas resultantes da negociação coletiva, mas tão somente apontando as funções jurídicas mais importantes. (BONFIM, 2014, p. 1212).

Outrossim, pode-se dizer que, para além da função jurídica, a negociação coletiva possui função política (diálogo entre grupos com interesses antagônicos, interessando ao Estado a solução pacífica desses conflitos), função econômica (distribuição de riquezas que ordenam a estrutura financeira, com redução de custos e flexibilizações) e função social (participação dos trabalhadores nas decisões empresariais, em busca de um ambiente social harmônico para a criação de novas regras para condições dignas de trabalho). Outras têm um caráter mais complementar, como a função ambiental (preservação da saúde do trabalhador, com normas de higiene, medicina e segurança) e função pedagógica (seu complexo de normas recorrem a especialistas de certas áreas, como filósofos, sociológicos, juristas, cientistas políticos, etc.).

Tais funções evidenciam o efeito equilibrador que as negociações coletivas representam, tendendo a balancear aos dois lados da moeda, seja para a proteção dos direitos trabalhistas, seja para a saúde econômica do empregador. Diferentemente das leis e normas do direito do trabalho, que em regra são mais rígidas, os acordos coletivos são mais elásticos e flexíveis, primando pela adequação de interesses opostos.

Na CLT, os dispositivos normativos relativos à convenção coletiva estão dispostos a partir do art. 611, traçando seus principais componentes, objetos e procedimentos. A OIT, por sua vez, considera a negociação coletiva como a melhor forma de composição dos conflitos coletivos, incentivando a sua prática em todos os seus países membros. Exemplo disso é a sua Convenção 163, que reconhece o direito à negociação coletiva como um instrumento amplo e assegurado a todas as regiões e organizações, seja no nível sindical (típico do Brasil), profissional ou empresarial, e

também a Convenção 154, declarando que tais acordos devem ser praticados em todos os ramos da atividade econômica.

Ademais, tem-se alguns instrumentos normativos que fazem parte dessa negociação coletiva. Essas espécies de contratação coletiva fazem mais parte do campo doutrinário, porém importantes para distinção de alguns tipos de acordo.

A primeira é a Convenção coletiva de trabalho (CCT), considerada direito social fundamental aos trabalhadores, disposta no art. 7º, inciso XXVI da Constituição Federal e no art. 611 da CLT, definindo-a como um “acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”. Ela produz efeitos não só para as partes integrantes desse processo, mas também para terceiros. Trata-se de uma contratação coletiva intersindical, permitindo ao empregado a participação na definição das condições de trabalho.

A segunda é o Acordo coletivo de trabalho (ACT), prevista no § 1º do art. 611 da CLT, em que “é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho”. Sua principal distinção com a CCT consiste nos sujeitos (não participa a representação sindical dos empregadores) e na abrangência dos efeitos normativos (considerada menor se comparada com a CCT, pois os efeitos jurídicos do ACT ficam limitados aos contratos de trabalho dos empregados da empresa signatária da avença, logo, não se estende a terceiros).

Por fim, tem-se o Contrato coletivo de trabalho, considerada uma negociação de âmbito nacional e supracategorial, estabelecendo regras básicas para os demais instrumentos normativos. Aqui se estabelece um novo regime sindical, em que se prestigia a autonomia privada coletiva, tendo força de lei nos casos em que esta não se aplicar às questões de ordem pública ou de natureza constitucional.

2 EFEITOS DA CRISE SANITÁRIA DO COVID-19

A pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19) alterou significativamente todos os rumos da sociedade, provocando diversas mudanças no modo de vida dos indivíduos. A partir de março de 2020, o Brasil começou a adotar medidas mais restritivas para o controle da doença, o que causou maior instabilidade nos setores econômicos, e, conseqüentemente, no trabalho das pessoas. Com o discurso de proteção ao direito à vida, outros direitos acabam sendo restringidos, sopesando tais princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, para que algumas ações sanitárias sejam cumpridas, algumas restrições foram efetivadas, como o fechamento do comércio, isolamento horizontal e definição de serviços considerados essenciais. Em contrapartida, muitos impactos são causados nas relações privadas do direito do trabalho, já que, com a baixa do consumo, há a diminuição da receita e inevitavelmente a demissão de funcionários para o equilíbrio do caixa de funcionários para o equilíbrio do caixa.

Exemplo disso são os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), relatando que, no Brasil, a taxa de desemprego subiu de 11, 2% para 12,2%, entre fevereiro e abril de 2020, representando 12,9 milhões de desempregados. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apresentou uma nota técnica descrevendo a atual situação da crise econômica gerada pela pandemia da COVID-19, ressaltando os aspectos devastadores dessa situação sobre o mundo do trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT (2020) estima que, no início de abril de 2020, cerca de 2,7 bilhões de trabalhadores no mundo, ou 81% da força de trabalho mundial, viviam em países que adotaram em algum nível as medidas de isolamento social defendidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como forma de controle do contágio do vírus Sars-CoV-2. Essas políticas de distanciamento social afetam direta e imediatamente a atividade econômica produtiva. A restrição de funcionamento às atividades de comércio submete os estabelecimentos a uma brusca redução da demanda, e a limitação à circulação significa, para muitos trabalhadores, a impossibilidade de realizar seu trabalho, enquanto para outros representa uma mudança na forma de trabalho ou uma redução na jornada (IPEA, 2020, p.7).

Além disso, é destacado que 38% dos trabalhadores do mundo estão empregados nos setores mais fortemente prejudicados pela crise atual, no caso o comércio varejista, os serviços de alimentação e hotelaria e a indústria manufatureira. Como a contração da renda das famílias e da elevação do desemprego se torna algo inevitável, cabe aos governos a adoção de programas e medidas de implementação de políticas que atenuem tal realidade, de modo que, a ação do governo federal é pelo IPEA assim descrita:

No cenário de uma crise tão severa como a ocasionada pela pandemia da Covid-19, que impulsionará vertiginosamente o crescimento da taxa de desemprego, é fundamental que o governo lance mão de políticas ativas de emprego. O objetivo dessas políticas é afetar a demanda por emprego e, assim, influenciar diretamente a taxa de desemprego. A MP n. 936/2020 apresenta um conjunto de medidas com esse objetivo para aqueles que são empregados com carteira assinada do setor privado. A ideia é preservar o vínculo empregatício, ao possibilitar a redução da jornada de trabalho e a suspensão temporária dos contratos de trabalho, bem como, ao mesmo tempo, assegurar a renda do trabalhador, implementando um benefício emergencial. Se, por um lado, este pacote de medidas tem sido elogiado, por contribuir para a manutenção de vínculos empregatícios e de postos de trabalho, por outro lado, a MP no 936/2020 tem sido criticada por não garantir plenamente o salário dos trabalhadores (IPEA, 2020, p.7).

Sob tal ótica, graves consequências surgem com tal pandemia, visto a redução da PIB, a recessão econômica, o desemprego, além do desembolso gritante dos estados afetados em não

somente combater a doença, mas também dar um suporte maior às empresas (criadoras de emprego) que estão cada vez mais sujeitas ao processo de falência e aos trabalhadores de todos os ramos, visto a falta de opções para geração de renda e sustento próprio e da família.

Fica claro, portanto, que os efeitos da pandemia nas relações trabalhistas são bem graves, sendo cada vez mais fundamental a participação do Estado na atenuação dessa crise e, principalmente, na intermediação das relações de trabalho, visto a fragilidade de ambos os polos para superar essas etapas, daí o direito coletivo de trabalho ser um objeto mais frutífero para a sobrevivência de direitos considerados indispensáveis a todos os indivíduos e classes sociais.

3 SOLUÇÕES QUANTO AOS EFEITOS DA PANDEMIA NO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

O Direito coletivo em seu sentido estrito são direitos de grupo, categoria ou classe de pessoas, ocorrendo nesse direito a existência da possibilidade de determinar quem são seus titulares, pois existe uma relação jurídica entre as pessoas envolvidas. É indiscutível o enfrentamento de todos os setores de qualquer sociedade diante da pandemia do coronavírus, e conseqüentemente, não seria diferente em questão ao direito laboral coletivo. Desta forma, é necessária a utilização de instrumentos, formas para amenizar tais impactos.

A priori, vale ressaltar que na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, em seu art. 8º caput dispõe que: “(...) *nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público*”, o que se faz necessário esclarecer que no momento atual o que se está estabelecendo certas diretrizes está centrada nos chamados direitos de 3ª dimensão, os chamados transindividuais, como o direito a solidariedade, fraternidade, da tutela coletiva. Logo, é possível estabelecer uma relação da lei em seu sentido formal em mostrar que não haverá prevalência de direitos, no seu plano material em buscar formas que amenizem os impactos da pandemia.

Pode-se citar medidas adotadas pelo Poder Público, dentro do panorama dos empresários, sindicatos profissionais e econômicos, que dentre elas está:

a) Em relação às empresas mais vulneráveis (da aviação, de transporte, pequenas e médias empresas, autônomos, empresários por conta própria, entre outros), o provimento do Estado por meio de bancos públicos ou de sociedades de economia mista operações financeiras, que impliquem no adiamento ou procrastinação de pagamento de taxas e impostos, elastecimento de dívidas já realizadas, e sobretudo de novos empréstimos de médio e longo prazo, com taxas civilizadas, para manter tais empresas vivas, tendo como contrapartida a garantia de manutenção dos postos de trabalho de seus empregados;

a) Os sindicatos profissionais e econômicos, representativos de suas respectivas categorias, por meio da negociação coletiva de trabalho, está se podendo celebrar acordos ou convenções coletivas contributivas ao arrefecimento da crise, adotando a flexibilização das relações de trabalho (tempo/horário/remuneração), com o afastamento dos grupos de risco (pessoas com idade superior a 60 anos, com deficiência, doenças degenerativas etc.), banco de horas, trabalho em regime de tempo parcial (art. 58-A da CLT), férias coletivas (art. 139 da CLT), adiantamento do período de férias, flexibilização de horários, e sobretudo o teletrabalho (art. 75-A e ss da CLT) e homeworking, de forma a sempre ter em mente, em primeiro plano, as normas de

saúde, segurança e medicina do trabalho (art. 154 e ss. Da CLT). O trabalho em casa, por meio remoto e digital, deverá ser privilegiado, e novas plataformas de trabalho deverão ser desenvolvidas;

b) O Ministério da Economia, por meio dos auditores fiscais do trabalho, está incumbido em fiscalizar os empreendimentos para verificar o cumprimento das determinações estatais, em tempos de crise, de modo a constatar seu real cumprimento. Empresários que desobedecerem as medidas e portarias estatais poderão ter seus estabelecimentos interditados (art. 156 e ss da CLT);

c) Um dos instrumentos que poderá ser utilizado pelos empregadores para manter seu quadro de funcionários, em negociação coletiva de trabalho com os sindicatos representativos, ou até mesmo com o *Parquet* Laboral, é a suspensão coletiva dos contratos de trabalho, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso virtual ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, de acordo com o art. 476-A da CLT.

d) O Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho terão um papel fundamental neste período de crise. O primeiro por ter entre suas atribuições, a função da defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores, especialmente em situação de vulnerabilidade e de risco social. Possui vários instrumentos jurídicos poderosos para dialogar e obrigar os empregadores a cumprir a legislação trabalhista e a própria Constituição Federal de 1988, entre eles, o Inquérito Civil, o Termo de Ajustamento de Conduta, e em caso de recalcitrância, as ações moleculares (ação civil pública, ação civil coletiva, mandado de segurança coletivo, e demais instrumentos processuais). De sua parte, a Justiça do Trabalho prolatará sentenças coletivas que abrigarão e protegerão direitos fundamentais de multidões de trabalhadores.

Outrossim, vale ressaltar recente iniciativa governamental, por meio da apresentação de um projeto de lei ao Congresso Nacional, no qual se propõe a criação de um "comitê especial", composto por órgãos de Justiça e controle, para solucionar de forma rápida casos relacionados ao coronavírus. O chamado Comitê Nacional de Órgãos de Justiça e Controle concentraria em único colegiado todos os questionamentos judiciais e extrajudiciais que envolvam a pandemia. O direito à vida tem posição destacada na ordem constitucional brasileira, mas com isso não se pode afastar garantias constitucionais da separação dos poderes e da independência de instituições como o Ministério Público e as Defensorias Públicas para permitir que um órgão excepcional julgue certos conflitos, como forma de ultrapassar obstáculos naturais das instâncias ordinárias. Isso representa, como têm sido as reações a esse projeto, "ameaça de devastação constitucional". *Mutatis mutandis* é o que ocorre como discurso de negação da garantia constitucional à atuação sindical na crise do coronavírus.

O Decreto Legislativo nº 6/2020 por meio do reconhecimento da calamidade pública, exigiu a urgência de ações governamentais, das empresas e da atuação dos sindicatos, com procedimentos simplificados para se garantir a eficácia das medidas de interesse público. Na própria MP n. 936 constam regras para facilitar os trâmites das negociações coletivas. Assim, diz o art. 17 que durante o estado de calamidade pública (II) poderão ser utilizados meios eletrônicos para atendimento dos requisitos formais previstos na CLT, inclusive para convocação, deliberação,

decisão, formalização e publicidade de convenção ou de acordo coletivo de trabalho e que (III) os prazos previstos na CLT ficam reduzidos pela metade. Portanto, a despeito das divergências motivadas pela MP n. 936, que restringiu o papel negocial dos sindicatos durante a crise do coronavírus, e da decisão liminar do E. STF na ADI n. 6.363, buscando, num difícil exercício de equilíbrio, não afastar os efeitos da norma governamental, mas, por outro lado, não anular por completo a atuação sindical, que se torna, via de regra até melhor e mais segura forma de negociação na crise do coronavírus. Com isso se tenta evitar eventuais arguições de nulidade de ajustes entre empregados e empregadores, pelo não chamamento dos sindicatos, e eventuais passivos trabalhistas.

Vale ressaltar ainda, a Lei nº 14.020/2020 que consolidou a redução de salário e jornada proporcionais, bem como a suspensão do contrato de trabalho, tudo em virtude do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19.

Cabe destacar que as medidas previstas em lei possuem validade mediante a negociação individual com os empregados, bem como a possibilidade de intervenção sindical que provoque a instauração de negociação coletiva.

Inicialmente, tratando-se da redução de salário e jornada proporcionais, o legislador trouxe a possibilidade de que a redução se dê de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho:

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, por até 90 (noventa) dias, prorrogáveis por prazo determinado em ato do Poder Executivo, observados os seguintes requisitos

Esclarece o inciso II do referido artigo que a redução pode se dar mediante negociação coletiva ou acordo individual com os empregados:

II- pactuação, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado;

Cabe destacar que na negociação individual com os empregados, os percentuais permitidos para redução de salário e jornada são pré-definidos em lei:

III- na hipótese de pactuação por acordo individual escrito, encaminhamento da proposta de acordo ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos, e redução da jornada de trabalho e do salário exclusivamente nos seguintes percentuais:

a) 25% (vinte e cinco por cento);

b) 50% (cinquenta por cento);

c) 70% (setenta por cento).

Quanto à negociação coletiva, por contar com a participação do ente sindical que represente a categoria, podem ser fixados outros percentuais de redução:

Art. 11. As medidas de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho de que trata esta Lei poderão ser celebradas por meio de negociação coletiva, observado o disposto nos arts. 7º e 8º desta Lei e no § 1º deste artigo.

§ 1º A convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho poderão estabelecer redução de jornada de trabalho e de salário em percentuais diversos dos previstos no inciso III do caput do art. 7º desta Lei.

Da mesma forma, a suspensão dos contratos de trabalho pode ser negociada por via individual ou negociação coletiva:

Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, fracionável em 2 (dois) períodos de até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por prazo determinado em ato do Poder Executivo.

§ 1º A suspensão temporária do contrato de trabalho será pactuada, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado, devendo a proposta de acordo, nesta última hipótese, ser encaminhada ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos.

Verifica-se, ademais, o cuidado do legislador no trato do Direito Coletivo do Trabalho, ao prever as condições de validade do acordo individual e a superveniência de negociação coletiva, como tratado nos parágrafos 4º e 5º, do artigo 12, da Lei nº 14.020/20:

§ 4º Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Lei, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato da categoria profissional, no prazo de até 10 (dez) dias corridos, contado da data de sua celebração.

§ 5º Se, após a pactuação de acordo individual na forma deste artigo, houver a celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho com cláusulas conflitantes com as do acordo individual, deverão ser observadas as seguintes regras:

- a aplicação das condições estabelecidas no acordo individual em relação ao período anterior ao da negociação coletiva;

- a partir da entrada em vigor da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a prevalência das condições estipuladas na negociação coletiva, naquilo em que conflitarem com as condições estipuladas no acordo individual.

§ 6º Quando as condições do acordo individual forem mais favoráveis ao trabalhador, prevalecerão sobre a negociação coletiva.

É de se notar que o legislador adota a validade de acordo individual, dada à excepcionalidade da situação que, em muitos casos, tem impedido o regular funcionamento de sindicatos, mas, ainda assim, assegura que as medidas possam ser tratadas por negociação coletiva, devendo, ainda, ser comunicado o ente sindical da negociação feita de forma individual.

Outro ponto a se destacar é a previsão da condição mais benéfica ao empregado (artigo 12, §6º), que vai de encontro aos princípios basilares e norteadores do Direito do Trabalho.

CONCLUSÃO

É notório os impactos da pandemia nas relações trabalhistas, em especial se tratando do direito coletivo quanto às representações dos agentes laborais, como os Sindicatos, por meio das Convenções e Acordos Coletivos. Medidas precisaram ser tomadas para que pudessem amenizar a situação vivenciada. Diante disso, foi apresentada algumas soluções adotadas pelo Poder Público, em especial a partir do Decreto Legislativo n. 6/2020 em que se estabeleceu no nosso país a situação da calamidade pública em decorrência do novo coronavírus.

Diante das diretrizes, mister se faz esclarecer a importância da harmonia entre os poderes republicanos, ramos do direito e, conseqüentemente, em se tratando no direito laboral em enfoque ao direito coletivo, mostra-se a pertinência de tal ramo, em especial quanto ao setor Sindicalista, por meio de suas funções políticas – em dirimir intenções antagônicas dos mais diversos ramos laborais, econômicas – na distribuição de capitais necessários na aplicabilidade nos mais diversos setores e por fim social – por meio da participação de toda coletividade na busca de solução e harmonização das classes, categorias e ramos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BENTO, Rafael Tedrus. **A Importância do Direito do Trabalho frente à pandemia**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325018/a-importancia-do-direito-do-trabalho-frente-a-pandemia>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CAMPOS, Ana Cristina. **Direito coletivo deve prevalecer no combate à pandemia, diz estudo**. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-01/direito-coletivo-deve-prevalecer-no-combate-pandemia-diz-estudo>. Acesso em: 11 mar. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

ISONI, Ananda Tostes. **Negociação coletiva em crise: o que a pandemia tem a nos dizer**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/negociacao-coletiva-em-crise-o-que-a-pandemia-tem-a-nos-dizer-06052020>. Acesso em: 11 mar. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

MELO, Raimundo Simão de. **Negociações coletivas na crise do coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/negociacoes-coletivas-crise-coronavirus>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MONTE, Deborah; CURI, Korina. **Covid-19 e a Justiça do Trabalho: os Impactos da Pandemia nas Negociações Coletivas e a Medida Provisória nº 927/2020**. 2020. Disponível em: <https://www.covidfclaw.com.br/covid-19-e-a-justica-do-trabalho-os-impactos-da-pandemia-nas-negociacoes-coletivas-e-a-medida-provisoria-no-927-2020/>. Acesso em: 11 mar. 2021.

OLIVEIRA, Jaqueline Santos. **Direito coletivo do trabalho**. 2016. Disponível em: <https://jaquesoliver.jusbrasil.com.br/artigos/348594803/direito-coletivo-do-trabalho>. Acesso em: 11 mar. 2021.

RIBEIRO, Gleidy Braga. COVID-19, DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. **Humanidades e Inovação**, Palmas, v. 7, n. 17, p. 292-303, 24 nov. 2020. Mensal. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/3539>. Acesso em: 11 mar. 2021.

ROSA, Renata Martins da. **Aspectos de Direito Coletivo do Trabalho**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-91/aspectos-de-direito-coletivo-do-trabalho/>. Acesso em: 11 mar. 2021.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Direito Coletivo do Trabalho em tempos de Coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/822599511/o-direito-coletivo-do-trabalho-em-tempos-de-coronavirus>. Acesso em: 11 mar. 2021.

OBRIGAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AOS IMPACTOS CAUSADOS PELO COVID-19

FELIPE CARNEIRO CHAVES:
Advogado, formado na Faculdade
Martha Falcão de Manaus.

RESUMO: O objetivo deste estudo é analisar os impactos ocasionados pelo covid-19 nas obrigações da Administração Pública brasileira, verificando-se a responsabilização civil do Estado no que concerne a prestação do serviço de Saúde Pública. Nesta perspectiva o artigo trata inicialmente acerca do contexto histórico e evolução da responsabilidade civil, propiciando uma reflexão sobre o referido instituto. Em seguida debate-se se a omissão de serviços prestados pela administração pública pode ensejar o dever de indenizar, e se o fato de se tratar de uma pandemia pode ensejar em excludente de ilicitude ou atenuante no que se refere a responsabilização civil estatal, o que se baseará em decisões dos Tribunais acerca da temática.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19. Responsabilidade Civil. Administração Pública.

ABSTRACT: The aim of this study is to analyze the impacts caused by covid-19 on the obligations of the Brazilian Public Administration, verifying the civil accountability of the State with regard to the provision of the Public Health Service. In this perspective, the article initially deals with the historical context and evolution of civil liability, providing a reflection on this institute. Next, it is debated whether the omission of services provided by the public administration may give the duty to indemnify, and whether the fact that it is a pandemic can lead to an exclusion of illegality or mitigating with regard to state civil accountability, which will be based on decisions of the Courts on the subject.

KEYWORDS: Covid-19. Liability. Public administration.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado; 3. Dos princípios e da função da responsabilidade civil do Estado; 3.1. Dos princípios; 3.2. Princípio da primazia do interesse da vítima; 3.3. Princípio da solidariedade social; 3.4. Princípio da proteção; 4. Funções da responsabilidade civil; 4.1. Função preventiva; 4.2. Função reparatória/compensatória; 4.3 Função de realizar justiça material; 4.4. Elementos da responsabilidade civil do Estado; 4.5. Da conduta ou fato administrativo; 4.6 Do dano; 4.7 Nexo de Causalidade; 5. Das Excludentes da responsabilidade civil do Estado; 5.1. Caso fortuito ou força maior; 5.2. Culpa exclusiva da vítima; 5.3. Da culpa concorrente; 5.4. Fato de terceiro; 6. Pandemia de covid-19 e causa excludente ou atenuante de responsabilidade civil do estado; Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A crise sanitária desencadeada pela propagação do Covid-19 trouxe inúmeros problemas econômicos, sociais e sanitários. Partindo dessa premissa, o presente artigo visa analisar os impactados da pandemia do novo coronavírus sobre as obrigações da Administração Pública, mais

especificamente em relação à responsabilidade civil do Estado no ponto referente à prestação do serviço de saúde pública.

Em um primeiro momento iremos abordar os aspectos históricos, bem como a evolução ao longo das décadas até chegarmos aos dias atuais, tanto da responsabilidade civil do estado, quanto da saúde pública.

Em seguida iremos abordar se a má prestação do serviço, seja por ausência ou insuficiência, é capaz de gerar algum tipo responsabilização, seja ela de índole objetiva ou subjetiva, ao Estado, levando em consideração que trata-se da maior crise sanitário dos últimos 100 (cem) anos.

Outro aspecto relevante que será abordado diz respeito ao entendimento dos tribunais, sejam os de âmbito estadual, quanto os superiores, que apresentam grande relevância para solução de casos complexos, servindo como verdadeiras balizas quando o assunto é responsabilidade civil do Estado.

Por fim, após tratarmos de todas as nuances que o caso necessita, iremos apresentar uma reposta ao aparente conflito, haja vista que no direito nenhum caso pode ficar sem solução, devendo o operador do direito buscar uma saída razoável independente da complexidade apresentada.

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Para tratarmos do contexto histórico da responsabilidade civil do Estado, devemos dividi-la em 3 (três) grandes momentos, indo além, podemos denominá-las fases, haja vista que com o passar dos anos as mais antigas acabaram por superadas pelas mais modernas.

Na primeira fase temos a chamada irresponsabilidade estatal, que consistia em uma total e irrestrita ausência de responsabilidade do estado, tal premissa tinha como fundamento a forma de governo presente na época, que era monarquia, onde o líder máximo retira seu poder de uma força divina, sendo o próprio escolhido por Deus, por essa razão a maioria da doutrina, ao resumir a referida fase, a fazia por meio da expressão "*the King can do no wrong*", ou seja, o rei, por ter seu poder advindo de Deus, e este não comete erros, também erra.

Por sorte, nos dias atuais, tal fase tem o condão apenas histórico, uma vez que no Estado Democrático de Direito, mostra-se inconcebível uma hipótese de irrestrita irresponsabilidade do Estado. Vale lembrar que citada fase não chegou a vigorar no Brasil que desde das primeiras constituições já previam algum tipo de reponsabilidade por parte do Estado.

Em seguida, tivemos a fase da responsabilidade subjetiva, teoria essa que aproxima bastante do direito civil, haja vista que nesse ramo do direito a responsabilidade é fundada na culpa do agente causador do dano. Em que pese as críticas à essa teoria, uma vez que na prática mostra-se de difícil comprovação, não podemos negar que em relação a teoria antecessora, tivemos um

grande avanço, já que saímos de um Estado inflexível para um de cunho mais individual, como era o civilista.

Após a superação da fase civilista/subjetiva, chegamos a fase da responsabilidade civil objetiva, na qual não se exige mais o elemento culpa para que o Estado seja responsabilizado, bastando que haja dano, que o mesmo seja causado por uma agente do Estado (nexo causal), e que não fique comprovada nenhuma causa excludente, por ser a teoria mais atual, e a adotada pelo Estado Brasileiro, abordaremos a referida teoria em tópico específico, quando analisarmos o principal fundamento legal da responsabilidade civil do estado, qual seja: o artigo 37, § 6º da Constituição da República.

Apenas para fins didáticos, analisaremos, de forma breve, uma quarta fase de responsabilização do Estado. Com o avanço do Estado como garantidor de direitos fundamentais, temos uma nova teoria para embasar a responsabilidade civil do estado, pautada nos direitos fundamentais. A muito se discute a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que seriam aplicados, inclusive, em relações providas.

Pela clássica teoria dos direitos fundamentais, temos que eles podem ter uma feição negativa, atuando como verdadeiras barreiras a atuação estatal, protegendo o indivíduo contra os abusos do Estado, e da mesma forma podem ter caráter positivo, ou seja, impõe ao Estado um dever, uma ação, visando o bem comum. Trazendo para seara civilista, teríamos que pela aceção negativa os direitos fundamentais apresentam verdadeiras obrigações de não fazer, enquanto que na visão positiva, trata-se de obrigação de fazer.

Assim, analisando os conceitos acima apresentados, vemos que os direitos fundamentais irradiam para as relações privadas, sendo dever do Estado prezar por uma boa aplicação dos mesmos, ainda que em relações privadas, caso não o faça, ou faça de forma inadequada pode gerar responsabilização do Estado.

Por fim, teceremos comentários acerca dos atos de império e de gestão, assunto que, em que pese não mais revestida de tanta importância, no que diz respeito a sua diferenciação para fins de responsabilidade civil do Estado, merece atenção.

Por ato de império, temos o Estado se valendo de sua força impositiva, como exemplo clássico de tais atos podemos citar a cobrança de tributos, que, ainda contra a vontade da maioria dos contribuintes, é cobrada utilizando-se a força estatal.

Já os atos de gestão, temos o Estado atuando de forma mais próxima a um particular, ainda que com ele não se iguale, haja vista que ainda que em tais relações, o estado deve obedecer ao interesse público, ainda que de forma secundária, como exemplo podemos citar os chamados contratos privados da administração, espécie do gênero contratos da administração.

Pois bem, é notório que em ambas as situações podem gerar dano, devendo esse ser indenizado caso fique evidenciados os requisitos para responsabilização do Estado.

Contudo, por algum tempo, chegou-se a levantar a teoria de que, nos atos de império, por o Estado estar revestido de sua força vinculante atuando em pé de desigualdade para com demais, e conseqüentemente atuando em prol do interesse público primário, não haveria responsabilidade do Estado, ou seja, o particular deveria suportar o ônus do dano em benefício de toda coletividade.

Em contrapartida, em relação aos atos de gestão, em que a Administração atua em um maior grau de igualdade para com o particular, haveria, em caso de dano, o dever de indenizar por parte do Estado, uma vez que tais casos, o Estado atuaria como verdadeiro particular, desprovido de força cogente, e perseguindo os seus interesses enquanto pessoa jurídica, o chamado interesse público secundário. Logo por não estar em jogo o interesse da coletividade, como no caso dos atos de império, o particular que sofresse dano, deveria ser indenizado.

Todavia, atualmente a supracitada diferenciação possui fins apenas acadêmicos, já que para teoria adotada hoje há responsabilidade civil do Estado independentemente do tipo de ato que gerou o dano, seja ele de império ou de gestão.

3. DOS PRINCÍPIOS E DA FUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

3.1 Dos princípios

Por princípios, segundo a clássica lição de Robert Alexy, temos mandamentos de otimização, cláusulas gerais que servem como norte para os operadores do direito, logo, quando abordamos o tema responsabilidade civil do Estado, tais mandamentos são de suma importância para guiarem a melhor aplicação da Lei.

Em suma, trataremos nesse tópico de 3 (três) princípios, quais sejam: 1. Princípio da primazia do interesse da vítima; 2. Princípio da solidariedade social e 3. Princípio da proteção.

3.2 Princípio da primazia do interesse da vítima

Apesar de não ser um princípio exclusivo da responsabilidade civil do estado, o princípio da primazia da vítima mostra-se de extrema relevância ao temo, ganhando grande importância no cenário mundial. Por este princípio o Estado deve, no momento de reparar o dano causado, buscar reaver o equilíbrio social rompido, devendo apresentar uma solução mais humana, levando em consideração as condições e peculiaridades da vítima.

Logo, não se trata apenas de pegar uma indenização em dinheiro, é dever do Estado enquanto causador do dano a buscar a solução que mais se amolda à vítima, haja vista que após a ação ou omissão, o dano restará concretizado, devendo a partir a preocupação se voltar para o atendimento à pessoa lesionada. Verifica-se, mais uma vez, uma clara e forte influência de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, presente no artigo 1º, inciso III, qual seja: a dignidade da pessoa humana.

3.3 Princípio da solidariedade social

Em segundo ponto, temos o da solidariedade social, onde apresenta um conceito de divisão dos prejuízos, ou seja, caso alguma pessoa sofra um dano, e esse seja causado pelo Estado, nada mais justo que esse dano repartido com toda sociedade, não podendo o indivíduo lesionado suportar de forma integral.

Tal princípio fica mais claro nos casos de desapropriação, ora, se o Estado visa construir uma estrada, e para tal haja a necessidade de desapropriação de um imóvel, nada mais justos que toda coletividade que será beneficiada com essa obra, arque com a indenização a ser paga proprietário.

Outro ponto visualizamos o referido princípio é na cobrança de tributos com base em alíquotas progressivas, onde aquele que detém maior poder econômico deve contribuir mais para os cofres públicos, onde tais recursos serão transformados em, por exemplo, prestação de serviço público que beneficiará toda população, afinal de contas, em sua essência, tributo quer dizer dividir.

Aqui verificamos, mais uma vez, uma forte presença de cunho constitucional, uma vez que, de acordo com o artigo 3º, inciso I, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, é construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

3.4 Princípio da proteção

Por último, temos o princípio da proteção que visa, senão evitar, pelo menos mitigar possíveis danos. É que, apesar das garantias conferidas ao sofredor do dano, essas não podem ser cartas em branco para que o Estado pratique atos causadores de dano valendo-se do dever de indeniza-los.

Ora, o objetivo do Estado não deve ser esse, ao contrário, deve evita-los e tratar tais situação como excepcionais. Logo, o princípio da proteção atua como verdadeira tutela inibitório, impondo ao Estado que adote medidas eficazes para se evite danos, ou seja, atuando com o dever de prevenção de danos, haja vista que uma vez causados, muito difícil, quiçá impossível, que se retorne ao status quo ante.

4. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inegavelmente todo e qualquer instrumento do direito, ainda mais tratando-se de Estado, deve cumprir uma função, função essa que vai além dos interesses das partes envolvidas, maior exemplo do citado, é caso da função da social da propriedade, onde, ainda que se trate de propriedade particular, esta deve irradiar em prol de toda coletividade, sob pena, inclusive, de um dos meio mais invasivos sobre os bens, que é a desapropriação. Pois bem, qualquer ato ou negócio não pode ser um fim esse mesmo, por essa razão abordaremos agora as funções da responsabilidade civil do Estado.

Para melhor compreensão, dividiremos as funções da responsabilidade em 3 (três): função preventiva, reparatória e função sob o prisma de realizar justiça social.

4.1 Função preventiva

Ligada diretamente ao princípio da proteção abordado acima, a função preventiva tem como papel principal o de prevenir, de forma mais concreta, a ocorrência de novos danos.

Apesar de bastante parecido como princípio supracitado, podemos apontar uma diferença determinante entre as duas. Enquanto o princípio da proteção, até por se tratar de norma abstrata, tem o papel de ser guia para a Estado tome medidas a fim de evitar danos, criando ações e mecanismo de inibição, a função preventiva atua mais no campo concreto, quando, por exemplo, do momento da definição da indenização.

Como dito alhures, o fato de, em regra, um dano gerar uma indenização, não pode servir como fundamento para qualquer pessoa pratique atos lesivos sob o pretexto de que, em caso de dano, os mesmos serão indenizados, logo, a fim de evitar, inclusive, o abuso do poder estatal, a função protetiva funcionaria no momento da definição do quantum relativo à indenização, atuando de forma pedagógica.

Logo, enquanto o princípio da proteção atuaria em um momento anterior ao dano, a função social agiria em momento posterior, mas antes da definição por completo, para que ato sirva como exemplo e assim evitando que casos semelhantes aconteçam.

4.2 Função reparatória/compensatória

Conforme abordado em um dos tópicos anteriores, quando um dano é causado, dificilmente, do ponto de vista fático, pode-se retornar ao estado anterior, razão pela a responsabilidade civil do Estado ganha contornos repressivos, uma vez que o dano causado deve ser indenizado.

A partir dessa premissa é que entramos na função compensatória e ou reparatória, para visualizarmos melhor a referida função, precisamos saber que tipo de dano foi gerado, se material ou moral, já que a depender da modalidade, gerará um ou outro, ou até mesmo os dois.

Quando estivermos diante de um dano material, passível, pelo menos em tese, de retorno ao *status quo ante* aplicaremos a função reparatória, já que nesse caso, o bem pode ser substituído por outro, é caso, por exemplo, da distribuição de um carro, onde o mesmo pode ser substituído por outro sem grandes perdas.

Já no que diz respeito aos danos morais, ou seja, aqueles que atingem a honra, não possíveis de serem precificados ou retornados ao estado anterior, aplicamos a função compensatória, a fim de amenizar os danos sofridos. Logo, tenta-se chegar o mais perto possível da situação pretérita ao evento causador do dano.

Portanto, visualizamos, mais uma vez que, assim como ocorre na função preventiva, a função compensatória/reparatória age no momento posterior ao dano, atuando diretamente no âmbito da indenização.

4.3 Função de realizar justiça material

Como aludido no tópico introdutório deste capítulo, todo instrumento do direito deve perseguir um fim social, podendo ficar adstrito a beneficiar apenas as partes envolvidas diretamente com o mesmo. Temos assim que, através da função social busca-se realizar justiça material.

A ideia de justiça material está ligada a resguardar direitos não patrimoniais como: vida, honra, integridade física entre outros. Logo, a deve-se sempre buscar uma tutela de inibir que danos aconteçam, merecendo os referidos direitos, justamente por não poderem ser precificados e, uma vez violados, não voltarem ao *status quo ante*, atenção especial.

Aqui, diferentemente do que acontece com as funções supracitadas, temos um comando direcionado ao interprete que, na hora da aplicação do direito, em relação a casos envolvendo responsabilidade civil do Estado, deve buscar mecanismos de mitigar danos. Aliás, a função de realizar justiça material aproxima-se muita mais de um princípio do que uma função em si, haja vista que atua como pilar tanto para aplicação, como para e elaboração de normas que envolvam o presente tema.

Um importante instrumento da função de realizar justiça material encontramos na equidade, que nada mais é do que um comando direcionado ao julgador para que, em situação expressamente permitidas, esse busque a chamada justiça do caso concreto.

4.4 Elementos da responsabilidade civil do Estado

Após a análise da parte mais histórica e conceitual, iremos adentrar na essência da responsabilidade civil do Estado, em um primeiro momento vamos elencar, conceituar e exemplificar os elementos que juntos compõe a responsabilidade civil do Estado.

Como analisado na parte introdutória, quando o assunto é responsabilidade civil do Estado, o campo de fundamentação legal fica bem restrito, em suma, a principal base legislativa sobre tema encontra-se na Constituição da República, em seu artigo 37, parágrafo 6º, o qual transcrevemos a seguir:

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:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Pois bem, da leitura do dispositivo, verificamos que para configuração da responsabilidade civil do Estado, exige-se a presença de 3 (três) elementos, quais sejam: A) Conduta ou fato administrativo; B) Dano e C) Nexô causal, abordaremos a seguir cada ponto.

4.5 Da conduta ou fato administrativo

Conduta ou fato administrativo, está ligada a uma ideia de ação. Contudo, quando tratamos de responsabilização do Estado, não apenas a atuação pode gerar responsabilização, mas a sua omissão também o faz.

Entretanto, a ação ou omissão deve ser realizada por um agente do estado. Além do referido requisito, ainda devemos lembrar mais um fator de suma importância para a ação ou omissão seja enquadrada como conduta capaz de gerar responsabilidade do Estado, que é prática deve ser feita na qualidade de agente público.

Logo, não basta que conduta seja realizada por agente público, ele deve atuar nessa qualidade e não como particular. Para exemplificarmos, podemos citar o caso do policial que, em seu dia de folga, utiliza arma da corporação e envolve-se em tiroteio, matando uma pessoa, nesse caso, por o policial não agir na qualidade de servidor público, o dano não pode ser imputado ao Estado.

4.6 Do dano

Por dano podemos entender como lesão causada a determinado bem. Como já demonstrado no tópico referente a função reparatória e compensatória, o dano pode ser de caráter material ou patrimonial, esse se subdividindo em danos emergentes e lucros cessantes, ou dano de caráter moral ou extrapatrimonial. Vale lembrar que não apenas pessoa físicas podem sofrer dano moral, a muito foi pacificado no âmbito dos tribunais que pessoas jurídicas também podem sofrer dano moral quando atingida a sua honra objetiva, conforme súmula 227 do STJ.

Logo, chegamos ao segundo elemento para ensejar a responsabilização do Estado, como exemplo citamos o caso de um carro oficial, em serviço, de determinada secretaria, trafega pela contramão de uma via e bate em outro veículo, nesse caso a conduta foi a de dirigir em local proibido e dano verifica-se no carro particular amassado.

4.7 Nexo de Causalidade

Por fim, temos o último elemento para fins de responsabilização do Estado, que é a o nexo causal, que pode ser entendido como a relação entre causa e efeitos existente entre a conduta e o dano.

Em outras palavras, nexo de causalidade é ligação entre e uma ação ou omissão e o dano decorrente desses. Assim, como no exemplo citada no tópico anterior, temos conduta (carro oficial do Estado trafegando pela contramão), o dano (carro particular amassado) e nexo de causalidade (lesão foi decorrente da batida entre o carro do Estado e o particular).

5. DAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Conforme já abordado anteriormente, no Brasil, adota-se, em regra, a responsabilidade civil objetiva do Estado, essa pautada na teoria do risco administrativo. Contudo, em que pese tratar-se de objetiva, a responsabilização não pode ser absoluta, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello “o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado”.

Em síntese, o Estado, quando chamado a uma demanda que envolva responsabilidade civil do Estado, o mesmo apresenta as hipóteses de exclusão de sua responsabilidade, que são: 1. Caso fortuito ou força maior; 2. Culpa exclusiva da vítima; 3. Culpa concorrente e 4. Fato de terceiro, a seguir iremos analisar cada uma das 4 hipóteses.

5.1 Caso fortuito ou força maior

Historicamente a literatura jurídica tentou, sem grande sucesso, fazer uma distinção entre o que seria caso fortuito e o que seria força maior, uma vez que sem parâmetros objetivos os conceitos acabavam por se confundir, quando não apenas eram invertidos a depender da escolha do jurista. Pois bem, em nosso ordenamento jurídico, o Código civil de 2002 optou por equipar os dois institutos, a bem da verdade a distinção entre ambos não ganha relevância do ponto de vista jurídico.

Contudo, existe uma distinção que é de extrema importância quando é assunto é responsabilidade civil do Estado, e está na questão de sabermos se trata-se de um fortuito interno ou externo.

Para enxergarmos os casos de fortuito interno, devemos nos questionar, em relação ao fato analisado, se a o dano sofrido pela vítima guarda relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor, caso a resposta seja positiva, estaremos diante de um fortuito interno. Aqui visualizamos de forma clara a teoria do risco, elencada no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, onde quando o maior o ônus, maior o ônus.

Exemplo clássico de fortuito interno se dá nos acidentes envolvendo transporte de pessoas, nesse caso, ainda que o acidente seja causado por terceiro, em virtude do risco da atividade desenvolvida pelo prestador do serviço, este deve arcar com a indenização pelos danos porventura sofridos pelos passageiros, devendo o empresário de transporte buscar, por meio de ação regressiva, reaver os ônus sofridos do terceiro causador do dano.

Em contrapartida, caso o dano não guarde relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor, estaremos diante de um fortuito externo, razão pela qual em relação aos casos envolvendo fortuito externo, fica afastada o dever de indenizar.

Voltando ao caso envolvendo o serviço de transporte público de passageiros, caso haja um assalto, e esse cause danos aos passageiros, no interior do veículo, estaria o empresário obrigado a indenizar tais danos? No âmbito jurisprudencial, em que pese a passada controvérsia existente sobre o tema, foi pacificado que tais casos fica afastada a responsabilização do empresário.

Para corroborar o apresentado acima, temos o seguinte trecho do julgado do Superior Tribunal de Justiça “A concessionária de serviço público não responde pelo roubo à mão armada ocorrido no interior de o ônibus” (STJ, Resp. 331.801, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª T., j. 05/04/10). A razão de tal excludente se dá justamente pelo fato de que assalto não guarda qualquer relação com a atividade desenvolvida, não podendo nem mesmo ser enquadrada como possíveis ônus inerentes à atividade. Diferentemente do que ocorre, por exemplo, no caso de falha de um freio, ainda que o veículo estivesse com revisões em dia, nesse caso, tal fato guarda forte relação com a atividade desenvolvida, fazendo parte dos riscos do negócio.

5.2 Culpa exclusiva da vítima

Na culpa exclusiva da vítima, como o próprio nome já diz, temos uma conduta ou fato da administração e o dano, ou seja, uma ação e um prejuízo, contudo, em pese a existência de dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil do Estado, o mesmo não resta configurado em virtude da ausência de ligação entre os dois, qual seja: o nexo causal.

Logo, na culpa exclusiva da vítima, rompe-se o nexo de causalidade existente entre a conduta e dano, e mesmo se dá em razão de uma ação totalmente imputável à vítima do dano. Como exemplo podemos o citar o caso de um cidadão que no intuito de suicidar-se, se joga na frente de um carro de polícia, vindo a óbito, nesse caso, está presente a conduta (atropelamento por um carro do Estado), o dano (a morte da pessoa), contudo mostra-se ausente o nexo de causalidade, haja vista que acidente em função da intenção da vítima em se atirar na frente do carro.

Em tais casos, fica afastada a responsabilização do Estado, uma vez que, como regra, adota-se, para reponsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo. Diferente seria se adotássemos a teoria do risco integral, na qual não se admite excludentes, como no caso, por exemplo, de danos ambientes e nucleares.

Admitir que o Estado seja responsabilizado em casos de culpa exclusiva da vítima seria torna-lo garantidor universal de todo e qualquer dano, o que desvirtuaria os princípios e funções da responsabilidade civil do Estado.

5.3 Da Culpa Concorrente

Como acontece em diversos ramos do direito, e no direito administrativo não é diferente, por vezes nos valem de conceito criados por diferentes “ramos” do direito, afinal de contas o Direito é uno, sendo dividido apenas para fins didáticos.

No caso da culpa concorrente, buscamos seu conceito do Código Civil, que em seu artigo 945, assim o preceitua “se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Logo, verifica-se que na verdade estamos de diante de uma hipótese de atenuação da responsabilidade civil do Estado, haja vista que ambos concorrem para o evento danoso, aqui a referida hipótese atuaria mais no campo da definição do quantum indenizatório, sendo maior ou menor a depender do grau de atividade em relação ao dano.

5.4 Fato de terceiro

Conforme analisado no tópico relativo ao caso fortuito e força maior, existem casos em que, mesmo a contudo não sendo imputada à agente público no exercício de sua função, haverá responsabilidade civil do Estado. Contudo, em determinadas situações, o fato de terceiro, por não guardar qualquer relação com a atividade, ensejará a exclusão da responsabilização do Estado.

Logo, o fato de terceiro guarda estrita relação com o fortuito externo, quebrando a o nexa causal e com isso gerando a irresponsabilidade do Estado. Novamente trataremos do exemplo envolvendo um assalto no interior de um veículo de transporte público e que gerou danos para os passageiros, nesse caso fica notório a o fato exclusivo de terceiro, se encaixando na álea extraordinária dos riscos da atividade, afastando, portanto, a indenização por parte do Estado.

Outro exemplo clássico de fato de terceiro e capaz de afastar a responsabilização do Estado se refere aos danos causados por multidões, como é caso de eventos em vias públicas que, em determinado momento, perdem o controle e acabam em depredação do patrimônio alheio. Claro que, em situações excepcionais, ainda que o dano seja decorrente de multidões, ocasionará responsabilização do Estado. É caso, por exemplo, de uma passeata que, informada aos órgãos de controle, e pedido apoio, não é prestada, contribuindo assim para um evento danoso futuro.

6. PANDEMIA DE COVID-19 E CAUSA EXCLUDENTE OU ATENUANTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No dia 11 de março de 2020, a OMS – Organização Mundial da Saúde, entidade de caráter técnico-científico, e que atua na seara da saúde de forma global, possuindo em seu quadro representantes de diversos países, declarou que as infecções causadas pelo novo Coronavírus haviam chegam a níveis nunca antes vistos, em relação a sua presença no globo, bem como pela sua capacidade de disseminação, razão pela qual foi declarada que o mundo encontrava-se em situação de pandemia.

O surgimento da referida doença ainda é uma incógnita, certo é que os primeiros casos surgiram na China e que, após algum tempo, até em função da proximidade territorial, os casos começaram a se espalhar pela Europa e em seguida para os demais continentes.

No Brasil, a notícia do primeiro caso de covid-19 confirmado aconteceu no final de fevereiro de 2020 na cidade de São Paulo, a partir de então, nos meses seguintes, a doença se espalhou pelo resto dos Estados.

Com a doença espelhando de forma rápida, várias medidas tiveram que ser tomadas a fim de conter a proliferação do vírus, entre elas medidas legislativas impactantes, como exemplo, podemos citar a Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que trouxe entre outras novidades, a

ampliação das compras diretas emergenciais, bem como a possibilidade de acréscimos decorrentes de aditivos contratuais no percentual de 50 % (cinquenta por cento).

Contudo, em pese os esforços dos governos para combater a doença, devemos analisar e estudar um horizonte pós-pandemia, mais especificamente na questão das sequelas deixadas por ela.

É notório que nenhum sistema de saúde do mundo estava pronto para uma pandemia dessa magnitude, apenas para fins exemplos, podemos citar dois países com sistema de saúde bem diferentes, os Estados Unidos da América do Norte, que possui um sistema contributivo de saúde, possuindo hospitais públicos, contudo os mesmo exigem uma contraprestação, e Inglaterra, país que possui um sistema público de saúde, sistema esse, inclusive, que serviu de referência para o criação do Sistema Único de Saúde presente no Brasil.

Trazendo para realidade brasileira, onde o sistema de saúde, apesar do grande esforço dos profissionais que o compõe, sempre um gargalo em razão da falta de cobertura adequada, obviamente que em uma situação onde a muitas pessoas precisem de atendimento médico ao mesmo, o sistema iria evidenciar, ainda mais, suas falhas.

Não podemos esquecer que o sistema público de saúde brasileiro não exige contraprestação por parte dos usuários, sendo a todos gratuito. Logo, após tais apontamentos, chegamos a seguinte questão: o fato de viver uma pandemia, sem precedentes na história recente do planeta, é capaz de afastar uma possível responsabilidade do Estado em razão de uma possível inadequada prestação de serviço?

Para respondermos a tal questionamento, devemos analisar o tópico referente as excludentes de responsabilidade civil, na qual temos 4 (quatro) hipóteses possíveis, quais sejam: Caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva vítima, culpa concorrente e fato de terceiro.

Da cara, de acordo com exposto, já podemos excluir duas hipóteses: a o fato de terceiro, bem como a culpa exclusiva da vítima, haja vista que, em situações normais de temperatura e pressão, nenhum cidadão opta por contrair uma doença que pode leva-lo a morte, bem como a contração do vírus se dá, em tese, de forma involuntária, não tendo o indivíduo controle sobre o comportamento da doença, bem como, mais uma vez, em tese, não há conduta imputável ao Estado como disseminador da doença.

Contudo, a depender do caso concreto, podemos visualizar a presenta de um caso fortuito ou força maior ou de culpa concorrente, na primeira delas (caso fortuito ou força maior), ainda que presente no caso, só teria o condão de afastar a responsabilidade de Estado no caso de fortuito externo, ou seja, em situação alheias a vontade do Estado, estranhas à prestação do serviço, bem como de casos imprevisíveis.

De fato, nenhum Governo do mundo poderia prever uma crise de tamanha magnitude, muito menos que seus efeitos seriam tão devastadores. Contudo, não podemos esquecer de

objetivo principal de qualquer sistema de saúde é prestar auxílio ao cidadão, atuando de forma preventiva ao evitar doenças, mas também de repressiva.

Logo, não como afastar a correlação de doença causada por vírus, e que demanda um atendimento médico ao objetivo primordial de serviço de público de saúde, ainda mais em casos que pacientes vem a óbito em razão da falta de medicamento ou, como ocorreu em Manaus – AM, por falta de insumo tão básico que é o oxigênio.

Portanto, não vislumbrasse que a pandemia, ainda que não prevista, tenha o condão de afastar o nexos de causalidade entre a conduta do Estado ao prestar serviços ineficientes e o dano decorrente do mesmo.

Contudo, em relação à culpa concorrente, devemos fazer uma diferenciação, primeiro, como já levantado em tópico específico, não se trata propriamente de uma hipótese de exclusão da responsabilidade, mas de uma forma de atenuar a mesma, agindo no momento da definição do quantum indenizatório.

Pois bem, como já aventado, na culpa concorrente, há tanto responsabilidade do ofensor como do ofendido, havendo diferencia no grau contribuição de cada para o dano.

Como já exposto acima, não podemos negar que existe uma conduta por parte do Estado, principalmente na prestação do serviço de saúde, mas podemos lembrar também a falta de políticas efetivas de prevenção, falta de comando central, bem como omissão no seu papel de fiscalização.

Entretanto, conseguimos visualizar, também, ação por parte dos cidadãos, principalmente na falta de cumprimento de medidas sanitárias mínimas com o distanciamento e uso de máscaras, contudo tal ação não é capaz de gerar a quebra do vínculo ao ponto de ocasionar a exclusão do nexos causal, com o consequente afastamento da responsabilidade, mas também é inegável o papel do cidadão, ou não caso sua falta, no combate à doença.

Em que pese o ineditismo da pandemia, em caso, guardadas as devidas proporções, similar, decidiu o STJ que: “não há, assim, que se falar em responsabilidade civil do poder público quanto às epidemias. É certo que deve a administração utilizar todos os meios necessários e possíveis para contar potenciais epidemias como a da AIDS ou da Hepatite C. Mas o problema é de todos: o cidadão também tem o dever de colaborar com a prevenção de tal doença, levando-se em conta a forma de contágio” (STJ, AgRg no Resp 1286814, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., Dj 09/12/12).

CONCLUSÃO

Conforme abordado pelo presente artigo, onde passamos por diversos tópicos, desde a evolução histórica do tema, princípios e função, pressupostos ou elementos, bem como a as causas de excludentes, podemos ter um panorama, ainda que breve e sucinto, dos possíveis impactos que a pandemia de COVID-19, que ainda está longe do fim, pode causar no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

Vimos também que, em que pese o ineditismo da situação, qual seja: uma pandemia global, a maior dos últimos 100 anos de história, ainda assim conseguimos vislumbrar, ainda que de forma mitigada, a responsabilidade estatal.

Ademais, não se afasta a responsabilidade que todos possuem no combate à doença, razão pela qual, o ônus de uma eventual indenização devido à má prestação do serviço público de saúde, e que se dará, muitas vezes em função do sobrecarregamento do sistema público de saúde, não pode recair apenas sobre o Estado, devendo ser dívida com todos, de acordo com o grau de responsabilidade de cada um (cidadão e Estado).

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 14. Ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Manual de Direito Civil** – Volume Único. 3. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

HEINEN, Juliano. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Manual da Responsabilidade Civil do Estado**. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; Método. 2021.

SANTOS, Eduardo dos. **Manual de Direito Constitucional**. 2. Ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

TRIBUTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA FERRAMENTA DE AJUSTE SOCIOECONÔMICO QUE PROMOVE O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

VITÓRIA ANDRESSA LOIOLA DOS SANTOS:

Advogada. Pós graduada em Ciências Criminais pelo Centro Universitário Santo Agostinho.

JÉSSICA MARIA DE LIMA ROCHA

(coautora)

RESUMO: A presente pesquisa visa demonstrar que o imposto de renda pode ser utilizado como ferramenta para o desenvolvimento socioeconômico do país. Segundo a teoria de Schumpeter, o desenvolvimento socioeconômico está intrinsecamente ligado ao sucesso da política industrial. Para tal teoria, a política industrial deve ser positiva, descrita como uma ferramenta estratégica para o desenvolvimento socioeconômico. No entanto, para que a política industrial seja bem-sucedida, ela precisa ser contextualizada. Partindo desse ponto, a pesquisa utilizou a metodologia de pesquisa qualitativa, descritiva e exploratória, e apresentou os resultados esperados.

Palavras-chave: imposto de renda, desenvolvimento, estratégia.

ABSTRACT: The present research aims to demonstrate that the income tax can be used as a tool for the socioeconomic development of the country. According to Schumpeter's theory, socioeconomic development is intrinsically linked to the success of industrial policy. For such a theory, industrial policy must be positive, described as a strategic tool for socioeconomic development. However, for industrial policy to be successful, it needs to be contextualized. Starting from this point, the research used the qualitative, descriptive and exploratory research methodology, and presented the expected results.

Keywords: income tax, development, strategy.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi feita através do estudo da tese de doutorado da Delano Carneiro da Cunha Câmara que tem como título: Tributação Como Instrumento De Regulação Socioeconômica para a Promoção do Desenvolvimento Nacional.

Inicialmente foi possível perceber na escrita que a desigualdade social acompanha a humanidade há séculos, não a princípio atraiu a atenção da sociedade antiga, em admitir covardemente os problemas do passado. A partir do século XVIII, alguns filósofos, por exemplo, Rousseau em seu discurso sobre a origem e a base da desigualdade entre os homens, começaram a refletir sobre essa questão. No século XIX, Marx previu um sistema de acumulação de riqueza nas mãos de poucos e o controle do poder pelos mais ricos. Implementar o sistema capitalista foi o que estimulou essa concentração de riqueza, que foi insustentável justamente porque prejudica o país como um todo sociedade e principalmente a natureza.

O grande capital não se importa com pessoas ou consequências das desigualdades sociais e regionais. Por isso, migra para regiões de maiores lucros, e em conformidade com as leis, segurança e estabilidade política, o Estado garante o retorno dos fundos investidos, geralmente para fins especulativos. Nenhum mercado se preocupa com possíveis danos ao meio ambiente e indivíduos. Por outro lado, o governo não tem planos de desenvolvimento socioeconômico eficaz. Não deve ser baseado apenas no crescimento PIB, mas ao garantir a sustentabilidade, ajudando a reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Os impostos são distribuídos entre os ricos e os pobres geralmente com base em interesses políticos, esses são priorizados a controlar o poder do estado. Portanto, a distribuição dos pesos da carga tributária entre as categorias, a economia não está aderindo às proporções ideais. Assim, o modelo tributário em alguns casos, o mundo moderno foi construído com sistemas econômicos em mente liberal. Em outros casos, sua prosperidade se deve à engenhosidade dos grupos que controlam os órgãos legislação. Se eles, consciente ou inconscientemente, implementaram padrões fiscais insustentáveis, o impacto de suas regras legais criadas em favor de determinados segmentos de mercado prejudica os interesses sociais e econômicos de outros.

2. DESIGUALDADE ECONÔMICA

A desigualdade econômica entre as pessoas aumentou desde a década de 1970, mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos, com algumas exceções políticas sociais apropriadas foram adotadas. A tendência geral desse período foi fortalecer o governo livre. O início do século XXI é marcado pela tecnologia e desigualdade avançada, segregada e crescente. A Maior eficiência de produção foi a informatização e a globalização não são proporcionais, este aumento da desigualdade inevitavelmente reflete conceitos de dignidade humana e direitos humanos, visto e considerado a partir da dimensão nacional dominar o sistema econômico mundial.

Cabe destacar que a regulação econômica por meio da tributação já está implantada no Brasil durante certos períodos de sua história, ainda que de forma assistemática, não havia um conhecimento exato sobre ela. Por exemplo, os impostos comerciais são usados para reduzir o consumo de determinados produtos ou redirecionar outros produtos. É uma ferramenta recorrente de política econômica do Estado, mas geralmente adotado para servir aos interesses do grupo dominante. É inegável que os impostos têm sido usados pelo Estado para fins regulatórios setoriais e como benefícios fiscais para algumas empresas. Esta medida é parcela do benefício, mostrando que o imposto pode ser usado para regulação de ações que levam ao desenvolvimento.

2.1 Modelo Brasileiro De Equilíbrio Das Contas Públicas e a Raiz Da Desigualdade Social

Possíveis modelos de desenvolvimento implementados na sociedade atual na premissa de reduzir as desigualdades sociais e regionais. No entanto, para a sua implementação é necessária a participação do Estado, seja como agente econômico ou como regulador. Só assim a ação governamental pode ser sustentada e eficaz. O objetivo é gastar sem implicar passivos futuros, necessários para equilibrar as contas públicas. Esse equilíbrio pode ser alcançado cortando gastos ou criando novos impostos. A premissa do saldo da conta pública é a receita é compatível com as

despesas. Ao promulgar a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº.101/2000), o Brasil abriu a possibilidade de equilibrar as contas públicas de duas maneiras: Aumentando a receita ou cortando as despesas.

Na construção de um país, ele é coletado da mesma forma que gastar dinheiro público. O problema é saber como essa relação se reflete na manutenção de diferenças sociais. Diante disso, é necessário entender o modelo de saldo de contas e determinar o impacto das referidas emendas constitucionais. No molde onde esse equilíbrio é estabelecido, não há distinção clara de gastos e o que importa para a população. Por exemplo, o custo esperado na saúde e na educação, desde que não sejam despesas, mas sejam investir uma análise histórica do país do Brasil mostra o que ele merece especial atenção à forma como os gastos públicos são implementados. Para estes recursos se identificam como uma das principais causas das desigualdades sociais e regionais no Brasil.

Existem várias possibilidades para equilibrar as contas públicas de um país. Um desequilíbrio ocorre quando o gasto é maior que a renda. Existem várias maneiras de certificar-se de que suas receitas e despesas sejam iguais. Para isso, é preciso reduzir as despesas ou aumento de receitas. A escolha do saldo da conta pública pode determinar as perspectivas futuras, o futuro de uma nação: desenvolvimento, mero crescimento e até retrocessos na economia. O Brasil optou por um sistema de cortes e restrições aos gastos públicos, inserir tal decisão em suas normas constitucionais, vinculantes, inclusive para os futuros governos. No entanto, como será mostrado, esta opção pode não produzir os melhores resultados.

Avelã Nunes (2012) abordando a ruptura do estruturalismo norte-americano, com base em Documentos Clássicos e Monetaristas. Ele disse que era porque se opunha a esses argumentos e Políticas econômicas monetaristas desenvolvidas a partir do estruturalismo na América Latina, uma abordagem mais produtiva que não se baseie na teoria neoclássica. O período de maior crescimento no Brasil ocorreu quando foram feitos investimentos substanciais em infraestrutura rodoviária e de transporte. Esses avanços às vezes ocorrem especificamente, como o período do governo militar, devido ao grande investimento. O governo Lula adotou um modelo de desenvolvimento semelhante. A estrutura socioeconômica de toda sociedade subdesenvolvida, a fórmula neoliberal, o pré-estabelecimento não garante esse desenvolvimento.

O país adotou a Emenda Constitucional nº 95/2016 como o caminho oposto ao sugerido em tempos de crise está sendo tomado. A longo prazo, esta medida, pode ter o efeito oposto. Ao analisar a forma da recuperação econômica e do crescimento, essas análises passam uma visão mais consistente que deve ser experimentada. A necessidade de entender o ajuste fiscal baseado apenas na obtenção de um superávit primário por meio de cortes nos gastos públicos é apenas uma posição ideológica neoliberal. Esta opção não é baseada na percepção do bom senso, ignorando os parâmetros econômicos necessários para implementar o programa estado de bem-estar. É apenas uma receita ideal que o neoliberalismo não é uma opção para o desenvolvimento.

Por outro lado, não se pode apenas considerar o uso de privatização de empresas cotadas. Se o Estado vai mesmo diminuir, não deveria ser concluído através da privatização de uma empresa lucrativas ou um soberano estratégico nacional, mas com burocracia reduzida. Em vez de apenas

supor limitando o teto do gasto público, é necessário desenvolver diretrizes para melhorar a qualidade do gasto público, analisando a austeridade, parece constituir essencialmente cortar os gastos públicos para equilibrar as contas. Coincidentemente, essa política produziu círculo vicioso. Os cortes de gastos públicos levarão a uma recessão?. Portanto, esta medida resulta em uma queda de novas coleções e novas contas estão desequilibradas, o que acaba exigindo novos cortes de gastos.

Empregos serão reduzidos como resultado da recessão, o fluxo de caixa e PIB contraídos. O resultado será menos recursos disponíveis nas mãos de quem realmente não os tem, bem como para investimento pessoas. No médio prazo, as consequências dos cortes nas políticas exacerbam as desigualdades sociais se irá inibir ainda mais o desenvolvimento do país. Quando os gastos cortam, evitar o endividamento não significa que as contas públicas serão rapidamente equilibradas. Por outro lado, a dívida pública também depende dos gastos públicos em toda a economia. As audiências podem ter um efeito multiplicador, representando uma enorme capacidade de promover o crescimento econômico e expandir a economia.

Quando se trata de austeridade, observa-se uma motivação geral o desenvolvimento emocional se manifesta como neuroeconomia. Isso, por sua vez, desvia recursos importantes do investimento, que podem ser aplicados ao setor privado. Sem investimento, não há crescimento. É errado encorajar a poupar mais e colocar na poupança para ganhar juros, que na verdade não rende nada. Em vez disso, é necessário uma política de indução que estimule as pessoas a fazerem investimentos que gerem produção e criar novas riquezas para o país. A estratégia incentiva os recursos a deixarem mercados financeiros e de produção, ou seja, industrial, agrícola e serviços. Com o redirecionamento de recursos públicos estabelecido pela EC nº 95/2016, o Estado brasileiro tem tendência a aumentar a desigualdade.

No modo de austeridade fiscal, há sempre a construção de um círculo vicioso de longo prazo ou período, podendo até haver saldo aparente e temporário na conta das pessoas. No entanto, esse equilíbrio tende a ser comprometido ao longo dos anos, pois o crescimento diminui. Como resultado, a receita continuará a diminuir, resultando em crises recorrentes.

Portanto, a austeridade não levará ao crescimento ou desenvolvimento a longo prazo. Em vez disso, exacerba a desigualdade social e dificulta a economia e intensificar a ação dos especuladores. No entanto, os defensores da austeridade alegam o crescimento econômico.

O modo de austeridade fiscal não se limita ao Brasil, isto é um problema que a América está discutindo. O debate se infiltra em questões de desequilibradas contas públicas e perspectivas futuras para o país. Donald Trump é conhecido por promover as recentes reformas fiscais têm isenções fiscais maciças. As receitas e os consequentes aumentos dos gastos públicos tornam o país parte do financiamento vem da dívida pública. Tal política é considerada perigosa e crucial, pois pode levar a altas taxas de juros e inflação no longo prazo. Em 2007, com a revogação da CPMF, o Brasil já sabia quando era livre de impostos e, mais recentemente, com a redução do IPI e outros impostos, ao final do primeiro mandato do governo Dilma Rousseff, e outros atos catastróficos.

A Taxa de imposto de renda mais baixa para os mais ricos da América vem com propostas para controlar os gastos públicos. Uma das medidas afetará a saúde pública e se desenvolveu durante o governo Obama, resultando em ativos. Portanto, é uma tendência agravar a desigualdade social. Isso porque o país vai pagar mais juros e menos taxas de imposto de renda para os mais ricos. Estes serão capazes de acumular mais riqueza e ganhar juros mais altos investido ou emprestado ao próprio país. Finalmente, a medida será pressionada de taxas de juros globais. Em suma, para servir os interesses das partes Capitalismo.

Acontece que as políticas neoliberais adotadas por Ronald Reagan foram consistentes como que o mercado espera. O objetivo é desregular a economia e mercados financeiros e o enfraquecimento dos sindicatos e direitos membro da equipe. Também visa criar um negócio e financeiro aberto, beneficiando o capital e as classes abastadas, adotar políticas fiscais e de gastos públicos, ao contrário do que Keynes pensava. A senhora deputada Thatcher seguiu na mesma direção, inspirada no menor estado defendido por Hayek.

Portanto, é necessário observar o peso de cada carga tributária dos grupos populacionais. Mesmo com cargas tributárias moderadas, alguns segmentos de mercado pagam acima da média enquanto outros mal pagam. Por outro lado, se o PIB muito alto, e a carga tributária tende a ser menor. Com isso, o volume total da renda será muito maior devido à base econômica. Quando se analisa o PIB de vários países as seguintes conclusões são tiradas: Aqueles com menor percentual da carga tributária, são os com um PIB muito maior. Os países com maior PIB têm cargas tributárias mais baixas.

Em 2015, o Brasil ficou em 79º lugar no ranking do IDH. Tem um Índice de Desenvolvimento Humano de 0,75, mas sua renda per capita é inferior a US\$ 10.000. Foi verificado que ao julgar por esses dados, o Brasil não conseguiu compatibilidade de produção, referente a sua extensão territorial, população e riqueza disponível. Enquanto nos Estados Unidos, um país com características muito semelhantes, tem dez vezes o PIB que o Brasil possui (mais de 18 trilhões contra apenas 1,8 trilhão). O PIB per capita do país é mais de \$ 56.000, enquanto no Brasil é cerca de \$ 8.000.

No entanto, o Brasil tem investido no setor social e direcionado a mobilização de recursos Índice de Desenvolvimento Humano. Além de todas as políticas públicas mencionadas, o Brasil busca reduzir com o objetivo de garantir melhores métricas Índice de Desenvolvimento Humano.

O Brasil tem melhores métricas de IDH nas regiões Sul e Sudeste, em algumas cidades mais desenvolvidas. No entanto, algumas cidades têm IDH inferior ao da Índia e da China. Notavelmente, o IDH para ambos os países está abaixo de 0,7. A Índia tem uma grande população, mas seu PIB é incompatível com essa população. Além disso, tem um desempenho ruim em sua capacidade de reduzir a desigualdade social.

Deve-se notar que cuidar de uma grande população também é uma parte importante do trabalho. Barreiras para proporcionar aos cidadãos uma melhor qualidade de vida. Um dos países menos populosos é a Suíça, com apenas oito milhões de habitantes. No entanto, tem o PIB per capita supera 81.000 dólares americanos, e o IDH ocupa o segundo lugar no país Ranking dos

países listados na tabela. Idealmente, o estado deve ser capaz de arrecadar dinheiro suficiente para cobrir suas despesas, não responsabilizando pelo futuro.

Nesse diapasão, receitas e despesas são binômios dos saldos das contas públicas. E se as receitas e despesas são muito próximas, significa que os valores derivados pelo país serão arrecadados aqueles que ele restituirá aos serviços públicos, fornecendo bens e pagamentos de juros. Portanto, quando a renda bruta arrecadada pelo Estado é verificada, uma pessoa tem a dimensão exata de quanto você tem para gastar. O Estado pode até gastar mais do que arrecada. No entanto, quando o faz, deve às gerações futuras, fazendo com que paguem o preço de taxas de juros adicionais. Portanto, é importante entender a receita arrecadada pelo Estado aplicam-se a todos os cidadãos. Várias fórmulas podem ser usadas para o cálculo. Mais simples ainda é verificar a receita efetivamente arrecadada. Mas como o cálculo para referência, pode ser feito a partir do PIB.

Vale ressaltar que é isso que o Estado deve gastar em cada cidadania total, nenhum empréstimo é considerado neste cálculo. Se acontecerem, mais recursos estarão disponíveis, mas devem ser pagos posteriormente, incluindo juros e reabastecimento. Além disso, o recíproco do valor deduzido não está incluído neste cálculo. Juros e amortizações decorrentes de dívidas incorridas no passado. O valor já foi usado e calculado por gerações anteriores, mas será deduzido dos recursos disponíveis por pessoas contemporâneas. No entanto, é importante notar que esta análise deve levar em conta muito tempo. Portanto, este valor está disponível para referência para cada cidadão.

2.2 Desigualdades Sociais E Regionais Na Distribuição De Receitas Para Os Entes Federados

O modelo de distribuição de renda entre os entes federativos acaba rendendo desigualdades regionais, pois os recursos disponíveis em cada região não são para atender às suas necessidades. Além disso, a renda per capita, em muitas cidades do norte e nordeste são pequenas e difíceis de atender básico. Muitos deles não têm renda disponível para investir em investimentos em educação, saúde e outros serviços. Se uma área tem um PIB menor, o crescimento econômico será muito restrito. O resultado é o aumento da desigualdade social.

O Brasil é um país de contrastes, prosperidade e bom em algumas áreas. Outros, por falta de desenvolvimento econômico, situação atual grave causa desigualdade social. Como exemplo de prosperidade, a cidade de Barueri, em São Paulo. Ele retém toda a receita coletada das administradoras de cartão de crédito. Crédito faturado lá devido às taxas reduzidas aplicáveis a esta atividade, sua renda per capita é cem vezes maior que a de muitos municípios do Nordeste. A questão é a distribuição dos poderes tributários, e a distribuição de renda entre os entes federativos cria desigualdades regionais. O maior PIB está nas regiões sudeste e sul, fazendo com que os impostos cobrados sobre essas áreas sejam mais fortes.

Na distribuição de renda entre os entes federativos, o número de emendas parlamentares é proporcional ao número de deputados em cada Estado. Existir as regiões Sul e Sudeste estão bem mais representadas do que as demais regiões. Então existe um percentual de renda da

produção do sul e sudeste aumentou alocar recursos transferidos voluntariamente na proporção dos parlamentares fazendo alterações no orçamento.

Inegavelmente, as desigualdades sociais e regionais na distribuição de receita dos entes federativos faz com que o maior investimento seja nas regiões mais desenvolvidas pois geram maiores atrasos em regiões menos desenvolvidas. A requalização da distribuição de impostos pode reduzir desigualdades regionais, principalmente comparando o Nordeste e o Sudeste.

O atual sistema tributário não permite que os estados mais pobres se desenvolvam e se tornem independentes. Além do Distrito Federal, estados ricos como São Paulo e Rio Grande do Sul têm a dependência da FPE é muito menor do que nos estados do Norte e Nordeste. Isso se deve ao fato de que em outros lugares, sobre impostos especiais de consumo, cuja receita não permanece no país efetivo o produto de consumo, mas com o país produtor.

Neste caso apenas a alteração no caso de impostos como ICMS não pertencerem ao país de fabricação. Por outro lado, esse modelo poderia eventualmente desencadear um conflito fiscal entre os Estados. Quando isso acontece, os entes federados mais ricos têm meios para enfrentar e vencer os conflitos fiscais, enquanto nesse processo, os estados mais pobres ficam sobrecarregados.

3. CONCLUSÃO

Com base nos argumentos apresentados ao longo do trabalho, pode-se concluir que usar tributação como ferramenta de ajuste socioeconômico para o desenvolvimento do país. Como já foi demonstrado, atualmente o maior peso da carga tributária recai principalmente sobre consumo e produção. Tem um baixo impacto na renda e na riqueza, isso sem falar nos ganhos obtidos nos mercados financeiros especulativos.

Para todos isso justifica a imposição de um imposto sobre qualquer movimento financeiro. Esta é a melhor maneira de minimizar o impacto da gangorra constante resultante de especuladores em bolsas de valores e mercados de balcão.

Os mercados de capitais são impessoais a qualquer responsabilidade pela geração de emprego e renda de pessoas ou o impacto ambiental de seus investimentos. É apenas maximização do lucro.

Com o reajuste proposto, o custo de uma operação financeira só é especulativo e de curto prazo, vai inibir os aventureiros de se acostumarem ações financeiras arriscadas que pressionam os mercados e os valores das moedas.

É sabido que os lucros do capital especulativo não produzem bens e serviços. Portanto, tributar as transações financeiras de financiamento do Estado será reforçado, contribuindo assim para os saldos das contas pessoais. Além disso, incentivará aqueles que possuem grandes somas de dinheiro a usá-lo para atividades produtivas.

Um dos maiores desafios na implementação dos ajustes propostos é eliminar ou pelo menos, reduzir o sistema tradicional de pressão sobre o poder legislativo de certos grupos, servindo ao interesse geral da sociedade.

No entanto, o atual modelo tributário tem tido o efeito contrário da proposta de acordo com a constituição de 1988. É necessário aderir aos princípios estabelecidos em seu texto e ajustar adequadamente o sistema tributário e os requisitos de desenvolvimento sustentável.

Por fim, o sistema tributário apresentado nesta resenha referem-se aos impostos que podem e devem ser utilizados como principal ferramenta de ajuste socioeconômico. Cuidadosamente planejado e portanto, o Estado apresentará será menos desigualdade, promovendo o desenvolvimento sustentável e protegendo o meio ambiente, o presente e no futuro. O resultado final disso é a realização dos direitos humanos fundamentais da Humanidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Delano Carneiro. **Tributação Como Instrumento De Regulação Socioeconômica Para A Promoção Do Desenvolvimento Nacional.** Disponível em: <file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/TESE%20-%20DELANO%20-%20FINANCEIRO.pdf>. Acesso em 26 mar. 2022.

NUNES, José António Avelãs. **A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA IDOSOS NO MUNICÍPIO DE TERESINA- PI

LEDA MARIA CARVALHO MACHADO:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro
universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

RODRIGO ARAÚJO SARAIVA

(Orientador)¹⁸³

RESUMO: Este estudo buscou adentrar na temática da violência doméstica contra idosos, especialmente para o contexto da cidade de Teresina-PI, relacionando como o recorte municipal reflete os números e as medidas tomadas para a proteção e prevenção de atos de violência contra o idoso. Utilizou-se o método de abordagem dedutiva, através de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, doutrinas e legislação comparada. Os resultados demonstraram que em Teresina a violência doméstica contra idosos mais presente é a violência financeira, seguida pela agressão física e psicológica, que o agressor na maioria das vezes é usuário de drogas e convive no mesmo domicílio do idoso. Concluiu-se que as diretrizes jurídicas muitas vezes não têm direcionamento Estatal, penalizando o agressor de forma inconsistente ao permitir que ele volte à residência do idoso, sendo ineficazes para reprimir de modo duradouro o quadro de violência.

Palavras-chave: Idoso; Violência doméstica; Atos de violência

ABSTRACT: This study aimed to present the theme of domestic violence against the elderly, particularly in the context of the city of Teresina-PI, relating how the municipal data reflects the numbers and measures adopted to protect and prevent acts of violence against the elderly. The method was the deductive approach, through bibliographic research in books, scientific articles, doctrines, and comparative legislation. The results highlighted that in Teresina, the most common domestic violence against the elderly is financial violence, followed by physical and psychological aggression, in which the aggressor is most often a drug user and lives in the same household as the elderly person. It was concluded that legal guidelines often do not have State guidance, inconsistently penalizing the aggressor by allowing him to return to live in the elderly's residence, being ineffective to repress the situation of violence in a lasting way.

Keywords: Elderly; Domestic violence; acts of violence

Sumário: 1. Introdução – 2. O envelhecimento como um fenômeno social; 2.1. A visão social e jurídica da velhice. 3. A violência doméstica contra idosos: atos de violência; 3.1 Violência física; 3.2 Violência psicológica; 3.3 Violência financeira; 3.4. Violência sexual. 4. Papel do estado na proteção do idoso. 5. A violência doméstica contra idosos em Teresina-PI. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

¹⁸³Professor Mestre, orientador do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

A violência doméstica contra idosos é uma temática de grande relevância para o contexto social e jurídico, pois o poder de repressão e prevenção vem da união de fatores das duas origens, que se complementam e conseguem construir um caminho de justiça e cuidados com os idosos. A temática do envelhecimento populacional encontra um espaço de desafio no mundo todo, sendo o acontecimento humano mais comum na história, de forma que a concepção de uma realidade inclusiva e com percepção do idoso como ativo nesta é, não só uma questão de humanidade, como também de essencialidade.

Pautando-se no posicionamento da doutrina para embasar a importância da comunhão de atitudes que devem coexistir, vindas do poder público e do seio social, o presente estudo trouxe em seu íterim a compreensão de alguns autores e o suporte dos dados que englobam a temática. A compreensão da violência doméstica no panorama dos idosos é de grande relevância para com a sociedade como um todo, visto que todas as pessoas estão suscetíveis ao envelhecimento, assim, é de fundamental importância estudar os problemas para analisar as soluções na medida em que a sociedade caminha.

O estudo aqui construído busca adentrar na temática da violência doméstica contra idosos como uma pauta de interesse social geral, mas voltando-se especialmente para o contexto da cidade de Teresina-PI, de modo que se entenda como o recorte municipal reflete os números e as medidas tomadas para a proteção do idoso e prevenção de atos de violência contra este.

Os tópicos do presente estudo foram divididos iniciando-se com a visão do fenômeno do envelhecimento no mundo e também no contexto social brasileiro, seguido da abordagem sobre a violência doméstica em si, distinguindo-se as formas em que pode ocorrer, discorrendo a seguir a visão social e jurídica da violência doméstica contra idosos, adentrando no contexto específico da cidade de Teresina-PI, para também compreender como há um amparo aos idosos dessa região e chegando-se ao último tópico do estudo com a busca pela compreensão do panorama social de Teresina em relação ao Brasil.

2 O ENVELHECIMENTO COMO UM FENÔMENO SOCIAL

O mundo é movido pela ação humana e o envelhecer é algo inerente à humanidade, o que muitas vezes traz mudanças na mobilidade e na independência, carregando inúmeros estigmas, além das alterações na saúde. Esses fatores combinados tornam os idosos um grupo com muito mais fragilidade, sendo, então, suscetíveis a sofrer violência doméstica em suas inúmeras possibilidades de ocorrência, sendo essencial que a sociedade acolha o idoso, de modo a prevenir e reprimir as agressões as quais ele está sujeito.

Tão importante quanto entender o direito dentro da questão é encarar a problemática social que envolve a terceira idade e suas particularidades. Pois o fenômeno do envelhecimento traz complexidade dentro do contexto natural que tem, de modo que enxergar a velhice integrando os conceitos biológicos e sociais traz um ponto de vista real de como é a vivência do idoso, auxiliando na promoção de medidas práticas que auxiliem de fato a sua jornada.

2.1 A visão social e jurídica da velhice

A constatação da morte traz em seu encargo a percepção de que a vida tem uma finitude que, fora do plano das intempéries, é calculada através do corpo humano, das suas capacidades e possibilidades. A velhice é uma percepção majoritariamente biológica do tempo, e como implacável acontecimento já teve espaço em diversas discussões filosóficas e em várias sociedades.

Compreender a terceira idade, portanto, é enxergar como a sociedade percebe esse fenômeno irrefreável, e também o direito, sendo este um reflexo social em suas medidas. É importante estudar constantemente a percepção social e jurídica da velhice para que não sejam, os idosos, negligenciados em seu encaixe num mundo dinâmico e que, dentre um contexto de modernidade, tende a enxergar o ser humano como um objeto de trabalho e medir o seu valor pela sua produção.

Uma forma de entender como os idosos são enxergados é buscar levar o olhar às políticas públicas de acessibilidade, de introdução de melhorias e de auxílios à participação ativa dos idosos na sociedade, pois é fundamental que eles sejam priorizados em muitas situações e incluídos de acordo com as suas necessidades. Ainda, é fundamental enxergar como a velhice é conceituada e entendida no seio social.

Em uma pesquisa descritiva no município de Pau dos Ferros, perguntou-se a participantes de 18 a 60 anos de idade (tendo sido a idade média 38,5 anos), a respeito de quem é o “considerado velho” na sociedade, e a maioria dos participantes confirmou que a aparência física é a característica mais marcante para identificar uma pessoa velha, seguido por: vivências e experiências e idade cronológica (SILVA JÚNIOR et al., 2016).

A observação desse critério de pergunta de forma isolada mostra que a percepção da velhice num público de participantes com idade inferior a 40 anos é tida majoritariamente por fatores biológicos, reflexindo um contexto que a fragilidade do envelhecimento corporal é mais determinante para que se enxergue alguém como “velho”. A pesquisa mostrou ainda que:

Os participantes identificam o processo de envelhecimento através das mudanças no organismo reveladas no transcurso dos anos: O ser idoso é uma pessoa diferente, envelhecida. Não dá para comparar o corpo de um idoso com o corpo de um jovem (P7); uma pessoa com o corpo envelhecido (P11). A idade biológica se define através das mudanças corporais e mentais que são percebidas ao longo do processo de desenvolvimento e caracterizam, dessa forma, o envelhecer (SILVA JÚNIOR et al., 2016, p. 05).

A percepção do envelhecimento é, então, muito mais pelas limitações físicas e intelectuais que compõe a terceira idade, sendo uma forma de enxergar um fenômeno natural de forma negativa, prevalecendo sobre a visão da vida além da juventude como uma experiência completa, e não em declínio. A pesquisa em seu resultado refletiu exatamente essa questão:

Os resultados da pesquisa evidenciaram aspectos de representações sociais dos participantes sobre o processo de envelhecimento. Para eles, as

vantagens de se chegar à velhice trata-se das vivências e experiências adquiridas, bem como o amadurecimento. Em contrapartida, os participantes que identificam o envelhecer através da idade cronológica, do organismo do indivíduo e mesmo aqueles que não souberam caracterizar ou como identificar uma pessoa como velha, têm uma imagem negativa do envelhecimento humano (SILVA JÚNIOR et al., 2016, p.11).

Assim, percebe-se que a forma com que a sociedade enxerga a terceira idade traz um contexto que torna essencial que o direito enxergue o idoso como alguém que precisa de amparo para ter uma vida plena, apesar das dificuldades que podem vir com o envelhecimento biológico, sendo papel do Estado promover auxílio inclusivo.

Estabelecer uma proteção legal é obrigação do Estado, sendo o direito uma ferramenta de cuidado e inclusão do idoso no meio social do qual ele continua fazendo parte e sendo ativo, ainda que a velhice traga implicações sobre a sua autonomia, sendo a sua humanidade ferida quando a sua participação plena na sociedade não é resguardada, por conta de reflexos da sua idade.

3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA IDOSOS: Atos de violência

Este estudo tem como foco a violência doméstica contra o idoso em seus diversos tipos, tanto psicológica e financeira quanto física e sexual, além dos casos de negligência, que se fazem muito presentes quando a vítima perde todo o apoio familiar, social e estatal, por estar em uma condição mais limitada em detrimento do envelhecimento em si. A compreensão de como a violência acontece é vital para que se enxergue onde deve atingir a legislação e as ações sociais.

O envelhecimento é inerente à todas as pessoas, e aliando-se esse fato ao aumento da expectativa de vida na sociedade contemporânea, percebe-se que há uma projeção de aumento cada vez maior do número de idosos, o que traz à tona um aumento de casos em que estes tem os seus direitos corrompidos, ficando vulneráveis a diversos tipos de violência e precisando de um amparo social e legal para manterem sua dignidade humana.

Compreender um fenômeno humano corriqueiro como a velhice dentro de uma sociedade que caminha cada vez mais rápido rumo a um futuro tecnológico e conectado, requer enxergar que dentro desse recorte social dominado pelo pensamento jovem existem pessoas que viveram sua juventude nas primícias da revolução industrial e digital, que trouxe a realidade atual, e portanto carregam vivências diferentes e tem uma percepção distinta do mundo, tendo uma carga de importância vital em cada novo passo, mas precisando de apoio e proteção para poder se perceber de forma digna.

A vulnerabilidade que vem junto com o envelhecimento torna o idosos sujeito a diversas formas de agressão, tanto no que diz respeito a ato físico e psicológico quanto a questão financeira. Assim, compreende-se que a violência contra idosos tem diversas formas. O Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa, elaborado em 2014, traz em seu íterim o seguinte ponto sobre os tipos de violência:

As violências contra a pessoa idosa podem ser visíveis ou invisíveis: as visíveis são as mortes e lesões; as invisíveis são aquelas que ocorrem sem machucar o corpo, mas provocam sofrimento, desesperança, depressão e medo. A maioria dessas últimas é incontável (MINAYO, 2014, p.37).

Das palavras do manual, se compreende a essencialidade de se desvincular o conceito de ato de violência apenas do físico, já que as sequelas para quem sofre outros tipos de agressão são severas, conforme continua:

A violência contra a pessoa idosa pode assumir várias formas e ocorrer em diferentes situações. Por diferentes motivos, entretanto, é impossível dimensioná-la em toda a sua abrangência: ela é subdiagnosticada e subnotificada. A Lei 12.461 de 26 de julho de 2011 que reformula o artigo 19 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003) ressaltou a obrigatoriedade da notificação dos profissionais de saúde, de instituições públicas ou privadas, às autoridades sanitárias quando constatarem casos de suspeita ou confirmação de violência contra pessoas idosas, bem como a sua comunicação aos seguintes órgãos: Autoridade Policial; Ministério Público; Conselho Municipal do Idoso; Conselho Estadual do Idoso; Conselho Nacional do Idoso. Falamos, pois, de violências visíveis e invisíveis (MINAYO, 2014, p.37).

A definição trazida pela autora do manual repousa na concepção de que não se definem condutas específicas, mas o reflexo dessas condutas nos direitos do idoso, assim, compreendendo-se o que traz o Estatuto do Idoso, entende-se que essa violência pode ser por ações ou omissões:

Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos: (Redação dada pela Lei nº 12.461, de 2011)

- I - Autoridade policial;
- II - Ministério Público;
- III - Conselho Municipal do Idoso;
- IV - Conselho Estadual do Idoso;
- V - Conselho Nacional do Idoso.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico. (Incluído pela Lei nº 12.461, de 2011)

§ 2º Aplica-se, no que couber, à notificação compulsória prevista no **caput** deste artigo, o disposto na Lei no 6.259, de 30 de outubro de 1975. (Incluído pela Lei nº 12.461, de 2011) (BRASIL, 2003, p. 01)

O primeiro parágrafo do artigo do Estatuto, portanto, traz à tona que o conceito de violência não se limita na questão física, mas também a qualquer tipo de ação ou omissão que cause dano ou sofrimento psicológico, abrangendo condutas que muitas vezes passam despercebidas aos olhos da sociedade, mesmo que configurem uma grave agressão à integridade física do idoso.

3.1 Violência Física

A violência física é mais perceptível como um ato violento do que as outras formas, pela obviedade de representar uma agressão e também por que no caso dos idosos, há um manto de fragilidade assim como nas crianças, por se tratar de uma pessoa que não tem a vitalidade e a força de defesa que uma pessoa jovem tem, um alvo ainda mais fácil para o agressor.

Em um de seus artigos iniciais, a Lei 10.741 traz com clareza a importância de abordagem da temática da violência contra os idosos de forma incisiva, ao determinar que:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados (BRASIL, 2003, p. 1).

Do texto, entende-se as diversas formas de agressão que o idoso pode sofrer, também se enquadrando a discriminação e opressão, agressões que se valem da fragilidade adquirida com a idade para silenciarem o idoso, que tem a sua dignidade relativizada ao não ser tratado de forma humana.

Com a pandemia do COVID-19, se agravou a situação dos idosos que sofrem agressões, o que torna ainda mais explícita a necessidade de formular políticas públicas que ajudem na prevenção e repressão desse crime. Fuentes, em reportagem sobre a precariedade de políticas públicas e o reflexo da pandemia no aumento da violência contra idosos, afirma:

Essa medida de isolamento, por mais efetiva que seja para diminuir o contágio do vírus, acabou aumentando o número de casos de violência contra o idoso no ano de 2020. De acordo com dados disponibilizados pelo Disque 100, canal de atendimento que recebe, analisa e encaminha denúncias de violação dos direitos humanos para os órgãos competentes, de 2019 para 2020 o número de chamadas para reportar algum tipo de violência contra o idoso foi de 48,5 mil para cerca de 77 mil denúncias; houve um aumento de 53% no número de denúncias. Até o primeiro semestre de 2021, o número de denúncias registradas ultrapassou 30 mil (FUENTES, 2021, p. 1).

O aumento relatado na central de atendimentos é grave por que ainda que traga denúncias, elas são devido ao aumento de casos, não necessariamente são denúncias de idosos que já sofriam agressão antes da pandemia, o que mostra que a restrição de convivência social teve um forte impacto nas relações familiares e na qualidade de vida dos idosos, estes ficaram mais passíveis de sofrer diversos tipos de agressão, sendo difícil até mesmo conseguir denunciar pela convivência no mesmo lar.

A questão da agressão física revela um contexto no que diz respeito ao ato que configura uma violência, pois muitas pessoas podem pensar que para que seja violência física deve haver um contexto de grande proporção, quando o dano não precisa estar evidente para que seja assim caracterizado, sendo importantíssimo observar que a relação familiar do idoso com o agressor não atenua a atitude violenta, seja ela de leve lesão ou grave.

Nem sempre o ato violento vai levar à uma hospitalização do idoso, e ainda que não deixe marcas físicas, é configurada a agressão, cabendo a responsabilização do agressor e sendo uma forma de violar a dignidade humana do idoso que foi agredido.

3.2 Violência Psicológica

A abordagem multifatorial do fenômeno da agressão é importantíssima para a conscientização das pessoas que testemunham os atos de violência, isso por que muitas vezes a agressão psicológica passa despercebida, assim como a financeira, e ainda que seja testemunhada a ação do agressor, há um pensamento disseminado e errôneo de que só a agressão física qualifica o crime.

Assim como o prejuízo material, que ainda será visto, o prejuízo emocional é uma modalidade de agressão suficiente para que seja feita denúncia, até por que a integridade mental e financeira do idoso faz parte de um suporte essencial na sua qualidade de vida, ainda mais considerando-se que o fenômeno do envelhecimento muitas vezes implica em uma necessidade de cuidados com a saúde e consequentes gastos financeiros e dispêndio de força emocional pra lidar com os problemas:

O abuso psicológico é o mais sutil e inclui comportamentos que prejudicam a autoestima ou o bem-estar do idoso, entre eles xingamentos, sustos, constrangimento, destruição de propriedades ou impedimento de que vejam amigos e familiares. O abuso financeiro inclui o uso ilegal de dinheiro, propriedade ou ativos de uma pessoa idosa, enquanto a negligência envolve a falha no atendimento de suas necessidades básicas, como alimentação, habitação, vestimentas e cuidados médicos. Entre os efeitos do abuso à saúde estão lesões traumáticas e dor, assim como depressão, estresse e ansiedade. A violência contra idosos pode levar a um risco aumentado de colocação em institutos de longa permanência para idosos, uso de serviços de emergência, hospitalização e morte (REDAÇÃO, 2019, p. 1).

A agressão em todos os aspectos traz prejuízo para a vítima e, quando não é óbvia como na violência física, pode inclusive ter o condão de se alongar no tempo, de tal forma que os prejuízos sejam maiores do que a dor física, inclusive por muitas vezes colocar a vida do idoso em risco, quando este precisa de seus recursos financeiros para tomar seus cuidados diários e estes lhe foram tirados.

Um agravante nas denúncias de violência doméstica contra idosos é o laço entre o agressor e a vítima. Fuentes trouxe dados do Relatório anual de direitos humanos que afirmam que uma enorme parte dos suspeitos são os próprios filhos:

De acordo com o relatório anual divulgado em 2019 pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), existe uma relação de convívio familiar entre o suspeito de violência e a vítima. Em torno de 65% dos suspeitos são filhos da vítima. De acordo com Bibiana, esse envolvimento afetivo entre o agressor e a vítima é um fator que leva a casos de violência passarem despercebidos pela vítima que, por conta do laço, não reconhece a agressão ou passa por um processo de internalização da agressão por não querer gerar implicações negativas contra o agressor. “Muitas vezes, quando o idoso faz a denúncia, depois ele imediatamente quer retirar essa denúncia, porque gostaria apenas que o filho ou a filha levasse um susto, mas não gostaria que realmente houvesse uma consequência mais séria”, relata Bibiana. Muitos idosos desistem da denúncia e terminam por sofrer ainda mais diante do laço familiar, e ainda há a questão da dependência que a vítima tem do agressor, que muitas vezes é o único membro familiar com quem o idoso pode contar para resolver tudo o que precisa cotidianamente. A agressão muitas vezes se torna tão comum que o idoso se força a viver sob constante humilhação por medo de reagir (FUENTES, 2021, p. 2).

Conforme visto em tópico anterior, a violência física considerada “leve” já traz uma carga de dúvida até mesmo pela vítima, e assim também se dá com a violência psicológica, que formula uma forma de agressão muitas vezes silenciosa, e que traz danos severos à integridade do idoso. Num estudo de pesquisa de Torres, houve a percepção de que é mais predominante a violência psicológica que a física contra idosos:

No Distrito Federal, no que diz respeito à violência psicológica cometida contra o idoso, tem-se um índice percentual que corresponde à 45,53% dos casos registrados. Entende-se, então, que a violência psicológica é marcadamente expressiva no DF. De maneira geral, a violência contra a pessoa idosa, seja ela psicológica ou não, é realizada pelo filho (28,71%) e filha (15,89%). (TORRES, 2010, p.34)

É alto o percentual por ser, conforme dito, a mais silenciada modalidade de ato de violência, pois muitas vezes só se reflete quando o idoso se manifesta, e a opressão sofrida, especialmente

quando se trata dos filhos, torna muito mais difícil o estabelecimento da visualização da violência psicológica.

3.3 Violência Financeira

A violência financeira tem raízes profundas na autonomia do idoso, pois a construção de uma vida financeira estabilizada traz segurança para a velhice em tudo, desde a alimentação até a compra de medicamentos que muitas vezes são necessários, sendo um aspecto importantíssimo de discussão e fiscalização.

A agressão ao financeiro do idoso é uma forma de corromper a sua liberdade de locomoção, manutenção de saúde e deixá-lo vulnerável e sujeito a viver sob o teto do seu agressor, reduzindo até mesmo as chances de que seja feita uma denúncia, ainda mais tratando-se de um ato criminoso que é na grande maioria das vezes realizado por parentes próximos da vítima:

A violência financeira contra o idoso pode acontecer por parte de familiares, conhecidos e Instituições. Muitas vezes, os idosos são coagidos para que assinem procurações, peguem empréstimos consignados, com desconto em folha, para quitar débitos ou comprar bens para filhos e netos. Além dos empréstimos, eles também acabam contraindo dívidas com financiamentos e cartões de crédito. "A melhor forma de se proteger é se manter informado e manter o controle da sua vida financeira", explica o Promotor de Justiça. Martins destaca ainda que, quando o idoso estiver em caixa eletrônicos, deve pedir ajuda somente a funcionários da instituição (MPSC,2019, p. 1).

A violência financeira, portanto, não se resume a utilização dos bens do idoso, não sendo restringido ao ato claro de utilizar a aposentadoria do idoso em benefício próprio ou persuadi-lo a entregar os proventos, mas também se aplicando à obtenção de empréstimos em nome do idoso, procurações e outras questões, sendo uma forma de violência que pode vir acompanhada de violência psicológica para fazer o idoso aceitar uma transação que não quer ou não tem conhecimento.

3.4 Violência Sexual

Pouco tratada, porém de grande importância, a violência sexual contra idosos é uma agressão que não tem muito conhecimento, e não se trata apenas do estupro contra idoso, ato que tem uma natureza tão perversa que pela sua própria agressão já reflete o quão danosa é, ainda mais quando se une ao fato de que o idoso tem muito mais vulnerabilidade.

Porém, a violência sexual contra idosos também ocorre de formas pouco mencionadas, conforme denuncia Malagutti:

Uma forma pouco comentada é impedir os relacionamentos amorosos entre os idosos. Esse tipo de violência ocorre também em Instituições de Longa Permanência. Há uma ideia muito comum na população de que os

velhos são ou deveria ser assexuado, o que é comprovado de preconceito social e abuso de poder. Como sinais e sintomas podemos destacar: queixas de ter sido agredido(a) sexualmente; comportamento sexual que não combina com os relacionamentos comuns do idoso e com a personalidade antiga; mudanças de comportamento inexplicáveis, como agressão, retraimento ou automutilação; queixas frequentes de dores abdominais; sangramentos vaginais ou anal inexplicável; infecções genitais recorrentes ou ferimentos em volta dos seios ou da região genital; roupas de baixo rasgadas com nódoas ou manchas de sangue (MALAGUTTI, 2018, p. 1).

A agressão sexual traz como fatores de riscos algumas situações, como a idade mais avançada, recursos econômicos e sociais prejudicados, contato social escasso, debilidade funcional, abuso de substâncias (seja pelo abusador ou pelo idoso) e também questões psicológicas e de personalidade patológica (MAGUTTI, 2018), sendo um quadro multifatorial, que não se limita ao assédio em si, mas precisa de atenção para ser prevenido e reprimido, em especial quando se trata de instituição com cuidadores.

4 O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DO IDOSO

A inserção de políticas públicas deve ocorrer justamente para auxiliar as vítimas e servir como um apoio para mostrar que o cenário de agressão não é a única opção do idoso, o Estado deve intervir não só para reprimir a conduta do agressor, mais cuidar das necessidades do idoso para que ele se veja independente do agressor. A lei em si prevê ações que precisam de um planejamento estratégico para se tornar realidade, de modo que saia do plano ideológico e de fato funcione em prol da defesa do idoso vítima de agressão. Fuentes assim ressalta a questão:

Segundo o estatuto do idoso, qualquer pessoa acima de 60 anos tem acesso a direitos básicos como a vida, a saúde, a liberdade, ao lazer, à dignidade, entre outros que seguem a mesma premissa de gozo à vida. No entanto, outras políticas públicas e infraestruturas de apoio ao idoso são necessárias para manutenção ou garantia desses direitos. Deusivania, ao avaliar as infraestruturas, ressaltou que órgãos do sistema de saúde como as Unidades Básicas de Saúde e os hospitais e órgãos de assistência social devem estar capacitados para identificar sinais de violência e informar as autoridades. Do ponto de vista comunitário, ela destaca a importância da manutenção e da ampliação dos equipamentos sociais da rede de proteção formal e informal ao idoso citando, como exemplo, as delegacias do idosos (FUENTES, 2021, p. 2).

A mera composição de uma legislação que traga os direitos do idoso e as medidas para quem o agride, seja física ou psicologicamente, não é suficiente para que se ampare os idosos vítimas de violência de forma efetiva, servindo meramente como um parâmetro, é preciso a

implementação de políticas públicas efetivas voltadas à qualidade de vida do idoso, para que ele tenha percepção de que sua realidade dentro de um ambiente hostil não é aceitável.

O pensamento sobre o idoso deve vir tanto das políticas públicas quanto da própria sociedade, já que todos estão em um status de envelhecimento constante, como demonstrado:

De acordo com uma projeção do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população idosa no Brasil irá chegar na casa dos 76 milhões em 2050, algo em torno de 29% da população. Para Deusivania, o envelhecimento da população revela como muitos familiares e setores da sociedade não sabem como lidar com pessoas idosas. Não só isso, mas como os profissionais também não possuem o preparo necessário para lidar com esse tipo de situação de violência. "Nós não temos, por exemplo, na maior parte das nossas universidades, disciplinas focadas na velhice ou até mesmo no envelhecimento e isso é algo que deve ser de alguma maneira modificado rapidamente", afirma ela. Segundo a especialista, é necessária a promoção de medidas educativas em torno da questão do envelhecimento saudável, mobilizando, tanto individualmente quanto coletivamente, a sociedade assim como os especialistas em cuidados gerontológicos de forma a contribuir para um ambiente familiar saudável e sem violência (FUENTES, 2021, p. 3).

Compreender o idoso requer uma reflexão constante sobre como a sociedade encara o fenômeno do envelhecimento, de modo que, se não existe um preparo para as mudanças normais que acontecem com as pessoas neste processo.

No município de Teresina, estado do Piauí, as ocorrências de violência contra idosos também tiveram um aumento no período pandêmico de COVID 19:

A Secretaria Municipal de Cidadania, Assistência Social e Políticas Integradas (Semcaspi), por meio da Gerência de Proteção Social Especial (GPSE), aponta que entre os meses de janeiro a abril deste ano, as ocorrências com maiores índices de violências contra os idosos são: violência intrafamiliar, com 14 registros, e negligência ou abandono, com 29. Os dados são levantamentos dos Centros de Referência Especializados em Assistência Social - Creas (PMPI, 2021, p. 1).

Ainda sobre a questão da violência contra idosos e seu aumento no número de denúncias na pandemia de COVID 19 ao redor do Brasil, uma reportagem da Universidade Federal de Alagoas assim mencionou a ocorrência do crime em Alagoas:

Segundo a Lei de Acesso à Informação, o número de denúncias de violência e de maus tratos contra os idosos cresceu 59% no Brasil durante essa pandemia da covid-19. Os números são assustadores. Entre março e junho de 2020, foram

25.533 denúncias. No mesmo período de 2019, foram 16.039. Para chamar a atenção sobre essa realidade, o dia 15 de junho é reconhecido como o Dia Mundial da Conscientização da Violência contra a Pessoa Idosa e é um marco para as manifestações de oposição aos abusos e aos sofrimentos infligidos à população idosa (UFAL, 2021, p. 1).

Os números, colocados lado a lado com o fato de que os idosos podem ter menos chances de denunciar por conta do isolamento social que muitas vezes acontece com o agressor, mostram que o aumento de casos teve um aumento muito grande, de mais da metade, sendo um reflexo estarrecedor de uma realidade piorada que precisa de medidas e ações para romper o ciclo da agressão, seja psicológica, financeira, sexual ou física.

É essencial que o olhar social para o envelhecimento seja feito de forma inclusiva, pois só assim os estigmas são quebrados e substituídos pela busca de manutenção de uma qualidade de vida para os idosos. A dignidade da pessoa humana é inerente a todos os seres humanos, e não deve se distinguir a sua forma de exercer essa dignidade em virtude de limitações inerentes ao envelhecimento, algo que todos estão sujeitos e fadados a vivenciar.

5 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA IDOSOS EM TERESINA - PI

A contextualização da violência contra idosos em um recorte regional traz uma visão mais específica, auxiliando assim na manutenção de um constante estudo, que acarreta na observação de medidas constantes das políticas públicas providenciadas em desenvolvimento, para reduzir e reprimir o quadro de violência doméstica contra idosos de forma mais incisiva na localidade em questão, atingindo as problemáticas de maior incidência.

O panorama da violência doméstica contra idosos na perspectiva municipal é estabelecido de modo que o acesso seja nacional, mas que a medida seja local, para que tenha mais agilidade. A defensora pública Dra. Sarah Miranda, do município de Teresina, descreveu como funciona a regionalização do atendimento de um sistema nacional de denúncia:

A Defensoria trata do combate à violência seja ela física, psicológica, moral ou patrimonial. No Núcleo, temos um setor de atendimento onde coletamos as informações. No caso de identificarmos que existe a necessidade de entrar com medida protetiva fazemos o encaminhamento necessário. Trabalhamos em Rede, mas também fazemos visitas às residências para verificar a situação”, explicou. Com relação a denúncias sobre maus tratos a idosos, Dra. Sarah Miranda, informou que pode ser feita de forma anônima. “Existe um telefone que é o disque 100, que é da Rede Nacional de Proteção ao Idoso. Através dele é possível denunciar qualquer tipo de violência contra idosos, em qualquer Estado e anonimamente. Ao ser feita a denúncia é acionada a Rede de Proteção local e destinada equipe para averiguar. Constatada a violência serão tomadas as medidas que se fizerem necessárias. Notamos que por conta

do disque 100 as pessoas têm tido mais coragem de denunciar”, disse a Defensora (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ, 2016, p. 1).

A questão traz à tona a essencialidade de que a denúncia seja feita e a observação de que a prevenção e repressão não se restringe a um só tipo de violência, abrangendo também os atos de violência como os vistos neste estudo em tópico anterior, de modo que se busque integrar as ações à realidade percebida, que muitas vezes não é só de violência física, que é geralmente a mais fácil de identificação.

A questão das ocorrências revelou que a maior parte das violências contra idosos, cometidas no período de janeiro até abril de 2021 foram: “violência intrafamiliar, com 14 registros, e negligência ou abandono, com 29. Os dados são levantamentos dos Centros de Referência Especializados em Assistência Social (Creas)” (PESSOA, 2021, p.1).

Há uma busca pela prevenção da violência contra idosos em Teresina-PI através do Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), uma realização da Secretaria Municipal de Cidadania, Assistência Social e Políticas Integradas (SEMCASPI), sendo voltadas as ações para conscientização (PESSOA, 2021).

O quadro de violência contra idosos em Teresina pode ser visto pela Delegacia de Proteção ao Idoso, que no segundo semestre de 2021 recebeu 105 denúncias de agressões, sejam casos de violência ou maus-tratos, realizados em sua grande parte por familiares, e dentro desse grupo, dependentes químicos (RODRIGUES; MARQUES, 2021).

Mais denúncias vieram à baila na operação Vetus II, que teve como objetivo trazer um impulso ainda maior aos casos de violência doméstica contra idosos no município:

No dia 15 de outubro deste ano a operação Vetus II foi deflagrada pela Delegacia do Idoso e finalizada na quinta-feira (18). O objetivo era intensificar as ações nos casos de violência e maus-tratos. Não foram realizadas prisões, mas foram recebidas 105 denúncias, algumas das quais devem se transformar em inquéritos. A delegada Daniela Barros, titular da Delegacia do Idoso, informou que muitas agressões acontecem dentro de casa, por pessoas próximas e que deveriam cuidar da vítima. “Quando ela acontece no âmbito doméstico, na sua grande maioria acontece praticada por parentes e familiares, normalmente dependentes químicos que coabitam com idosos, que são filhos e netos. A extorsão acontece nessa situação, quando ele exige que o idoso lhe dê dinheiro para a aquisição de drogas, então é um fato lamentável, mas que é muito comum”, informou (RODRIGUES; MARQUES, 2021, p. 1)

Há uma ligação fatídica percebida nos casos de agressões familiares em Teresina, em números expressivos dos dados apurados pela operação, refletiu-se que o agressor é usuário de drogas, o que mostra que é um quadro em que as políticas públicas são também essenciais para buscar reduzir a violência tanto por ações repressivas quanto por ações de prevenção ao uso de drogas e exposição do idoso a uma situação de vulnerabilidade.

A gravidade é denunciada pela delegada da operação Vetus II, ao afirmar:

“A Central de Flagrantes realiza prisões quase que diariamente, principalmente nos finais de semana. É uma constante. É lamentável, porque o dependente químico só quer satisfazer o seu vício. Enquanto ele estiver na convivência do idoso, ele vai agredir. Então em muitas situações temos que fazer o afastamento cautelar desse agressor, alguns têm que ser presos, tem casos de alguns que agredem no final de semana, vai solto e depois já vai preso novamente”, disse a delegada. Daniela Barros afirmou que muitos agressores já são conhecidos da polícia. Como eles não buscam tratamento, acabam passando constantemente pela delegacia (RODRIGUES; MARQUES, 2021, p.02)

Proteger o idoso de um ato violento que ocorre em sua própria casa, portanto, é construir um sistema que enxergue essa violência pelo quadro grande que ela representa, e não apenas retire o agressor da convivência momentaneamente, de forma que ciclicamente ele volte à convivência.

O fato de a maioria dessas agressões serem praticadas por dependentes químicos em Teresina reflete um problema sério que deve ser enfrentado de forma multifatorial, e não apenas com o aprisionamento temporário do agressor, que inclusive muitas vezes não é denunciado justamente por ser familiar do idoso.

É necessário enxergar o recorte municipal sob os problemas específicos que se percebem nele, de modo que a busca por cuidados com o idoso que está numa situação de agressão seja feita efetivamente, e não se percebe efetividade num sistema de aprisionamento tão falho que torna o agressor um visitante frequente da delegacia, como é o caso da realidade do município de Teresina relatada pela delegada.

É um quadro de agravamento de problemas que já existem:

O envelhecimento populacional brasileiro vem ocorrendo antes de o país resolver questões básicas relativas à educação, saúde, emprego e conseqüentemente renda, as quais, se não forem solucionadas, podem agravar-se. Assim, não há certezas sobre como viverão os longevos no que tange à autonomia, renda e saúde. Os idosos, apesar de terem uma renda mais baixa, são mais vulneráveis a diversas condições físicas e sociais, logo, são sujeitos a uma maior violência na sociedade. Nesse sentido, publicações nacionais e internacionais revelam que a violência é considerada um problema de saúde pública (3-5), ressaltando a dificuldade de sua detecção, por requerer atenção e sensibilidade para identificar sinais e sintomas que a caracterizam. (SANTOS et al., 2019, p. 2).

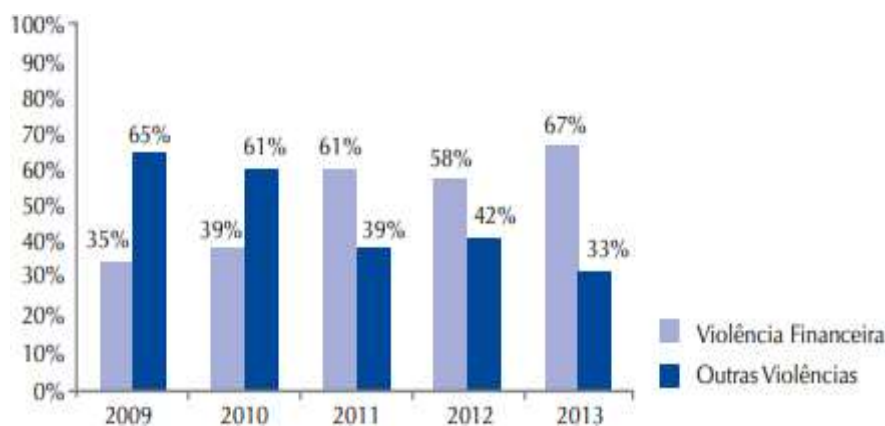
Um estudo realizado a partir de boletins de ocorrência e inquéritos policiais da Delegacia de Segurança e Proteção ao Idoso de Teresina-PI resultou em uma composição analítica de 555 boletins de ocorrência, tendo estes refletido o que se segue:

Entre os 555 Boletins de Ocorrência registrados na Delegacia de Segurança e Proteção ao Idoso, 327 (58,9%) corresponderam à violência econômico-financeira e patrimonial. A idade da vítima variou de 60 a 99 anos, com média de 71,3 (dp=8,2) e mediana 70 anos. Na Tabela 1, os dados mostram que, do total de ocorrências de violência registradas na DSPI, a violência financeira foi superior em relação às demais, e os maiores percentuais foram entre os idosos mais velhos (67,9%), do sexo masculino (70,4%), solteiros (75,0%) e com ensino superior completo ou incompleto (78,6%). Seguindo-se a mesma análise, averiguou-se que o maior número de casos ocorreu na área urbana (59,0%), com maior percentual em local público (92%) e que a maioria foi acompanhada durante a denúncia (60,3%). No entanto, destaca-se que em muitos casos a violência financeira ocorreu concomitantemente a outros tipos de violência: 202 (61,8%) casos de violência psicológica, 36 (11%) de violência física, 21 (6,4%) de negligência, 10 (3,1%) de abandono e dois (0,6%) de violência sexual (SANTOS et al., 2019, p. 3).

O aumento de maior percepção deu-se na agressão sofrida pela violência financeira, estabelecendo pelo estudo um percentual crescente de incidência que supera os outros tipos de violência, embora seja essencial compreender que a ocorrência de violência financeira não implica da inexistência de outros tipos de violência junto. O estudo de Santos et al destacou os números registrados pela Delegacia de Segurança e Proteção ao Idoso de Teresina-PI de 2009 a 2013:

Fonte: SANTOS et al., 2019, p.04.

A maior incidência encontrada no estudo foi financeira, tendo sido de 58,9% (SANTOS et



al., 2019), sendo em geral a vítima um idoso mais velho, do sexo masculino e solteiro, tendo tanto ensino superior completo como incompleto, o que reflete uma realidade em que a vulnerabilidade biológica se faz presente de forma incisiva para que o agressor lesione a vítima, que muitas vezes

não é vitimada apenas financeiramente, mas se unem diversos tipos de agressão, seja física ou de caráter psicológico e sexual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica contra idosos não tem um único ato de agressão, para que seja formulada deve-se enxergá-la como um crime de múltiplas formas de ocorrência que podem ocorrer de forma física, psicológica, financeira e sexual, sendo muito comum que se interliguem agressões e o idoso seja vítima de múltiplas lesões.

O município de Teresina reflete uma situação de violência doméstica contra idosos em que o que mais está presente é a violência financeira, coligada com a agressão física e psicológica e um agressor que na maioria das vezes é usuário de drogas, refletindo uma realidade que precisa de atenção por todos os lados para ser efetiva.

A realidade teresinense repercute a urgente atenção que deve ser dada à causa da violência doméstica contra idosos, com a inserção de medidas direcionadas ao agredido (para proteção e conscientização) e também ao agressor, que muitas vezes não tem direcionamento Estatal e é penalizado de forma insustentável por um meio que o torna um visitante nas celas das delegacias, permitindo que ele volte à residência do idoso e sendo ineficaz para reprimir de modo duradouro o quadro de violência.

Cabe ao Estado promover medidas de proteção, sendo o papel do Direito trazer amparo e efetividade, o que torna essencial a manutenção de programas de conscientização, denúncia e conhecimento, sendo importante enxergar sumariamente a figura do idoso pela sua dignidade humana, sob a defesa que para esta ser preservada precisa ser compreendida por inteiro, chegando até suas vulnerabilidades, de modo que o idoso seja protegido legalmente e possa viver de forma segura em sociedade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Ludgleydson Fernandes de; COUTINHO, Maria da Penha de Lima; CARVALHO, Virgínia Ângela Menezes de Lucena e. Representações sociais da velhice entre idosos que participam de grupos de convivência. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 118-131, mar. 2005. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932005000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 01 jun. 2022.

BRASIL, lei n. 10741/2003. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Diário oficial da união. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 10 mar. 2022

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PIAUÍ, D. Combate à violência contra o idoso foi tema de entrevista na Jockey FM. **Defensoria pública do estado do piauí**, [S. /], p. 1-2, 16 jun. 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.pi.def.br/combate-a-violencia-contra-o-idoso-foi-tema-de-entrevista-na-jockey-fm/>. Acesso em: 25 maio 2022.

FUENTES, Patrick. Aumento de casos de violência contra idosos demonstra falta de políticas públicas: De acordo com IBGE, a população idosa no Brasil irá compor cerca de 29% da população, contudo, falta de políticas públicas para promover amparo ao idoso pode afetar a qualidade de vida dessa parcela da população. **Jornal da usp**, [S. l.],

p. 1-2, 6 ago. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/aumento-de-casos-de-violencia-contra-idosos-demonstra-a-falta-de-politicas-publicas/>. Acesso em: 10 mar. 2022.

SANTOS, Ana Maria Ribeiro dos et al. Violência econômico-financeira e patrimonial contra o idoso: estudo documental. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, v. 53, 2019Tradução. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1980-220X2017043803417>. Acesso em: 10 mar. 2022.

MPSC, redação. Violência financeira contra idosos: como identificar?: Novo vídeo do Promotor Responde explica como acontece a violência financeira contra pessoas idosas e de que forma o Ministério Público atua. **Mpsc**, [S. l.], p. 1-2, 13 ago. 2019. Disponível em: <https://mpsc.mp.br/noticias/violencia-financeira-contra-idosos-como-identificar>.

Acesso em: 10 maio 2022.

MALAGUTTI, William. Abuso sexual em idosos. **USCS pós graduação**, [S. l.], p. 1- 2, 21 ago. 2018. Disponível em: <https://www.posuscs.com.br/abuso-sexual-em-idosos/noticia/1431>. Acesso em: 10 maio 2022.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. É possível prevenir. É necessário superar. **Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República**, 2014.

PMTPI, Redacao. Semcaspi aponta violência intrafamiliar e negligência como as maiores ocorrências contra idosos. **Pmtpi**, [S. l.], p. 1-2, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://pmt.pi.gov.br/2021/06/15/semcaspi-aponta-violencia-intrafamiliar-e-negligencia-como-as-maiores-ocorrencias-contra-idosos/>. Acesso em: 10 out. 2021.

PESSOA, Daniel. Semcaspi aponta violência intrafamiliar e negligência como as maiores ocorrências contra idosos. **Defensoria pública do estado do piauí**, [S. l.], p. 1- 2, 15 jun. 2021. Disponível em: <https://semcaspi.pmt.pi.gov.br/2021/06/15/semcaspi-aponta-violencia-intrafamiliar-e-negligencia-como-as-maiores-ocorrencias-contra-idosos/>. Acesso em: 25 maio 2022.

RODRIGUES, Bárbara; MARQUES, Ravi. Operação Vetus II: em um mês, polícia recebeu 105 denúncias de violência contra idosos em Teresina. **Tvclub**, [S. l.], p. 1-2, 19 nov. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2021/11/19/operacao-vetus-ii-em-um-mes-policia-recebeu-105-denuncias-de-violencia-contra-idosos-em-teresina-familiares-sao-os-principais-agressores.ghtml>. Acesso em: 25 maio 2022.

REDACAO, Catraca livre. Comportamentos que prejudicam a autoestima ou o bem-estar do idoso, entre eles xingamentos, sustos, constrangimento, destruição de propriedades ou impedimento de que vejam amigos e familiares. Catraca livre, [S. l.], p. 1-2, 14 ago. 2019. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/violencia-contra-idosos/>. Acesso em: 10 ago. 2021.

SILVA JUNIOR, Danyllo do Nascimento et al. Representações sociais da velhice no contexto da sociedade contemporânea: quem é o “velho” e como se imagina “velho”? In: congresso nacional de envelhecimento humano, 2016, Rio Grande do Norte. Anais [...]. [S. l.]:

Realize editora, 2016. Disponível em:

https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/cneh/2016/TRABALHO_EV054_MD2

_SA13_ID590_10082016212142.pdf. Acesso em: 19 maio 2022.

TORRES, Mônica Carneiro. O idoso vítima de violência psicológica. 2010. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/2682/2/20436152.pdf> Acesso em: 19 maio 2022.

UFAL, Ascom. Dados confirmam que violência contra idosos cresceu na pandemia Para chamar a atenção para o grave problema, a Residência Multiprofissional em Saúde do HU promove ações no Dia Mundial da Conscientização da Violência contra a Pessoa Idosa. **Ufal**, [S. l.], p. 1-2, 14 jun. 2021. Disponível em: <https://ufal.br/ufal/noticias/2021/6/dados-confirmam-que-violencia-contra-idosos- cresceu-com-a-pandemia>. Acesso em: 10 out. 2021.

ANÁLISE DA EFICIÊNCIA E EFICÁCIA NA PENA DE MORTE COMO INSTRUMENTO DE DEFESA SOCIAL

ANA LUIZA OLIVEIRA DE SOUZA:

Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA¹⁸⁴

(orientador)

RESUMO: A pena de morte viola a lei dos direitos humanos. A pena de morte é uma prática institucionalizada projetada para resultar na execução deliberada de pessoas em resposta a má conduta real ou suposta e seguindo um processo autorizado e governado por regras. A pena de morte é defendida com base no fato de que a sociedade possui a obrigação moral de proteger a segurança e o bem-estar da sociedade. No entanto, ela também é criticada e considerada como a uma violação dos direitos humanos essenciais: o direito à vida e o direito a viver livre de tortura. Dessa forma, o presente estudo tem como objetivo analisar acerca da eficiência e eficácia nos países que já possuem a pena de morte regularizada. Tendo como justificativa e motivação da escolha de pesquisa o contexto referente a compreensão e análise sobre a necessidade da aplicação de pena de morte em determinados países. Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado como metodologia científica de revisão, com abordagem bibliográfica. Com isso, os principais resultados encontrados mostraram que não há dados suficientes que possam comprovar a eficácia e eficiência da pena de morte como instrumento que assegura a defesa social. O que foi identificado é referente a muitos autores considerarem o sistema penal americano uma violação dos direitos humanos fundamentais à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Pena de morte. Eficácia. Direitos humanos.

ABSTRACT: The death penalty violates human rights law. The death penalty is an institutionalized practice designed to result in the deliberate execution of persons in response to actual or alleged misconduct and following an authorized and rule-governed process. The death penalty is defended on the basis that society has a moral obligation to protect the safety and well-being of society. However, it is also criticized and considered as a violation of essential human rights: the right to life and the right to live free from torture. Thus, the present study aims to analyze the efficiency and effectiveness in countries that already have the death penalty regularized. Having as justification and motivation for the choice of research the context referring to the understanding and analysis of the need to apply the death penalty in certain countries. For the development of the research, it was used as a scientific methodology of review, with a bibliographic approach. With this, the main results found showed that there is not enough data that can prove the effectiveness and efficiency of the death penalty as an instrument that ensures social defense. What was identified is related to many authors considering the American penal system a violation of fundamental human rights to life.

¹⁸⁴ Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro universitário Fametro.

KEYWORDS: Death penalty. Efficiency. Human rights.

1 INTRODUÇÃO

Dentro de um regime de direito penal, há um conjunto de tipos de penas. Há penas que privam o criminoso de liberdade, há aquelas que restringem determinados direitos e as penas mutáveis, onde o criminoso deve realizar o pagamento de uma multa estabelecida pela jurisdição. Além dessas, há a pena de morte, onde há a execução do infrator condenado à morte após a condenação pelo tribunal de um crime.

A pena de morte deve ser diferenciada das execuções extrajudiciais realizadas sem o devido processo legal. No entanto, a imposição da pena nem sempre é seguida de execução (mesmo quando confirmada em apelação), devido à possibilidade de comutação para prisão perpétua.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar acerca da eficiência e eficácia nos países que já possuem a pena de morte regularizada. Tendo como justificativa e motivação da escolha de pesquisa o contexto referente a compreensão e análise sobre a necessidade da aplicação de pena de morte em determinados países. Com a avaliação se o formato de pena proporciona maior eficácia e eficiência para o controle e resolução de crimes. Destacando a relevância para a sociedade, visto que há necessidade de compreender se a pena de morte é um mecanismo de defesa para a sociedade na luta contra a insegurança pública ou é apenas uma problematização baseada em um ordenamento jurídico arcaico.

Diante desse contexto, as hipóteses trabalhadas no presente estudo, foram a identificação da eficácia da aplicação da pena de morte contribuiu para diminuir a criminalidade. Também sendo considera, de forma hipotética negativa de que a pena de morte, atualmente, não agrega de forma relevante nenhuma modificação significativa nesse quadro para sociedade, não havendo alcance do principal objetivo, o de prevenir novos crimes no nível de aplicabilidade de pena de morte.

Para o desenvolvimento da pesquisa foi utilizado como metodologia científica de revisão, com abordagem bibliográfica, sendo utilizado como ferramenta de pesquisa a análise documental indireta, com a utilização de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado etc.). Além disso, também foram utilizadas publicações de órgãos oficiais (leis, decretos, súmulas e acórdãos).

2 ESCOLAS PENAIS E DEFESA SOCIAL

2.1 Escola Clássica

As escolas clássicas surgem no século 18 durante o Iluminismo – período de movimento intelectual e discursos filosóficos que ocorreram nos países ocidentais – na qual deram fundamento para a criminologia moderna. Ditada inicialmente por filósofos, físicos, juízes, teologistas e antropólogos, surge do pensamento que o ser humano está em constante conflito uns com os outros na busca do seu interesse individual e que são possíveis de raciocinar (Hobbes, 1651). Dessa

maneira, as penas eram dadas por figuras autoritárias criadas pelo medo, e posteriormente leis seriam democraticamente impostas e seguidas pelos cidadãos.

Anteriormente ao século 18, acreditava-se que crimes cometidos tinham como motivação possessões demoníacas ou o abuso do livre arbítrio. Essas definições diminuíram no início do século com o advento do Iluminismo modificando a forma de pensar e ter visão de mundo, questionando valores religiosos e políticos. Tais valores foram substituídos por humanismo, racionalismo e sobreposição do mundo natural ao mundo sobrenatural. Desta forma, o homem passou a ser considerado um indivíduo digno e de valor, assim embasando leis que lidassem com infratores (Walsh e Ellis, 2006).

Cesare Beccaria e outros membros da escola clássica acreditavam que os crimes poderiam ser minimizados se aspectos da natureza humana fossem considerados. Com isso, Beccaria foi considerado o pai da criminologia clássica e em 1764 publicou o que seria considerado o manifesto para a reforma dos sistemas judiciários e penal no continente Europeu – *Dei Delitti e della Pene* (Sobre crimes e castigos). Neste documento, segundo Beccaria, 1764.

Para que a punição não seja um ato de violência perpetrado por um ou muitos sobre um cidadão privado, é essencial que seja rápido, necessário e o mínimo nas circunstâncias dadas, proporcional ao crime e determinado pela lei (BECCARIA, 1764/1963: 93).

O livro publicado por Beccaria é um apelo pela humanização e racionalização da lei de modo a aplicar punições mais justas e sonáveis. Beccaria anonimamente publicou *An Essay on Crimes and Punishment* (1764) ao chocar-se com o tratamento injusto do acusado, como forma de protesto ao tratamento severo na Europa (Beccaria, 1963). Suas idéias baseiam-se no pensamento racional em vez de punição cruel e excessiva, impostos por juízes na época nos quais possuíam poder tremendo e criavam leis com base em suas próprias decisões. No entanto, foi mal recebido pela comunidade católica por questionar estruturas do poder da época.

A escola clássica de criminologia tem como argumento que o impedimento mais eficaz para o comportamento criminoso seria a punição imediata ao invés de longos julgamentos. Os membros argumentam que as punições precisam ser consistentes para crimes específicos sem circunstâncias especiais mostrando que não havia benefícios em atividades criminosas.

Outra figura ainda mais proeminente da escola clássica foi o advogado e filósofo britânico Jeremy Bentham. Seu trabalho estendeu-se além da reforma da lei criminal e alcançou reformas correcionais. Em seu trabalho intitulado "*A Fragment On Government and a Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Bentham, 1948)" é uma filosofia de controle social baseada no princípio da utilidade que postula que qualquer ação humana deve ser julgada moral ou imoral pelo seu efeito sobre a felicidade da comunidade ("the greatest hapiness for the greatest number").

Ademais, a principal função do legislador é ordenar a publicação de leis que maximizem o prazer e minimizem a dor do maior número da sociedade. Bentham acreditava que as expectativas de uma pessoa com relação ao futuro era a motivação para sua dissuadi-la. Logo, com o objetivo

de não cometer o crime a punição deveria ser severa o suficiente para que o crime não fosse cometido.

Para Bentham, o princípio da utilidade podia ser sumarizado como: “a Natureza colocou a humanidade sob o governo de dois senhores soberanos: dor e prazer. Isto é para apontar apenas o que devemos fazer, bem como para determinar o que devemos fazer” (Bentham, 1948, p. 125).

Isto foi essencialmente a concepção da natureza humana do Iluminismo, visto como hedonista, racional e dotado de livre arbítrio. Essas três suposições sobre a natureza humana são de onde derivam a explicação clássica de comportamento criminal e como preveni-lo.

Considerando-se os seres humanos como hedonistas que se baseiam na suposição de que as pessoas verão o máximo de prazer e evitam a dor. Ao admitir os pressupostos da teoria clássica pode-se responsabilizar as pessoas por suas ações baseadas na sua escolha. Essas suposições são o que baseiam o sistema de justiça criminal americano desde o seu início.

Assim sendo, o hedonismo é o maior motivador individual da ação humana. Enquanto que o comportamento racional baseia-se no comportamento lógico. Diz-se que o comportamento humano é proporcional frente a um ajuste lógico entre os objetivos pelos quais eles lutam e os meios usados para alcançá-los.

O hedonismo e a racionalidade são combinados no conceito de cálculo hedonista, método no qual supõe-se que o indivíduo pondera logicamente os benefícios de uma determinada ação em comparação a seus eventuais custos.

2.2 Escola Positiva

Nesta escola de pensamento, os criminologistas acreditam que as condições psiquiátricas ou inerentes da personalidade de um indivíduo estão na raiz do crime. Sendo assim, questões psicológicas podem ajudar a mitigar o comportamento criminoso. Dessa forma, os classicistas tendiam a definir atos criminosos como consequências naturais da busca do prazer. A escola do positivismo surgiu no século 19 como uma ideia contrastante das teorias clássicas de crimes, como suposições do livre arbítrio e iam em uma direção de visão mais científica.

Criada por Cesare Lombroso e continuada por Enrico Ferri e Raffaele Garofalo sob forte influência da biologia e sociologia, a escola do positivismo em criminologia busca encontrar objetividade científica para a quantificação do comportamento criminoso.

Através de sua obra “O homem delinquente”, Lombroso (1876) realiza experimento e obtém como resultado a existência de um criminoso nato de características específicas e físico padronizado.

O problema com tal explicação prejudica investigações posteriores. Seu método envolve observar características dos criminosos para poder identificar causas de comportamentos e ações.

Desde seu surgimento, as pesquisas têm buscado identificar as principais diferenças entre “criminosos” e aqueles que não eram.

Historicamente, a teoria positivista do crime tem sido abordada de duas maneiras:

- Individual: faz a ligação do comportamento criminoso a fatores psicológicos daquele que comete o crime.
- Social: concentra-se em como certos fatores sociais da vida de um indivíduo podem levá-lo a cometer crimes. Os fatores podem ser: econômicos, políticos, familiares e entre outros.

Os criminologistas que tendem a seguir essa escola de pensamento são mais propensos a mitigar o crime por meio de reforma social.

2.3 Pena de Morte como Defesa Social

A punição por pena de morte no continente americano surgiu com a chegada de colonos europeus ao novo mundo, trazendo a prática da pena capital com a primeiro executado sendo o Capitão George Kendall na colônia de Virginia em 1608.

A pena capital por assassinato, traição, incêndio criminoso e estupro era amplamente empregado na Grécia Antiga sob as leis de Draco (século VII aC), no entanto, Platão argumentava que deveria ser empregada apenas em casos incorrigíveis.

Ademais, também era utilizada por romanos embora os cidadãos fossem isentos por um curto período na república e utilizada pela maioria das principais religiões do mundo como por exemplo, seguidores do cristianismo e judaísmo que justificavam a existência da pena capital em passagens bíblicas.

Antigamente, a pena de morte era aplicada para um grande número de crimes na Inglaterra durante os séculos XVII e XVIII, porém pouco aplicada como era previsto em lei. No Estados Unidos, a pena de morte é permitida em 27 estados e também é permitida em casos de crimes militares.

A pena de morte é defendida com base no fato de que a sociedade possui a obrigação moral de proteger a segurança e o bem-estar da sociedade. Os defensores da pena capital afirmam que a sociedade apoia as práticas que trarão o equilíbrio entre o bem e o mal sendo a pena de morte uma dessas práticas.

No entanto, o Princípio da Finalidade ou da Prevenção constata que não há intenção de retribuir o delito ao aplicar-se a pena e sim na prevenção de novos crimes (BARATTA, 2002). Na escola clássica, Beccaria busca através de sua obra uma reforma nas formas de punição, com idéias que findam a impedir o indivíduo de cometer o crime.

A Teoria da Prevenção Geral Negativa tem como fim a desmotivação da execução do delito, no qual Beccaria buscava com sua proposta de diminuir penalidades, no entanto, para que fosse possível a penalidade deveria ser severa.

3 PENA DE MORTE E DIREITOS HUMANOS

3.1 Direitos humanos

Os direitos humanos foram estabelecidos pelo desenvolvimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). O estudo de Sathler e Ferreira (2021) mostra que essa declaração é um documento que funciona como um roteiro global para a liberdade e a igualdade da humanidade, protegendo os direitos de todos os indivíduos, em todos os lugares. Foi a primeira vez que os países concordaram com as liberdades e direitos que merecem proteção universal para que cada indivíduo possa viver suas vidas livremente, com igualdade e dignidade.

Art.1 Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art.2 – 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Art.3 Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (DUDH, 1948).

A Declaração foi adotada pelas Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, em resposta aos acontecimentos trágicos e barbados que foram vividos durante a Segunda Guerra Mundial. Sua adoção reconheceu os direitos humanos como a base para a liberdade, a justiça e a paz.

Dessa forma, o trabalho da Declaração começou em 1946, com um comitê de redação composto por representantes de uma ampla variedade de países, incluindo EUA, Líbano e China. A comissão de redação foi posteriormente ampliada para incluir representantes da Austrália, Chile, França, União Soviética e Reino Unido, permitindo que o documento se beneficiasse de contribuições de estados de todas as regiões e seus diversos contextos religiosos, políticos e culturais. Ela foi então discutida por todos os membros da Comissão de Direitos Humanos da ONU e finalmente adotada pela Assembleia Geral em 1948.

A Declaração descreve 30 direitos e liberdades que pertencem a todas as pessoas e que ninguém pode tirar. Os direitos incluídos continuam a constituir a base do direito internacional dos direitos humanos. Os 30 direitos e liberdades estabelecidos incluem o direito de ser livre de tortura, o direito à liberdade de expressão, o direito à educação e o direito de solicitar asilo. Além disso,

também inclui direitos civis e políticos, como os direitos à vida, à liberdade e à privacidade. Inclui também os direitos econômicos, sociais e culturais, como os direitos à seguridade social, saúde e moradia adequada. Atualmente, a Declaração continua a ser um documento vivo (ABRANCHES, 1948).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é um documento universal, o que significa que se aplica a todas as pessoas, em todos os países do mundo. Embora não seja juridicamente vinculativa, a proteção dos direitos e liberdades estabelecidos na Declaração foi incorporada em muitas constituições nacionais e estruturas legais domésticas.

A Declaração também forneceu a base a partir da qual uma grande quantidade de outros tratados de direitos humanos juridicamente vinculativos foram desenvolvidos e tornou-se uma referência clara para os padrões universais de direitos humanos que devem ser promovidos e protegidos em todos os países. Como apresentado na pesquisa de Scholz (2017), que descreve sobre como os direitos humanos no Brasil utilizaram como base os direitos humanos internacionais.

Dessa forma, entende-se que a pena de morte viola a lei dos direitos humanos. Pois, segundo Martins (2019) a pena de morte é uma prática institucionalizada projetada para resultar na execução deliberada de pessoas em resposta a má conduta real ou suposta e seguindo um processo autorizado e governado por regras para concluir que a pessoa é responsável por violar normas que garantem a execução. As execuções punitivas têm sido historicamente impostas por diversos tipos de autoridades, por uma ampla gama de conduta, por crenças e práticas políticas ou religiosas, por um status além do controle de alguém ou sem empregar nenhum procedimento significativo do devido processo.

As execuções punitivas também foram e continuam a ser realizadas de forma mais informal, como por grupos terroristas, gangues urbanas ou turbas. Mas, durante séculos, na Europa e na América, as discussões se concentraram na pena capital como uma forma institucionalizada.

3.2 Pena de morte

De acordo com Banner (2022) a pena capital é frequentemente defendida com base no fato de que a sociedade tem a obrigação moral de proteger a segurança e o bem-estar de seus cidadãos. Assassinos ameaçam essa segurança e bem-estar. A pena de morte entende que somente matando assassinos pode a sociedade garantir que assassinos condenados não voltem a matar.

A pena de morte existe há milênios, sendo visto nos antigos códigos de leis e na famosa versão de Platão do julgamento e execução de Sócrates pela Atenas democrática em 399 aC. Entre os principais filósofos europeus, a atenção específica ou sistemática à pena de morte é a exceção até cerca de 400 anos atrás. A maior parte da atenção filosófica moderna à pena surgiu dos proponentes da reforma penal, como uma avaliação moral de princípios da lei e da prática social, ou em meio a teorias do estado moderno e da soberania (DERRIDA, 2017).

Segundo a literatura de Santos (2018) a necessidade de um regime internacional de direitos humanos em meados do século XX e os conflitos constitucionais americanos despertaram um novo

foco filosófico nas teorias de punição e pena de morte, incluindo erros ou discriminação na instituição americana da pena de morte

A questão filosófica central sobre a pena de morte é uma questão de justificação moral: em que fundamentos, se houver, o assassinato deliberado de criminosos identificados pelo Estado é uma resposta moralmente justificável à conduta criminosa voluntária, mesmo o mais grave dos crimes.

4 PENA DE MORTE EM PAÍSES QUE JÁ ADOTAM

A Assembleia Geral da ONU pediu o fim da pena de morte e as organizações de direitos humanos, pois concordam que sua imposição viola as normas fundamentais de direitos humanos consagradas (MORAES, 2018).

Pinto (2017) descreve que há trinta e cinco anos, apenas 16 países tinham posto fim à pena de morte para todos os crimes, enquanto hoje 139 já aboliram a pena de morte na lei ou na prática. Todos os anos, a maioria das execuções do mundo ocorre em apenas alguns países, e os Estados Unidos estão entre esses executores frequentes. De fato, a frequência de execuções dos EUA é igualada (ou superada) apenas pela China, Irã, Iraque e Arábia Saudita.

No entanto, segundo Mathias (2013) a lei dos direitos humanos não chega a condenar completamente a pena de morte. Faz, no entanto, alguns limites sobre a forma como a pena de morte pode ser imposta, tais como: só pode ser imposta para os crimes mais graves, de acordo com uma sentença final proferida por um tribunal e desde que não seja contrário às disposições da lei de direitos humanos, por exemplo, não é um crime de genocídio. Qualquer condenado à morte tem o direito de pedir perdão ou comutação da pena. Além disso, não deve ser imposta a menores de 18 anos ou maiores de 70 anos, nem aplicada a mulheres grávidas e deve infligir o mínimo de sofrimento possível

De acordo com Braga (2014) o sistema de pena de morte dos EUA viola a lei dos direitos humanos. Muitas vezes, é aplicado de forma arbitrária e discriminatória, sem conceder direitos vitais ao devido processo legal. Além disso, os métodos de execução e as condições do corredor da morte foram condenados como tratamento cruel, desumano ou degradante e até tortura.

Segundo Moraes (2019) o sistema de pena de morte dos EUA também falhou em proteger os inocentes, de 1973 a dezembro de 2014, 150 pessoas inocentes foram exoneradas do corredor da morte.

5 ATUAÇÃO DA PENA DE MORTE NOS EUA

5.1 Eficiência e eficácia da pena de morte nos Estados Unidos da América

Todos os 29 estados com pena de morte fornecem injeção letal como o principal método de execução.

Alguns estados permitem outros métodos além da injeção letal, mas apenas como métodos secundários a serem utilizados apenas a pedido do prisioneiro ou se a injeção letal não estiver disponível.

Vários estados continuam usando o protocolo de três drogas: primeiro, um anestésico, depois o brometo de pancurônio, um paralítico e, finalmente, cloreto de potássio para parar o coração. Oito estados usaram um protocolo de droga único, infligindo apenas uma overdose de um único anestésico ao preso¹⁸⁵.

Deve ser analisado se a pena de morte é, de fato, efetiva para incapacitar ou dissuadir potenciais infratores. Se, de fato, não atingir esses fins melhor do que alternativas penais, como encarceramento prolongado, então a pena de morte não se justifica por razões utilitárias. Em princípio, pelo menos, a eficácia comparativa da pena capital é, portanto, uma questão empírica.

Vários estudos científicos sociais foram conduzidos em busca de conclusões sobre os efeitos da pena de morte na América. Com relação ao fim da incapacitação, qualquer benefício de prevenção ao crime da execução de assassinatos depende das taxas de reincidência, ou seja, da probabilidade de que os assassinos voltem a matar (CUSTÓDIO, 2018).

Segundo Barreto (2011) a análise da condenação de assassinos mostrou que presos no corredor da morte não executados, homicídios na prisão, liberdade condicional e assassinos em liberdade, indicam que a taxa de reincidência é bastante baixa, mas não zero: uma pequena. Uma questão, então, é o quão alto ou baixo uma taxa de reincidência decide a questão justificativa para a pena de morte. Outra questão é a permissibilidade moral de estabelecer condições de confinamento tão restritivas que até mesmo os assassinatos na prisão são reduzidos a quase zero.

Desde o século XX, na América, vários estudos empíricos foram conduzidos para avaliar os efeitos antigos da pena de morte em comparação com os da prisão perpétua. Estudiosos analisaram durante décadas os dados para comparar jurisdições com e sem pena de morte, bem como os efeitos antes e depois de uma jurisdição abolir ou instituir a pena capital (LEITE, 2004).

Foi compreendido que a análise mostra que cada execução impedia de sete a oito assassinatos. No entanto, quase todos os especialistas relevantes afirmam que não há evidências conclusivas de que a pena de morte detenha o assassinato melhor do que sentenças de prisão substanciais.

Determinar os efeitos da pena de morte apresenta desafios significativos. Em estudos comparativos de jurisdições com e sem pena de morte, há muitas variáveis a serem controladas, incluindo condições socioeconômicas, composição genética, fatores demográficos (por exemplo, idade, densidades populacionais), aplicação da lei, etc. Inúmeras variáveis podem ou não explicar os dados que tentam relacionar as taxas de criminalidade e a pena de morte em diferentes lugares ou épocas (NATIONAL RESEARCH COUNCIL et al., 2012).

¹⁸⁵ Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pena_de_morte_nos_Estados_Unidos.

Com isso, é possível compreender que a eficácia da aplicação da pena de morte depende da certeza, velocidade e natureza pública das respostas penais à conduta criminosa. Segundo as evidências de Anderson, Lytle e Schwadel (2017) esses fatores não foram muito evidentes nas práticas recentes de pena capital na América, o que pode explicar a falta de evidência revelada por estudos estatísticos recentes. Assim, os desafios são mensurar o que não ocorre e estabelecer o que causa a omissão da pena de morte.

No entanto, apesar da eficácia e eficiência da aplicação da pena de morte não ser mensurável e não haver dados conclusivos o suficiente, foi identificado inúmeros movimentos são realizados ao redor do número no intuito de abolir de forma definitiva a pena de morte.

Como a Anistia Internacional, que sustenta que a pena de morte viola os direitos humanos, em particular o direito à vida e o direito de viver livre de tortura ou tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante. Ambos os direitos são protegidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948 (OLIVEIRA, 2016).

Ao longo do tempo, a comunidade internacional adotou vários instrumentos que proíbem o uso da pena de morte, incluindo o seguinte:

O Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, visando a abolição da pena de morte.

Protocolo n.º 6 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, relativo à abolição da pena de morte, e Protocolo n.º 13 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, relativo à abolição da pena de morte em todas as circunstâncias.

O Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos para Abolir a Pena de Morte.

Embora a lei internacional diga que o uso da pena de morte deve ser restrito aos crimes mais graves, ou seja, homicídio doloso, a Anistia acredita que a pena de morte nunca é a resposta.

6 CONCLUSÃO

A partir do exposto, foi possível compreender sobre o contexto do sistema de pena de morte vigente ainda na América na perspectiva do direito humano. Sendo possível identificar que a aplicação de pena de morte é uma prática antiga, sendo amparada por escolas penais e ideologias de determinados grupos e culturas.

Através da busca do alcance do objetivo de pesquisa foi constatado que os crimes passíveis de pena de morte levam em consideração a gravidade do crime, havendo uma ideologia de punição proporcional ao ato criminoso, também sendo considerado por alguns que a pena de morte pode

ser um método de propagar a inibição e o receio por futuras práticas e até mesmo como um instrumento de defesa social.

No entanto, não foram encontradas evidências que pudessem comprovar de forma unânime sobre a eficácia e eficiência da aplicabilidade de pena de morte para segurança social. Além disso, a pesquisa mostrou que todo esse contexto vai de desacordo com o que é encontrado e estabelecido nos direitos humanos, visto que a pena de morte visa a execução punitiva institucionalizada de pessoas.

Também foi possível concluir que a prática de pena de morte vem sendo cada vez mais abolida por ser considerada como um ato contra o direito fundamental à vida.

7 REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Carlos Alberto Dunshee de. **Declaração Internacional de Direitos Humanos**. Jornal do Brasil, Rio de Janeiro, p. 5, 3 dez. 1948.

ANDERSON, Amy L.; LYTLE, Robert; SCHWADEL, Philip. Age, period, and cohort effects on death penalty attitudes in the United States, 1974–2014. **Criminology**, v. 55, n. 4, p. 833-868, 2017.

BANNER, Stuart. The death penalty. In: **The Death Penalty**. Harvard University Press, 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Revan, 2002.

BARRETO, DRA JUNIA REGINA DE FARIA. A PENA DE MORTE EM VICTOR HUGO. **Uma análise da obra O Último Dia de um condenado**. 2011. Monografia apresentada ao Departamento de Teoria Literária e Literaturas da Universidade de Brasília.

BECCARIA, C. (1963). *On crimes and punishments* (H. Paolucci, Trans.). Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill. (Original work published in 1764)

BECCARIA, C. On crimes and punishment (H. Paolucci, Trans.) New York: Bobbs-Merrill. **Original work published**, 1764.

BENTHAM, J. **A fragment on government and na introduction to the principles of morals and legislation** (W.Harrison, Ed.). Oxford, UK: Basil Blackwell. (Originalwork published 1789). 1948.

BRAGA, Nathália. Que tipos de pena de morte ainda sao praticados no mundo?. **Mundo Estranho**, n. 152, p. 42-44, 2014.

CUSTÓDIO, Tuane Fonseca. **O ativismo e a pena de morte no SIDH: estudos de casos que têm Estados Unidos, Jamaica e Bahamas como violadores**. 2018. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

DERRIDA, Jacques. The Death Penalty, Volume II. In: **The Death Penalty, Volume II**. University of Chicago Press, 2017.

HOBBS, T. *Leviathan*. Baltimore, MD: Penguin Books. 1651/1968.

LOMBROSO, C. The criminal man studied in relationship to anthropology, forensic medicine and prison doctrines (text in Italian). **Milan: Ulrico Hoepli. Long, JS, & Freese, F.(2005). Regression models for categorical outcomes using**, 1876.

MARTINS, Leticia Paola Pereira. PENA DE MORTE. **I FÓRUM DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS**, v. 1, n. 01, 2019.

MATHIAS, Matthew D. The sacralization of the individual: Human rights and the abolition of the death penalty. **American Journal of Sociology**, v. 118, n. 5, p. 1246-1283, 2013.

MORAES, Thiago Perez Bernardes de. Pena capital e direitos humanos–A abolição da pena de morte no direito internacional. **Revista Internacional de Direito Público–RIDP**, p. 127-145, 2018.

MORAES, Thiago Perez Bernardes. TRILHA DE SANGUE-direitos humanos e a abolição da pena de morte. **CONFLUÊNCIAS| Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, v. 21, n. 1, p. 164-181, 2019.

NATIONAL RESEARCH COUNCIL et al. **Deterrence and the death penalty**. Washington, DC: National Academies Press, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena, 6ª edição. **Rio de Janeiro: Editora Forense**, 2014.

OLIVEIRA, Grazyelle Pinheiro. **A violação de direitos humanos e a aplicação da pena de morte**. 2016. 61 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências da Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2016.

PINTO, Paulo Jorge de Sousa. A Pena de Morte em Portugal e no mundo. **Carta de Lei da Abolição da Pena de Morte em Portugal 1867-2017**, p. 192-217, 2017.

SANTOS CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. Saraiva Educação SA, 2018.

SATHLER, André Rehbein; FERREIRA, Renato Soares Peres. **Declaração Universal dos Direitos Humanos Comentada**. Edições Câmara, 2022.

SCHOLZ, Jonathan Marcel. As apropriações dos direitos humanos no Brasil: O caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, p. 214-243, 2017.

WALSH, Anthony; ELLIS, Lee. **Criminology: An interdisciplinary approach**. Sage, 2006.

UM BREVE ENSAIO ACERCA DA ABORDAGEM DO PAÍS NO QUE CONCERNE A REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE ACORDO COM O PROJETO DE LEI 4401/2021

DANIELA DE SOUSA MARTINS:
Bacharelanda do curso de Direito pela
Universidade Estadual do Tocantins –
UNITINS em Palmas/TO.

ODI ALEXANDER ROCHA DA SILVA¹⁸⁶

(coautor)

RESUMO: Este estudo tem como objetivo principal examinar de que maneira a legislação brasileira vem tentando encontrar formas para regulamentar o uso das criptomoedas no país. O assunto será discutido baseado no Projeto de Lei 4401/2021 que até a data da escrita deste trabalho está sujeita à apreciação do plenário. A razão para elaboração desta pesquisa é o crescimento da utilização e investimentos nos ativos virtuais e a inexistência de regulamentação específica no âmbito jurídico. Diante da intensificação do uso das criptomoedas no Brasil faz-se necessário um olhar direcionado para esse ramo visto que afeta diversas áreas jurídicas, desde Direito Financeiro ao Direito Penal. A pesquisa realizada foi jurídico-teórica uma vez que o conteúdo foi buscado a partir de análise do Projeto de Lei 4401/2021, além da pesquisa bibliográfica em livros e artigos relacionados ao assunto. Quanto à abordagem foi considerada qualitativa e quantitativa por ter sido procedida através da análise dos conteúdos das teorias existentes publicadas. Quanto à técnica utilizada definiu-se como a documental direta e indireta, visto que foram utilizadas fontes secundárias conforme obras elencadas nas referências.

Palavras-chave: Criptomoedas. Ativos financeiros. Regulamentação. PL 4401/2021.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Das moedas à criptomoedas. 2.1. A história da moeda. 2.2. Criptomoedas. 3. O caráter descentralizado das criptomoedas - um olhar sobre o mundo. 3.1. Descentralização dos ativos digitais. 3.2. As criptomoedas pelo mundo. 4. A tentativa de regulamentação das criptomoedas no Brasil de acordo com o Projeto de Lei 4401/2021. 4.1 Breve análise sobre o Projeto de Lei 4401/2021. 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da linha do tempo da humanidade é possível observar que as evoluções tecnológicas tendem a trazer para o mundo a melhora e a facilidade na vida das que a utilizam. É fato que essas inovações alteram a maneira que interagimos, lidamos e pensamos na sociedade. Um exemplo disso foi a substituição dos e-mails e SMS pelos aplicativos instantâneos de mensagens como o *WhatsApp* e *Telegram* que, encurtando distâncias, contribuíram para a melhora da comunicação entre as pessoas. Outro notável exemplo são as formas de pagamento que

¹⁸⁶ Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Docente no curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (Unitins).

passaram por uma grande evolução como será estudado ao longo deste trabalho.

Estas inopinadas mudanças para um mundo totalmente digital trazem consigo questões econômicas, sociais e jurídicas. Questões jurídicas estas que demandam das ciências do direito a necessidade de adaptar-se ao novo mundo e se empenhar para cumprir o seu papel na sociedade, de regulamentadora e mediadora.

No presente momento, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei que inaugura uma discussão sobre as corretoras que irão operar os ativos financeiros e as alterações que essa tecnologia irá promover em outras leis, como o Código Penal. Essa pesquisa visa analisar como ocorre o relacionamento dos países com as criptomoedas e verificar de qual maneira o Brasil procede nos processos de regulamentação das moedas virtuais além de elucidar alguns artigos do projeto de lei 4401/2021 analisando como o legislador está iniciando a sua visão sobre as criptomoedas.

A discussão se estrutura da seguinte forma: Em um primeiro momento, aborda-se a história da moeda no mundo e a evolução ao longo das décadas, desde o escambo ao dinheiro digital. E mais adiante, uma conceituação acerca das criptomoedas e a origem do *bitcoin*.

Em um segundo momento, busca-se abordar o caráter descentralizado das criptomoedas e uma breve visão de como alguns países estão lidando com a regulamentação dos ativos virtuais desde a total liberação como o El Salvador ou com proibição como a China.

Por fim, discorreremos sobre a tentativa de regulamentação baseada no projeto de lei 4401/2021 que está tramitando na Câmara dos Deputados e no Senado. Esta parte do trabalho expõe alguns artigos da nova lei e comenta sobre a alteração no Código Penal.

2. DAS MOEDAS ÀS CRIPTOMOEDAS

2.1 A HISTÓRIA DA MOEDA

Após o advento do nomadismo, nos primórdios da humanidade como seres sociáveis ocorria a prática de uma atividade conhecida pelos historiadores como escambo. Segundo o economista austríaco Carl Menger (*apud* PIASKOWSKI, 2021, p. 4):

Nesta etapa, o ser humano trocava mercadorias de forma direta, isto é, a troca de um bem para outro no intuito de consumir o bem adquirido imediatamente, para suprir as suas necessidades.

Para ilustrar a troca direta pode-se relatar casos como o de agricultores que cultivavam espécies de grãos e possuíam estes produtos em excesso, com a necessidade de variações para seu cardápio efetuavam trocas de sacas de grãos por coelhos que pertenciam a um caçador. Porém, nestas situações, era necessário que houvesse um acordo em relação à quantidade de produtos a serem trocados por cada parte, já que não existia ainda uma equivalência de valores entre as mercadorias.

Mesmo sem o envolvimento de moedas ou outro tipo de padronização quantitativa ou valorativa entre os produtos, essa permutação deu origem às primeiras fases da economia e ao surgimento do comércio. Com o passar do tempo, Menger (2009, p. 17) argumenta que passam a surgir bens que possuem uma maior “negociabilidade” quando comparada com a de outros produtos. Isso porque algumas mercadorias não interessavam certos grupos de mercadores e para que determinadas trocas acontecessem deveria haver um produto em comum que todos desejavam possuir tanto para o uso ou para efetuar trocas futuras. Neste contexto adveio os meios de troca.

De acordo com Fernando Ulrich (2014, p. 48):

Meio de troca é um bem econômico utilizado nas trocas indiretas que soluciona o problema da dupla coincidência de desejos das trocas diretas, ou escambo. O padeiro quer leite, enquanto o leiteiro quer um sapato. Como resolver o problema? O padeiro também tem sal e sabe que o sapateiro e outros produtores também o demandam. Logo, o leiteiro, em troca de seu leite, aceita o sal, não para consumi-lo, mas para trocá-lo no futuro pelo sapato do sapateiro. À medida que mais indivíduos passam a usar o sal nas trocas indiretas, a mercadoria torna-se, conseqüentemente, um meio de troca.

No decorrer desse período, com a expansão do comércio, os meios de troca foram evoluindo para a melhor comodidade dos negociantes, visto que sacas de sal, trigo e outros grãos não eram muito práticos para carregar durante as viagens.

Para reverter esses percalços, baseado nos estudos de Alexandre Versignassi (2011 p. 20) foi criado o seguinte método: “você depositava os sacos de grãos que recebia em silos de armazenamento mantidos pelo rei (os Bancos) e ganhava em troca um tablete de argila em que vinha gravada a quantidade de mercadorias deixada lá. Esses tabletas eram as “cédulas” e com elas você poderia comprar o que quisesse.”

Posteriormente foi assomado o óbice do caráter perecível dos grãos; visto que o lastro é uma garantia de um determinado ativo, estes não poderiam ser perecíveis pois perderia a precaução dos valores que circulavam em forma as cédulas. Sendo assim, seria necessário substituí-los pelos metais e, logo, o processo evoluiu para o surgimento da moeda que acabou por se tornar um bem e meio de troca universal.

Corroborando o que foi dito, Niall Ferguson (2009, p. 22) expõe os requisitos necessários e as vantagens do dinheiro com a função de meio de troca:

É costume dizer que o dinheiro é um meio de troca, que tem a vantagem de eliminar as ineficiências do escambo: uma unidade de valor, que facilita a avaliação e o cálculo; e um recipiente de valor, que permite que as transações econômicas sejam conduzidas durante longos períodos e também a despeito das distâncias geográficas. Para desempenhar todas essas funções da melhor maneira, o dinheiro tem que estar disponível, e ser

durável, fungível, portátil e confiável.

A partir do estabelecimento e aceitação da moeda dentro de determinados territórios o Estado pôde influenciar e impor regras sobre esse processo. A função do Estado, para Menger, é a de regular e a de aperfeiçoar a moeda, como no caso dos metais preciosos, cunhando moedas e certificando o dinheiro como sendo confiável. (*apud* PIASKOWSKI, 2021, p. 5).

Didaticamente pode-se elucidar a evolução das fases da moeda, de acordo com Fernando Nogueira Costa, em seu livro *Economia monetária e financeira* (2020, p.74), da seguinte forma: a moeda mercadoria, os metais cunhados, logo após veio o papel-moeda, a moeda fiduciária e as moedas bancárias, que são aquelas “invisíveis” pois não possuem forma física. Nota-se, segundo o autor, que há evolução da moeda no sentido de desmaterialização e que a necessidade de verificação das reservas bancárias pelos clientes não é mais solicitada, ou seja, o lastro deixou de ser uma preocupação para os cidadãos.

Juridicamente falando, a moeda é o meio de pagamento prescrito pela legislação nacional e também qualificando-as como símbolo nacional. Porém não usaremos essa definição para o entendimento do trabalho. Segundo Fernando Urichi (2014, p. 50):

Essa noção deriva da visão do meio de troca como uma criatura do estado a que a ele pertence. A moeda não é propriedade do soberano, nem de nenhum governo. Embora tenha estado sob controle de governos em grande parte da história, sua origem é cataláctica, independentemente das disposições legais em certo tempo e lugar.

Sendo assim, ao tratar-se de criptomoedas ao longo do trabalho, descartar-se-á a teoria acataláctica e adotar-se-á a teoria cataláctica que explica os fenômenos monetários baseados na lei de oferta e demanda (URICHI, 2014).

2.2 CRIPTOMOEDAS

Com as inovações tecnológicas surgindo a todo momento o mundo está cada vez mais desligando-se do físico e evoluindo para o meio digital. Tal como citado anteriormente o dinheiro passou por mudanças e na presente época a sua grande parte é imaterial, ou seja, não é físico e nem palpável. Atualmente a maior parcela do dinheiro encontra-se guardado em ambientes virtuais, especificamente em wallets (carteiras digitais), bancos virtuais ou digitais. Nesta mesma perspectiva Nathur Cardoso (2018, p. 22) relata:

A possibilidade de acesso à internet propiciado pela criação da *world wide web* e seus protocolos foi responsável por um novo capítulo na história das moedas. Além de possibilitar o aumento da velocidade da transação de informações que resultou na digitalização das instituições bancárias, a internet viabilizou a criação de uma outra forma de moeda: a moeda virtual.

Ainda de acordo com o autor: “As moedas virtuais são uma parte dos reflexos gerados pela

evolução da tecnologia de bancos de dados ocorrida desde a década de 1980 e que resultou na criação das criptomoedas". (2018, p. 23) A conceituação de criptomoeda segundo o site *Investing* é que uma criptomoeda é um ativo virtual criptografado que pode ser usado como meio de troca ou reserva de valor. A criptografia única, ou código computacionalmente seguro, de cada criptomoeda controla sua oferta monetária para evitar sua desvalorização, bem como o meio pelo qual as unidades podem ser criadas, armazenadas e transferidas com segurança.

A Definição de criptomoeda segundo Segendorf sobre a primeira e mais famosa moeda virtual do mundo, é que a bitcoin, "corresponde a um sistema de dinheiro digital de ponto a ponto sem nenhum intermediário e com transações irreversíveis" (2014, p. 1).

Para elucidar de maneira correta o que é uma criptomoeda usaremos como exemplo a *bitcoin* que é a mais conhecida mundialmente e contém mais estudos sobre seu funcionamento e uso.

Considerada a primeira moeda digital global descentralizada, constituída por um sistema econômico alternativo, a bitcoin foi apresentada para mundo em 2008 em uma lista de discussões no *The Cryptography Mailing*, por um grupo de programadores sendo seu supervisor e criador denominado Satoshi Nakamoto um pseudônimo, ou seja, não se sabe se essa é a sua verdadeira identidade como pessoa, ou se esse nome representa um grupo de pessoas. (FREITAS, 2019 p.14)

Sagendorf esclarece sobre bitcoin:

A Bitcoin é uma criptomoeda descentralizada com fluxo bidirecional, ou seja, é uma moeda virtual cujas movimentações são protegidas por criptografia, os registros destas movimentações não são centralizados em nenhuma instituição e ela pode ser trocadas por outras moedas assim como outras moedas podem ser trocadas por Bitcoins (2014, p. 73)

Para o criador da criptomoeda, uma das principais vantagens da criptomoeda é a desnecessidade de um terceiro como bancos ou até mesmo o Estado em suas relações. Para Satoshi Nakamoto

necessário um sistema de pagamento eletrônico baseado em prova criptografia em vez de confiança, permitindo a quaisquer duas partes dispostas a transacionar diretamente uma com a outra sem a necessidade de um terceiro confiável (2008, p. 1).

Assim surgiu o bitcoin.

Outro grande proveito seria a descentralização da bitcoin, pois a moeda não é controlada por nenhum órgão governamental em nenhum dos países que ela se encontra, sem nenhuma interferência estatal. Sobre isso, Fernando Urichi discorre que o *bitcoin* "não depende de uma autoridade central". Entre muitas outras coisas, o que faz o *Bitcoin* ser único é o fato de ele ser o primeiro sistema de pagamentos global totalmente descentralizado" (2014, p. 17).

3.O CARÁTER DESCENTRALIZADO DAS CRIPTOMOEDAS - UM OLHAR SOBRE O MUNDO

3.1 DESCENTRALIZAÇÃO DOS ATIVOS DIGITAIS

Dado que o Brasil possui um sistema monetário dependente de instituições financeiras, estas desempenham o papel de terceiros mediadores confiáveis para efetuar transações entre indivíduos. Por esta dependência acarretar custas, taxas e limitações para as partes que irão efetuar ou receber as transações surgiu a ideia vindo do criador do *bitcoin* de idealizar uma moeda que não houvesse a necessidade de interferência de alguém além das partes interessadas. Neste sentido, Satoshi Nakamoto propôs um sistema de transações eletrônicas, sem depender de confiança.

O *Bitcoin* é a primeira moeda descentralizada criada. Segundo Jon Matonis o Bitcoin é, "em realidade, uma forma de impedir a tirania monetária. Essa é a sua verdadeira razão de ser" (2012). Em conformidade com o economista Walter José (2017 p. 26):

O Bitcoin é uma moeda descentralizada que está imune às políticas monetárias feitas pelos governos centrais, esta moeda é revolucionária por propiciar aos indivíduos o controle sobre suas finanças, não dependendo, portanto, de um governo central, ou de instituições financeiras para intermediar as suas transações, permitindo que os indivíduos sejam livres para fazer suas escolhas e que os mesmos não sejam sacrificados em prol das políticas do estado.

Para que essa descentralização aconteça foi usada uma tecnologia subjacente denominada de *Blockchain*. Esta tecnologia oferece a oportunidade para qualquer usuário tornar-se um processador de pagamento pertencente à rede, dificultando dessa forma o ataque de *hackers* ou de controle governamental uma vez que pode existir um operador em qualquer ponto do planeta.

Por ser uma moeda descentralizada, advém ao *Bitcoin*, a dificuldade no que diz respeito a sua regulamentação. Posto que não está sob um poder governamental, sequer um núcleo central de controle sendo o que resta são tentativas individuais de cada país para a regulamentação desta e das criptomoedas em geral. Pode-se observar a seguir que as regulamentações podem ser divergentes de cada país. Muitas autoridades financeiras centrais não reconhecem o Bitcoin como moeda e o regulam, em vez disso, como um ativo. Muitos dos regulamentos relacionados ao Bitcoin não são feitos diretamente para controlá-lo, mas para gerenciar todas as criptomoedas, sendo o Bitcoin uma delas.

3.2 AS CRIPTOMOEDAS PELO MUNDO

Ao longo das pesquisas observa-se como alguns países estão criando tentativas de regulamentar ou até mesmo inserir as criptomoedas ao governo.

A abordagem dos Emirados Árabes Unidos, por exemplo, foi a de se prepararem para emitir licenças federais para os provedores de serviço de ativos virtuais e a criação de um ambiente

favorável para a mineração de criptomoedas com o objetivo de atrair empresas de cripto para o país. Segundo o site *Coindesk*, após considerar as abordagens feitas pelos Estados Unidos, Reino Unido e Cingapura, os Emirados árabes adotarão uma abordagem híbrida, deixando o Banco Central e a Autoridade de Valores Mobiliários e Commodities, responsáveis pela regulamentação, emissão e procedimentos das licenças, junto com os centros financeiros regionais. Ainda de acordo com o site, o país do Oriente Médio está se preparando para se tornar um hub global de criptomoedas.

Na Índia a ministra das finanças anunciou uma taxa de impostos sob as transações de criptomoedas, gerando entusiasmo e confusão dos cidadãos interessados no assunto. De acordo com o site *Coindesk* (2022) no projeto de lei anunciado, o governo pretende cobrar um imposto de 30% sobre qualquer transação de criptomoedas e um outro imposto de 1% na fonte sobre todas as transações, entretanto ainda não irá regulamentar e nem confirmar a legalidade das criptomoedas. Neste caso será autorizado as transações de criptos de maneira legal, porém as criptomoedas como o *Bitcoin* não serão reconhecidas como moeda no país.

Corroborando a fala acima:

...o projeto de lei que dá legitimidade à criptomoeda ou a torna legal levará tempo para chegar, mas o governo não está esperando que isso aconteça para taxar as pessoas. E depois de aprovada por ambas as casas para estabelecer se a criptomoeda é legal, o que significa que pode ser aceita como um ativo especulativo diário ou como qualquer coisa, menos uma moeda legal ou forma de dinheiro para comprar e vender qualquer coisa.

Mesmo sem reconhecimento como moeda e sem nenhuma perspectiva sobre a regulamentação das criptos, a vantagem deste novo projeto de lei indiano é a de que o investidor não correrá o risco de ser preso por possuir criptomoedas.

Na China há um posicionamento totalmente proibitivo em relação às criptomoedas e sua mineração, no país o governo Chinês proibiu qualquer movimentação de bitcoins ou outras criptos que não fosse a oficial do país.

O site Tecmundo relata que:

O Banco Popular da China proibiu bancos e instituições financeiras de oferecerem quaisquer serviços relacionados a criptomoedas, incluindo transações entre os ativos digitais e moedas fiduciárias, no país. A medida se estende até mesmo as corretoras que operam fora do território chinês, bem como aos seus colaboradores, sejam nativos ou não. Os indivíduos participantes nestas atividades estarão sujeitos a processos legais, caso descobertos. (ADRIANO CAMACHO, 2022, on line)

De acordo com Cláudio Gradilone, escritor da revista Isto É:

essa decisão de banir as criptomoedas é mais uma vantagem para que o

governo abra espaço para sua própria moeda digital, chamada de yuan digital, para que possam fazer mercado com entes internacionais sem abrir mão da sua soberania.

Por outro lado, o país El Salvador foi o primeiro país da América Central a adotar o Bitcoin como moeda oficial junto ao dólar, com a maioria do congresso do país aprovando o projeto de lei, o presidente anunciou que a Lei Bitcoin seria uma modernização para a economia do país visando aumento dos investidores internacionais.

Porém, segundo o jornal Finanças, Direito e Renda (FDR), ainda não há informações se haveria impostos ou taxas sobre os *bitcoins*. Na Indonésia, por exemplo, assim como na Índia, o Bitcoin e outras criptomoedas podem ser usados apenas como commodities, e o governo local cogita taxar todas as criptomoedas (JHENIFFER FREITAS, Jornal FDR).

4.A TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS NO BRASIL DE ACORDO COM O PROJETO DE LEI 4401/2021

Nos últimos anos as criptomoedas vem sendo um tema abundantemente discutido nos países. No Brasil o tema ainda é tratado como uma novidade e aguarda a regulamentação específica para tais ativos. Apesar de terem nome e características definidoras de moedas, o *bitcoin* e outras criptos não podem ser considerados como tais pois na prática a moeda é ligada à economia estatal e a principal característica destes ativos é a descentralização com o estado. De acordo com a Constituição Federal, "a competência da união para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central". (Art.164 CF) Razão pela qual as criptomoedas não são classificadas como moeda.

Por ser de sua competência a emissão das moedas do país o Banco Central do Brasil, com o intuito de alertar a população, emitiu o Comunicado nº 31.379 de 16 de novembro de 2017:

Considerando o crescente interesse dos agentes econômicos (sociedade e instituições) nas denominadas moedas virtuais, o Banco Central do Brasil alerta que estas não são emitidas nem garantidas por qualquer autoridade monetária, por isso não têm garantia de conversão para moedas soberanas, e tampouco são lastreadas em ativo real de qualquer espécie, ficando todo o risco com os detentores. Seu valor decorre exclusivamente da confiança conferida pelos indivíduos ao seu emissor.

O Banco evidencia a distinção da moeda virtual e da moeda eletrônica que é tratada na Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Segundo o decreto já mencionado, são consideradas moedas eletrônicas "os recursos em reais armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento". As moedas virtuais, por sua vez, não são baseadas em moedas estabelecidas pelo governo.

Todavia com o avanço da tecnologia é improvável que o Brasil não se adeque aos novos

meios. À vista disso, a jurisprudência brasileira também deve se amoldar à nova realidade. Não se atualizar em relação às criptomoedas e suas ferramentas pode ser considerada uma involução para o sistema jurídico brasileiro visto que o uso das criptos já fazem parte do dia a dia da sociedade. Como exemplo, apesar de ainda serem poucas, algumas lojas de variados segmentos no Brasil já aceitam pagamento em criptomoedas, a título de exemplo a marca de moda Calvin Klein anunciou que aceitaria em suas lojas de luxo em São Paulo o pagamento em *bitcoins*. Ramos como hotelaria, mercado imobiliário e varejo já seguem o mesmo caminho.

Um movimento ainda mais próximo para tornar realidade a inserção das criptomoedas no Brasil foi quando a cidade do Rio de Janeiro decidiu analisar a possibilidade da criação do Comitê Municipal de Cripto Investimentos onde será possível pagar alguns impostos por meio de ativos virtuais. Seguindo ainda mais além, a prefeitura visa criar sua própria moeda digital visando atrair investidores e empresas para a cidade.

Progressivamente, com a inserção das moedas virtuais, os legisladores brasileiros perceberam a necessidade da criação de algo para regulamentar essas questões. Sobre os posicionamentos adotados no cenário nacional, Saturno (2018) discorre:

Há um projeto de lei tramitando desde julho de 2015, que inicialmente visava proibir o uso de bitcoins nos programas de milhagens aéreas, como o Smiles. Porém, através de um parecer emitido por Expedito Netto, deputado federal pelo PSD de Rondônia, o projeto de lei passou a proibir toda e qualquer operação com moedas digitais em todo o território nacional. Projeto de lei 4401/2021 que dispõe, além dos programas de milhagens, sobre as moedas virtuais.

Segundo a ementa, o projeto de lei 2303/2015 pretendia dispor sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aérea na definição de "arranjos de pagamento" sob a supervisão do Banco Central.

Recentemente a ementa e o número do projeto foram alterados. A nova ementa refere-se à prestadora de serviços de ativos virtuais; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.492, de 16 de junho de 1986, e 9.613, de 3 de março de 1998, para incluir a prestadora de serviços de ativos virtuais no rol de instituições sujeitas às suas disposições. Até a data da escrita deste trabalho está pronta para a pauta do plenário. Logo após a votação na Câmara dos Deputados será encaminhado para ser sancionado pelo presidente Jair Bolsonaro.

4.1 BREVE ANÁLISE SOBRE O PROJETO DE LEI 4401/2021

Preliminarmente, o Projeto de lei 4401/2021 proposto pelo Deputado Federal Aureo Ribeiro e, reformulado pelo Deputado Arthur Lira, tem a finalidade de regulamentar o mercado das criptomoedas. "O projeto traz diretrizes para nortear a regulamentação infralegal, a proteção e defesa do consumidor, a transparência das operações e o combate a crimes financeiros relacionados." (CONSULTOR JURÍDICO, 2022)

O texto traz imprescindivelmente no seu artigo 3º a conceituação do que será considerado ativo virtual.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se ativo virtual a representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para a realização de pagamentos ou com o propósito de investimento...

Observa-se que o legislador com esta conceituação usou o termo ativo virtual estrategicamente para deixar o mais amplo possível a cobertura da lei, que abrange as criptomoedas, incluindo o Bitcoin. Resumindo, são moedas que serão negociadas exclusivamente pela internet. Porém o parágrafo único do artigo disserta que caberá ao ente regulador listar quais são os ativos financeiros que serão regulados pela lei.

Ademais, o artigo exclui algumas hipóteses que não serão consideradas ativos virtuais, como as moedas nacionais, as estrangeiras tal qual o dólar, pontos de recompensa e programas de fidelidade como milhas e as NTFs que são os tokens não fungíveis.

De acordo com o artigo 1º do projeto, essa lei não modificará a competência da Comissão de Valores Imobiliários e não se aplicará aos ativos mobiliários.

Conforme a lei no artigo 2º, será designado um órgão federal para a regulamentação do mercado deste setor de criptomoedas e para que as empresas de comercialização funcionem devem ter autorização do ente competente. Além disso, essa entidade pública também ficará responsável pela delimitação dos parâmetros desta autorização. O artigo 9º acrescenta que as empresas terão um prazo não inferior de 6 meses para se regularizarem e entrarem de acordo com a lei para a sua atuação.

Para complementar a lei, o legislador decidiu agregar ao texto o papel das prestadoras de serviços de ativos digitais que são como as corretoras que já atuam no mercado de ações. Conforme o artigo 5º do PL 4401/2021 algumas delas são:

Art. 5º Considera-se prestadora de serviços de ativos virtuais a pessoa jurídica que executa, em nome de terceiros, pelo menos um dos serviços de ativos virtuais, entendidos como:

I - troca entre ativos virtuais e moeda nacional ou moeda estrangeira;

II - troca entre um ou mais ativos virtuais;

III - transferência de ativos virtuais;

IV - custódia ou administração de ativos virtuais ou de instrumentos que possibilitem controle sobre ativos virtuais;

V - participação em serviços financeiros e prestação de serviços relacionados à oferta por um emissor ou venda de ativos virtuais.

A lei também prevê as competências do órgão que irá regular, além de autorizar as instituições licenciadas pelo Banco Central do Brasil a prestar exclusivamente o serviço de ativos virtuais, ou acumulá-lo com outras atividades, na forma da regulamentação.

Para finalizar o projeto de lei o texto comunica o acréscimo do artigo 171-A no Código Penal criando o crime de "Fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros" com a seguinte redação:

Art. 171-A. Organizar, gerir, ofertar ou distribuir carteiras ou intermediar operações que envolvam ativos virtuais, valores mobiliários ou quaisquer ativos financeiros com o fim de obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa."

Essa alteração no Código Penal se deve ao crescimento das transações de ativos virtuais e a preocupação do uso desse meio para atos ilícitos como lavagem de dinheiro. Segundo Cido Coelho, "só no Brasil, em 2021, os brasileiros movimentaram R\$215 bilhões para compra e venda do ativo digital. O uso da criptomoeda como método de pagamento cresceu 6% no último ano." (SBT NEWS, 2022)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conformidade com o que foi apresentado constata-se que ao longo da história, a sociedade contou com diversificadas espécies de moedas que ao evoluírem transformaram também a coletividade, modificando os meios de compra e venda, as tributações e especialmente o direito. Aqui nas considerações finais não há a necessidade de apresentar resumo.

A partir das evoluções, o surgimento do Bitcoin (dentre outras criptomoedas), trouxe dúvidas a população e principalmente aos legisladores. Para que seja criada uma regulamentação é necessário um amplo estudo sobre a tecnologia que é usada e como as criptos podem incidir no direito. A inexistência de uma lei específica facilita os crimes e ocasiona conflitos nas legislações vigentes.

Como consequência da aderência dos ativos virtuais pela população mundial alguns países já se posicionaram em relação ao assunto. É perceptível que o Brasil ainda não conseguiu formar um parecer concreto sobre o tema. A tentativa de regulamentação do projeto de lei 4401/2021 engloba somente uma pequena parte do vasto universo dos ativos virtuais. A lei que está tramitando nas casas legislativas aborda a regulamentação das corretoras que prestarão serviço a terceiros e a inclusão de um tipo penal envolvendo as novas empresas nesse mercado. Todavia, é compreensível a dificuldade na regulamentação de todo o assunto que envolve os ativos virtuais dado que, como já citado, são totalmente descentralizados, não tendo uma sede, ou um

processador específico para assumir uma responsabilidade.

Além disso, será necessário para o direito brasileiro criar normas que disciplinam operações com criptomoedas entre indivíduos, normas tributárias e novos tipos penais para preservar-se dos inúmeros golpes que surgem com a nova tecnologia.

É explícito que as criptomoedas e seus processos ainda estão longe de uma efetiva regulamentação e que as discussões ainda irão perdurar por mais alguns anos em todo o mundo. A principal vantagem das criptomoedas para seus usuários é o seu caráter anônimo proporcionado pelas *blockchains*, e devido a sua valorização e por não estarem ligadas a nenhum governo os usuários acreditam que uma regulamentação estatal pode obstaculizar as transações. Porém a realidade é que os ativos virtuais estão se popularizando e cada vez mais surgindo novas dúvidas em todos os ramos do Direito para serem estudadas cabendo aos legisladores criarem as soluções para o judiciário resolver os conflitos.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Comunicado nº 31.379, de 14 de novembro 2017. Alerta sobre os riscos decorrentes de operações de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidade financeira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=31379>> . Acesso em: 29 de maio de 2022

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

COELHO, Cido, O QUE MUDA NA REGULAMENTAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS? SBT NEWS, 2022. Disponível em: <<https://www.sbtnews.com.br/noticia/tecnologia/206233-o-que-muda-na-regulamentacao-do-mercado-de-criptomoedas>> Acesso em: 29 de maio de 2022

COSTA, Fernando Nogueira. Economia Monetária e Financeira: Uma Abordagem Pluralista Campinas, SP: Blog Cultura & Cidadania, 2020.

FERGUSON, Niall A ascensão do dinheiro : a história financeira do mundo / Niall Ferguson ; tradução Cordelia Magalhães. – São Paulo : Editora Planeta do Brasil, 2009.

FILHO, Walter José de Oliveira. BITCOIN: EFEITOS DE UMA MOEDA DESCENTRALIZADA E DEFLACIONÁRIA PARA A ECONOMIA. Curitiba, 2017. 34p.

FREITAS , Gean Alves de. Criptomoedas: Um estudo sobre a natureza do bitcoin. / por Gean Alves de Freitas . Ariquemes: FAEMA, 2019. 31 p.

FREITAS, Jheniffer . Bitcoin: El Salvador é o primeiro país a reconhecer a cripto como moeda corrente; FDR Disponível em: <<https://fdr.com.br/2022/01/30/bitcoin-el-salvador-e-o-primeiro-pais-a-reconhecer-a-cripto-como-moeda-corrente-entenda/>> Acesso em 28 de abril de 2022.

GKRITSI, Eliza: Emirados Árabes Unidos emitiram licença de criptografia em tentativa de se tornar um hub da indústria. CoinDesk, 2022 Disponível em: <<https://www.coindesk.com/policy/2022/02/17/uae-to-issue-crypto-licenses-in-bid-to-become-industry-hub-report/>> Acesso em: 22 de abril de 2022.

GRADILONE, Cláudio. China proíbe Bitcoin. Isto é. Disponível em <<https://www.istoedinheiro.com.br/china-proibe-bitcoin/>> Acesso em: 22 de abril de 2022.

MACHADO, Adriano; Bitcoin: entenda o banimento de criptomoedas na China. TecMundo, 2021 Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/225681-bitcoin-entenda-banimento-criptomoedas-china.htm>> Acesso em: 28 de abril de 2022

MENGER, Carl. Investigations into the Method of the Social Sciences with Special Reference to Economics. New York: New York University Press, 1985

MENGER, Carl. The Origins of Money. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009

MIRANDA, Nathur Cardoso de. Bitcoin: uma análise teórica sobre a criptomoeda. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas)-Universidade Federal Fluminense, Instituto de Ciências da Sociedade e Desenvolvimento Regional, Campos dos Goytacazes, 2018.

NAKAMOTO, S. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system, 2008. Disponível em: Acesso em: 19 abr. 2016

PADRÃO, Márcio; Veja empresas de várias áreas que já aceitam pagamento em criptomoedas no Brasil. Canaltech, 2022. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/criptomoedas/veja-empresas-de-varias-areas-que-ja-aceitam-pagamento-em-criptomoedas-no-brasil-216494/>> Acesso em 28 de abril de 2022.

PIASKOWSKI, O. F. . The role of the State in the Origin and Institutional Evolution of Money in the Light of the Austrian School of Economics. MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics, [S. l.], v. 9, 2021. DOI: 10.30800/mises.2021.v9.1390. Disponível em: <https://misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1390>. Acesso em: 26 may. 2022.

SATURNO, Ares. Regulamentação das criptomoedas divide opiniões de gestores e países, mas avança. In: Canal Tech. Disponível em: <https://canaltech.com.br/criptomoedas/regulamentacao-das-criptomoedas-divideopinioes-de-gestores-e-paises-mas-avanca-106542/>. Acesso em: 23 abr. 2022

SEGENDORF, B. What is Bitcoin? Sveriges Riksbank Economic Review, 2014

A CIDADE SE ORGANIZA PARA ENTRAR NO UNIVERSO DAS CRIPTOMOEDAS. Rio prefeitura, 2022. Disponível em: <<https://prefeitura.rio/fazenda/cidade-do-rio-se-organiza-para-entrar-no-universo-das-criptomoedas/>>

A CIDADE SE ORGANIZA PARA ENTRAR NO UNIVERSO DAS CRIPTOMOEDAS. Rio prefeitura, 2022. Disponível em: <<https://prefeitura.rio/fazenda/cidade-do-rio-se-organiza-para-entrar-no-universo-das-criptomoedas/>>

universo-das-criptomoedas/>

CRIPTOMOEDA. Investing, 2021. Disponível em: <<https://br.investing.com/education/terms/criptomoeda-200226261>> Acesso em: 21, abril, 2022.

SENADO APROVA PROJETO DE LEI QUE REGULA MERCADO DE CRIPTOMOEDAS. Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-abr-26/senado-aprova-projeto-lei-regula-mercado-criptomoedas>>. Acesso em 23 de abril de 2022.

SINGH, Amitoj: Entendendo as novas regras de criptografia da Índia. CoinDesk, 2022 Disponível em: <<https://www.coindesk.com/policy/2022/02/21/making-sense-of-indias-new-crypto-rules/>> Acesso em: 28 de abril de 2022

ULRICH, F. Bitcoin: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

_____. . . Bitcoin: a moeda na era digital / Fernando Ulrich - São Paulo; Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. 100p.

VERSIGNASSI, Alexandre. Crash: uma breve história da economia: da Grécia Antiga ao século XXI / Alexandre Versignassi. São Paulo: Leya, 2011. 320 p.

PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE SOBRE A PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

MARIA LIVIA BANDEIRA DE SOUSA:

Acadêmica do curso de Direito da
Faculdade de Imperatriz – FACIMP.

JAKELINE NOGUEIRA PINTO DE ARAÚJO¹⁸⁷

(orientadora)

Resumo: Em 2020 surgiu no Brasil de forma inesperada um caos em forma de pandemia, um vírus tão pequeno que causou um estrago enorme, seja na saúde, educação, economia etc. Tal evento levou o Estado à adotar medida estranhas ao Estado Democrático de Direito, como restrição do direito de ir e vir, direito de reunião, criação de lockdown, isolamento social, entre outras medidas de emergência. O tema revestisse de importância para a sociedade ao trazer respostas a respeito das medidas adotadas pelo Estado, traz a oportunidade de buscar mais a fundo as teorias e entendimentos que giram em torno desta temática, o que a Carta Magna diz a respeito, esclarecer a constitucionalidade de tais eventos, em tempos de crise, instabilidade e calamidade. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar os fundamentos jurídicos que permitem a limitação de direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, para compreender se as medidas adotadas pelo Estado estão de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Adotou-se o método dedutivo, com destaque na pesquisa bibliográfica e documental e com abordagem qualitativa. O estudo demonstrou que diante de situações como a vivenciada na pandemia, é necessário ser exercido um juízo de ponderação, de modo que possa eleger aqueles que, se valendo de critérios minimamente objetivos, haverão de prevalecer, pautando suas ações com base em princípios como os da razoabilidade e da proporcionalidade.

Palavras-chave: Pandemia da COVID-19. Restrições. Direitos Fundamentais. Proporcionalidade. Ponderação. Medidas excepcionais.

Abstract: In 2020, chaos in the form of a pandemic, a virus so small, caused enormous damage, whether in health, education, economics, etc. This event led the state to adopt measures foreign to the Democratic Rule of Law, such as restriction of the right to come and go, the right of assembly, creation of lockdown, social isolation, among other emergency measures. The theme covered importance for society by bringing answers about the measures adopted by the State, brings the opportunity to seek more depth the theories and understandings that revolve around this theme, what the Magna Carta says about, clarify the constitutionality of such events, in times of crisis, instability and calamity. The present work has as general objective to analyze the legal foundations that allow the limitation of fundamental rights in the Brazilian Legal System, to understand whether the measures adopted by the State are in accordance with the national legal system. The deductive

¹⁸⁷ Orientadora, Mestre em Desenvolvimento Regional pela UNIALFA, Professora e Coordenadora do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP.

method was adopted, with emphasis on bibliographic and documentary research and with a qualitative approach. The study demonstrated that in the face of situations such as that experienced in the pandemic, it is necessary to exercise a weighting judgment, so that it can elect those who, using minimally objective criteria, will prevail, guiding their actions based on principles such as reasonableness and proportionality.

Keywords: PANDEMIC OF COVID-19. Restrictions. Fundamental Rights. Proportionality. Weighting. Exceptional measures.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da pandemia da Covid-19 no Brasil, alguns direitos fundamentais tiveram que sofrer restrições, para que se preservasse um bem maior, a vida. O presente trabalho traz consigo a relevância de se estudar a respeito, pois as medidas produziram impactos em muitas áreas, em especial na seara econômica, social e educacional, que trouxeram preocupação quanto aos riscos que os direitos fundamentais correram, trazendo inseguranças e questionamentos a respeito do tema.

Nesta seara, visto que essas são medidas estranhas ao Estado Democrático de Direito, e que a própria Constituição brasileira não possui nenhuma disposição que autorize o uso de um estado de emergência para conter as necessidades de pandemias como a Covid-19, tais medidas adotadas pelo Estado são realmente constitucionais?

Partindo dessa premissa, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar os fundamentos jurídicos que permitem a limitação de direitos fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro, para compreender se as medidas restritivas adotadas pelo Estado, como a restrição da liberdade de reunião em locais públicos, o lockdown, a liberdade de ir e vir, dentre outros, estão de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, analisar os conceitos pertinentes ao tema, a saber: Direitos Fundamentais, estado de exceção, estado de defesa, estado de sítio, calamidade pública; o contexto histórico e a evolução do estado de exceção e as medidas de segurança adotadas pelo Estado para enfrentamento da pandemia, o método utilizado e a sua necessidade.

No segundo capítulo será exposto as noções iniciais sobre os direitos fundamentais, que são o conceito, as características e a evolução histórica dos chamados direitos inerentes ao homem.

No terceiro capítulo será tratado sobre o sistema constitucional brasileiro de crises, as excepcionalidades previstas constitucionalmente, adotadas em momentos próprios previstos na Constituição de 1988.

No quarto capítulo será examinada a atuação do Estado durante a pandemia, alguns atos normativos criados para tentar combater os efeitos da Covid-19, bem como a atuação da OMS

(Organização Mundial da Saúde) em caráter mundial.

No quinto capítulo será abordado sobre o estado de exceção, com embasamento em autores que tratam com propriedade sobre o tema, conceituando-o e analisando sua aplicabilidade no contexto da Pandemia da Covid-19.

Por fim, no sexto capítulo mencionará acerca da restrição de direitos fundamentais, os métodos utilizados em caso de colisão de direitos fundamentais, que exige do Poder Público um juízo de ponderação, de modo que possa eleger aqueles que, mediante critérios minimamente objetivos, haverão de prevalecer.

O presente trabalho tem por escopo o método dedutivo, com destaque na pesquisa bibliográfica e documental. Assim o trabalho busca analisar as restrições impostas pelo Estado como meio de combate a pandemia, trazendo opiniões de doutrinadores e autores que estudam sobre o tema. Nesse sentido, a pesquisa possui natureza explicativa e uma abordagem qualitativa, com pesquisas bibliográficas de doutrinadores que relatam sobre a restrição de direitos fundamentais.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceito

De início é necessário o estudo do conceito e as características dos direitos fundamentais embasado em entendimento de doutrinadores, pois constituem a base do presente trabalho.

Os direitos e garantias do ser humano tem por finalidade básica "...o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais" (MORAES, 2021).

Conceituar direitos fundamentais de forma sintética e precisa não é uma tarefa fácil, o doutrinador José Afonso da Silva diz que essa dificuldade é devida a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no decorrer da história, além de serem utilizadas várias expressões para designá-los. Segundo ele, a melhor expressão que se deve utilizar é *direitos fundamentais do homem*, baseado em estudo de Pérez Luño (SILVA, 2005, p. 178, apud LUÑO, pp. 23 e 24):

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

José Afonso da Silva preceitua (2005, p.178):

No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. [...] *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*.

Os direitos humanos fundamentais “colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana” (MORAES, 2021).

Os direitos fundamentais possuem algumas características próprias, José Afonso da Silva, firmado na teoria jusnaturalista, destaca: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade (SILVA, 2005, p. 181):

(1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas;

(2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis;

(3) *Imprescritibilidade*. [...] O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis.

(4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados.

Deve-se entender que não existe uma lista taxativa de direitos fundamentais, constituindo eles um conjunto aberto, dinâmico, mutável no tempo (PAULO, p.88, 2021).

2.2. Histórico

“A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica” (MENDES e BRANCO, 2022, p.62).

Os direitos fundamentais possuem traços da antiguidade, sua evolução é marcada por processos que foram desenvolvidos há séculos. “Sua evolução histórica aponta que sua origem pode ser observada no antigo Egito e Mesopotâmia, onde já eram previstos alguns mecanismos para a proteção individual em relação ao Estado” (MORAES, 2022, p.29).

Cartas e declarações surgiram na Inglaterra a partir do século XIII, bem abordado por SILVA (2005, p. 151):

Na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta (1215-1225), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais proteção dos direitos humanos fundamentais.

FILHO nota que a Magna Carta aponta a judicialidade um dos princípios do Estado de Direito. Certo que ela exige o crivo do juiz relativamente à prisão de homem livre. Está no seu item 39: “sem julgamento leal dos seus pares, de conformidade com a lei da terra (law of the land)”, nenhum homem livre será detido ou preso, ou despojado de seus bens, exilado ou prejudicado de qualquer maneira que seja.

Segundo FILHO (2016, p.28):

Várias vezes, mais tarde, foi ela confirmada e reconfirmada por monarcas. Igualmente, em diversos documentos outros, foram esses direitos fundamentais dos ingleses objeto de reivindicação pelo Parlamento e de reconfirmação pelos reis. É o caso, por exemplo, da Petition of Rights, de 7 de junho de 1628, que reclama o respeito ao princípio do consentimento na tributação, no do julgamento pelos pares para a privação da liberdade, ou da propriedade, na proibição de detenções arbitrárias etc. Do mesmo modo, o Bill of Rights, de 13 de fevereiro de 1689, o qual, por outro lado, particularmente se preocupa com a independência do Parlamento, dando o passo decisivo para o estabelecimento da separação dos poderes.

Portanto, fica evidente que os direitos fundamentais do homem os acompanham ao longo

da história, marcos que são de extrema relevância para se chegar ao que hoje se conhece, um processo demorado, mas que com o tem tomou forma e se concretizou até a modernidade.

2.2.1 Gerações ou Dimensões de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais de certo não nasceram prontos, houve um lento processo até chegar ao que se conhece hoje. Ao longo da história muitos direitos foram surgindo, em decorrência de movimentos em prol de uma regulamentação dos direitos inerentes ao homem.

Segundo PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo (2021, p.89 e p.90):

Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em gerações (ou dimensões), levando-se em conta o momento de seu surgimento e reconhecimento pelos ordenamentos constitucionais.

Os direitos de primeira geração realçam o princípio da liberdade. São os direitos civis e políticos reconhecidos nas revoluções Francesa e Americana. Caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não intromissão no espaço de autodeterminação de cada indivíduo. São as chamadas liberdades individuais, que têm como foco a liberdade do homem individualmente considerado, sem nenhuma preocupação com as desigualdades sociais.

Os direitos de primeira geração seriam aqueles que pretendem uma ação “negativa” do Estado, ou seja, a não interferência na vida privada do homem, como o direito à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, dentre outros, não permitindo a ingerência abusiva do Estado na esfera privada.

Os direitos de segunda geração “identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, e acentuam o princípio da igualdade entre os homens (igualdade material). São os direitos econômicos, sociais e culturais” (PAULO e ALEXANDRINO, 2021, p.89). Esses direitos requerem uma prestação positiva do Estado, exigindo prestações sociais, como saúde, educação, previdência social, dentre outros, que correspondem aos direitos sociais, onde segundo o citado autor, são direitos que resultam da necessidade de promoção da igualdade substantiva, ou seja, o Estado intervindo em defesa do mais fraco.

Os direitos de terceira geração “consagram os princípios da solidariedade e da fraternidade. São atribuídos genericamente a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa” (PAULO e ALEXANDRINO, 2021, p.90). O citado autor exemplifica direitos de terceira geração como o direito à um meio ambiente equilibrado, à paz, à defesa do consumidor, ao progresso, dentre outros.

Nesse sentido MENDES e BRANCO (2022, p.63) declaram:

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos.

A doutrina atual não possui um consenso quanto aos bens protegidos exatamente pelos direitos de quarta geração ou até mesmo os quinta geração de direitos fundamentais.

3. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE CRISES

De acordo com Moraes (2022, p. 913, apud LAVIÉ, Op. cit. p. 573-578):

A Constituição Federal prevê a aplicação de duas medidas excepcionais para restauração da ordem em momentos de anormalidade – Estado de defesa e Estado de sítio, possibilitando inclusive a suspensão de determinadas garantias constitucionais, em lugar específico e por certo tempo, possibilitando ampliação do poder repressivo do Estado, justificado pela gravidade da perturbação da ordem pública.

Já LENZA classifica as medidas excepcionais em (2022, p.1077):

Destacam-se no tema da “defesa do Estado e das instituições democráticas” dois grupos: a) instrumentos (medidas excepcionais) para manter ou restabelecer a ordem nos momentos de anormalidades constitucionais, instituindo o sistema constitucional de crises, composto pelo estado de defesa e pelo estado de sítio (legalidade extraordinária); b) defesa do País ou sociedade, através das Forças Armadas e da segurança pública.

SANTOS (apud LENZA, 2022, p.1077) define sistema constitucional das crises como “... o conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional”.

“Estado de defesa é uma situação em que se organizam medidas destinadas a debelar ameaças à ordem pública ou à paz social” (SILVA, 2005). Conforme preceitua o art. 136 da Constituição brasileira, por certo tempo, em locais restritos e determinados, mediante decreto

presidencial, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, para preservar a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

O estado de sítio é previsto no art. 137 da Constituição Federal, e será executado em dois casos: 1) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa; 2) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira. Constitui "...medida mais grave que o estado de defesa. Uma vez decretado, estabelece-se uma **legalidade constitucional extraordinária**, na qual é permitida a suspensão temporária de direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como forma de reverter a anormalidade em curso" (PAULO e ALEXANDRINO, 2021, p.902).

Portanto, segundo (PAULO e ALEXANDRINO, 2021, p.897):

Constatada uma situação de crise constitucional, a Constituição Federal de 1988 autoriza a adoção de certas medidas de exceção – estado de defesa estado de sítio -, com o fim de fazer frente à anormalidade manifestada e restabelecer a ordem. Durante a execução dessas medidas, o poder de repressão do Estado é ampliado, mediante a autorização para que sejam impostas aos indivíduos restrições e suspensões de certas garantias fundamentais, em locais específicos e por prazo certo, sempre no intuito de restabelecer a normalidade constitucional.

Segundo RAMOS (2022), mesmo quanto aos direitos suscetíveis de restrição, o respeito à proporcionalidade da medida e a obrigatoriedade da preservação do núcleo essencial dos direitos são exigidos. O controle do Estado de Defesa e do Estado de Sítio é feito pelo Congresso Nacional que os aprova, a partir da decretação – Estado de Defesa – ou solicitação – Estado de Sítio pelo Poder Executivo. Porém, o controle final é feito pelo Poder Judiciário, garantindo respeito aos direitos fundamentais no Estado de Direito.

4. A ATUAÇÃO DO ESTADO FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19

A Organização Mundial da Saúde (OMS), organização internacional criada em 1948 com o intuito de promover ações coordenadas entre Estados em face de doenças que podem se propagar para além das fronteiras estatais, adotou a seguinte medida exposta por RAMOS (2022, p. 9):

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou a sexta emergência internacional após a identificação de mais de 7 mil casos de pessoas infectadas com o novo coronavírus (nCoV ou Covid-19) em 19 países, a partir, inicialmente, de contaminação de seres humanos pelo vírus na China. Em 11 de março,

a OMS declarou a existência de uma pandemia global, dado o impacto generalizado na população com alcance global.

Segundo a OMS, uma pandemia é a disseminação de uma nova doença. Essa classificação requer que tal doença se espalhe por praticamente todos os continentes, e foi exatamente o que aconteceu com o novo coronavírus, transmitido em escala global. De acordo com RAMOS (2022, p. 9):

No plano normativo, a reação no Brasil deu-se quase em seguida à declaração da OMS sobre o estado de emergência sanitária (em 30/01/2020). Em 03 de fevereiro de 2020, com remissão clara à deliberação internacional, o Ministério da Saúde adotou a Portaria n. 188/2020, declarando “emergência em saúde pública de importância nacional” (ESPIN) em decorrência do novo Coronavírus (2019-nCoV), criando ainda o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) como mecanismo nacional da gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional. Imediatamente, foi editada a Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, chamada de “Lei da Pandemia” ou “Lei da Quarentena”, pela qual foram adotadas *medidas para enfrentamento* da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus.

De acordo com RAMOS (2022), esse *ambiente normativo de excepcionalidade* atravessado pelo Brasil em 2020 e 2021, com medidas sendo adotadas em várias áreas, muitas com claro impacto restritivo aos direitos fundamentais, mas que, em tese, possuem como objetivo combater uma pandemia e preservar outros direitos, como o direito à vida e à saúde. Pessoas foram impedidas de se reunirem, foi determinado o isolamento social, uso obrigatório de máscaras para evitar que a doença se espalhasse, suspensão de direitos trabalhistas para assegurar a sobrevivência de empresas, entre outras medidas de emergência, em prol da ponderação que deve ser feita no caso de colisão de direitos.

“A crise sanitária causada por uma doença altamente contagiosa representa um grande desafio humanitário ao Estado, que deve *enfrentar a pandemia* e proteger a vida e a saúde das pessoas *sem, ao mesmo tempo, destruir os direitos* dos indivíduos”. (RAMOS, 2022, p.10).

No Brasil foi sancionada uma Lei Federal para o enfrentamento da pandemia, a lei nº 13.979/2020, em que foram traçadas medidas de emergência para proteção da saúde pública em razão do coronavírus. Diante dessa situação de calamidade pública não se restou alternativa, a não ser a busca pela segurança da saúde pública, direito esse que deve ser assegurado universalmente. Além de outras medidas adotadas em âmbito estadual, como decretos, que viabilizaram também a restrição de direitos fundamentais.

5. O ESTADO DE EXCESSÃO

De acordo com Gabriel L. Negretto, consiste o estado de exceção no Direito Constitucional: *na resposta do ordenamento constitucional a uma situação que, de um modo extraordinário, o coloca em perigo* (Gouveia, J., 2020, p. 14).

O estado de exceção somente ganha real sentido nos sistemas em que seja possível discernir *uma situação de normalidade* – caracterizada por um equilíbrio entre poder e liberdade – *de uma situação de exceção* – marcada por um conjunto de transformações que permitem a hipertrofia daquele em desfavorecimento desta, (Gouveia, J., 2020, p. 13). Para o autor, não há que se falar em estado de exceção em sistemas de governos tipo anárquico, porque lhes falta um poder suficientemente operativo ao ponto de suscitar o reforço dos mecanismos de intervenção com vista à reposição da ordem constitucional ameaçada (Gouveia, J., 2020, p.14):

Para além de sua localização sistemática num setor jurídico que espelha a existência de problemas singulares, o estado de exceção constitucional requer, concomitantemente, *certos pressupostos de operatividade*, os quais se organizam em torno de *uma noção de sistema político-institucional democrático que possibilita a distanciação entre as situações de normalidade e as situações de crise institucional*.

As medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresentasse como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal (Giorgio Agamben, 2004).

Quanto aos pressupostos para adotar medidas excepcionais pelo Estado faz-se necessária a fala de José Afonso da Silva (2005, p. 762):

Os princípios informadores do sistema constitucional das crises e, pois, dos estados de exceção foram bem lembrados por Aricê Moacyr Amaral Santos, e são o princípio fundante da necessidade e o princípio da temporariedade, cuja incidência nos sistemas de legalidade especial determina: a) a declaração é condicionada à ocorrência de pressuposto fático; b) os meios de resposta têm sua executoriedade restrita e vinculada a cada anormalidade em particular e, ainda, ao lugar e tempo; c) o poder de fiscalização política dos atos de exceção é de competência do Legislativo; d) o controle judicial a tempore e a posteriori é do Judiciário.

Nesse sentido, caso não se verifique a necessidade, o estado de exceção configurará puro golpe de estado, simples arbítrio; sem atenção ao princípio da temporariedade, sem que se fixe tempo limitado para a vigência da legalidade extraordinária, o estado de exceção não passará de

ditadura (José Afonso da Silva, 2005, p. 763).

AGAMBEN (2004) preceitua que o fundamento do estado de exceção é o conceito de necessidade, e necessidade não tem lei, o que se deve entender em dois sentidos opostos: "a necessidade não reconhece nenhuma lei" e "a necessidade cria sua própria lei". Segundo o autor, parece que a necessidade possui o poder de tornar o ilícito em lícito.

De acordo com AGAMBEN (2004, p.38):

O fundamento último da exceção não é aqui a necessidade, mas o princípio segundo o qual toda lei é ordenada à salvação comum dos homens, e só por isso tem força e razão de lei [*vim et rationem legis*]; à medida que, ao contrário, faltar a isso, perderá sua força de obrigação [*virtutem obligandi non habet*].

O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, capturada fora (*ex-capere*) e não simplesmente excluída (AGAMBEN, 2007).

A pandemia do novo coronavírus e as políticas dos Estados para enfrenta-la vieram renovar o debate sobre o Estado de exceção. O contexto em que o debate tem ocorrido deve ser entendido como abrangendo os últimos quarenta anos de experiência democrática do mundo (SANTOS, 2021, p.151).

6. RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já abordado no tópico do sistema constitucional das crises, a Constituição permite a restrição temporária de direitos fundamentais nas situações excepcionais e gravíssimas de estado de defesa e estado de sítio. "É importantíssimo ressaltar que durante a execução dessas medidas excepcionais não impera o arbítrio do Estado, haja vista que este só poderá agir nos estritos termos e limites estabelecidos pela Constituição da República" (PAULO e ALEXANDRINO, 2021, p.898).

Por esse motivo exige-se a presença de pelo menos três requisitos, abordados por PAULO e ALEXANDRINO, 2021, p.898):

(a) necessidade (as medidas só deverão ser decretadas diante de situações fáticas cuja gravidade torne imprescindível a sua adoção); (b) temporalidade (as medidas deverão vigorar somente pelo prazo necessário ao restabelecimento da normalidade, sob pena de se converterem em arbítrio ou ditadura); (c) obediência irrestrita aos comandos constitucionais (a atuação do Estado deverá obedecer fielmente às regras e limites constitucionais, sob pena de ulterior responsabilização – política, criminal e cível – dos executores).

Diante da necessidade de conter a calamidade pública presente no Estado brasileiro, alguns direitos individuais tiveram que ser mitigados a fim de garantir o bem da coletividade, a fim de se evitar o contágio. Ocorre que estes direitos não podem ser restringidos com desproporcionalidade, devendo o Estado atuar sempre de forma clara e transparente.

Conforme preceitua RAMOS (2022, p.10):

Não se trata de abolir o Estado de Direito nem desrespeitar os compromissos internacionais de direitos humanos assumidos: ao contrário, a própria Constituição e os tratados são respeitados na medida em que 1) preveem expressa ou implicitamente tais restrições em face do objetivo de combater tais situações graves e 2) há limites e mecanismos nacionais e internacionais de supervisão e controle das medidas adotadas. Trata-se, então, de reação legítima e que não pode servir de pretexto para o arbítrio e aniquilamento dos direitos, os quais representariam um estado de exceção constitucional e convencionalmente proibido.

É necessário destacar que ainda que devam ser aplicadas essas restrições, elas precisam respeitar os limites impostos, de acordo com os princípios constitucionais e em conformidade com as leis regulamentadoras. Esta teoria, expõe a ideia de que a aptidão de limitar direitos é limitada, e tais medidas não podem ser exercidas em desacordo das regras expressas constitucionalmente.

6.1 Eventuais colisões e o princípio da proporcionalidade

Um dos grandes desafios no combate à COVID-19 foi o de ponderar as ações de modo a proteger o direito à vida e à saúde, sem imobilismos e omissões, mas evitando comprimir os demais direitos de modo desproporcional ou mesmo desnecessário (RAMOS, 2022).

A colisão de direitos fundamentais não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro, (MORAES, 2022, p.43, apud DWORKIN, 2002, p.36-37):

Ocorrendo a colisão entre direitos fundamentais, portanto, para que se atinja o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua, deverão ser analisados os critérios da proporcionalidade, razoabilidade e adequação, no sentido de realizar-se a técnica da ponderação para atingir-se o resultado hermenêutico justo e necessário perante o caso concreto.

O critério da proporcionalidade, em sentido amplo, abarca três necessários elementos, quais sejam: 1) a conformidade ou adequação dos meios empregados; 2) a necessidade ou

exigibilidade da medida adotada e 3) a proporcionalidade em sentido estrito (TAVARES, 2022).

O autor acima citado entende que os dois primeiros elementos citados correspondem aos pressupostos fáticos do princípio, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito equivale à ponderação jurídica destes. Além disso não basta apenas que os requisitos fáticos sejam atendidos, faz-se necessária a concordância entre eles e os valores encampados pelo ordenamento jurídico.

Com base nesses requisitos os direitos fundamentais que colidem entre si, são embasados, há a necessidade de “pôr em uma balança” e chegar ao veredito de qual direito fundamental deve prevalecer frente ao outro. “(...) a exigência de conformidade pressupõe que se investigue e prove que o acto do poder público é apto para e conforme os fins que justificaram a sua adoção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim” (CANOTILHO, 1991).

No caso da COVID-19, muito se fala da intervenção estatal para garantir a universalidade e a efetividade da saúde e das condições econômicas. Todavia, também deve o Estado se abster de cometer abusos. De modo particular, deve fazê-lo no que se refere a direitos que não deveriam ser mitigados, como a é o caso da autonomia de decisão sobre qual forma de tratamento se sujeitar, com uso de medicamentos à disposição.

Havendo portanto, colisão entre dois ou mais direitos fundamentais, (PAULO e ALEXANDRINO, 2021, p.95 e 96) preceitua:

[...] o intérprete deverá lançar mão do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua.

Há que ser nivelado também com base em princípios administrativos como é o caso do princípio da supremacia do interesse público, onde “havendo conflito entre o interesse público e os interesses de particulares, aquele deve prevalecer”(PAULO e ALEXANDRINO, 2021).

7 CONCLUSÃO

A Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus Sars-Cov-2, trata-se do maior desafio natural até então enfrentado pela humanidade, a qual se sujeita a um inimigo invisível, que causou grandes estragos não só no Brasil, mas mundialmente. Diante desse quadro assustador, foi necessária a adoção de medidas de contenção severas com o objetivo de evitar o contágio e o número de mortes. No entanto, ocorreu a chamada colisão de direitos fundamentais, de um lado os direitos individuais sendo suprimidos, do outro lado o direito à vida, à integridade física e à saúde prevalecendo sobre os demais. Restrições antes impensáveis, na pandemia foram adotadas pelos países em prol da preservação da saúde pública e da própria sociedade.

O presente artigo teve o objetivo de analisar os fundamentos jurídicos que permitem as restrições aos direitos fundamentais, bem como as excepcionalidades que traz cada instrumento constitucional e se as medidas adotadas pelo Poder Público são adequadas para conter a pandemia do Coronavírus. Com essa percepção, conclui-se que diante de situações como a vivenciada na pandemia, é necessário ser exercido um juízo de ponderação, de modo que possa eleger aqueles que, se valendo de critérios minimamente objetivos, heverão de prevalecer. Para tanto, impõe-se a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante disso, cabe ao poder público pautar suas ações com base em princípios como os da harmonização, da eficácia integradora, da unidade e da máxima efetividade da Constituição. Somente assim, mediante uma ação pautada em critérios técnicos e científicos, poderá o Poder Público atingir o seu objetivo sem invadir a esfera privada e inerente do ser humano.

REFERÊNCIAS

- RAMOS, André de C. **Direitos humanos na pandemia: desafios e proteção efetiva**. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622890. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622890/>. Acesso em: 19 set. 2022.
- MORAES, Alexandre. **D. Direito Constitucional**. Barueri, SP: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771868. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771868/>. Acesso em: 19 set. 2022.
- PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado** – 20. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, tradução de Iraci D. Poleti. – 2. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de sítio).
- NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional** - Volume Único, 9ª edição. Grupo GEN.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. Melheiros Editores, 2005.
- MORAES, Guilherme Peña. **D. Curso de Direito Constitucional**. Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edição). Grupo GEN, 2022.
- GOUVEIA, Jorge B. **Estado de Exceção no Direito Constitucional- Uma Perspectiva do Constitucionalismo Democrático**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2020.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 8ª edição. Grupo GEN, 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livr. Almedina, 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora: Da pandemia à utopia**. São Paulo: Boitempo, 2021.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596915. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596915/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553621596. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553621596/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

RAMOS, André de C. **Direitos humanos na pandemia: desafios e proteção efetiva**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553622890. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622890/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional** (Série IDP. Linha doutrina). São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620506. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620506/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

MORAES, Alexandre D. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. isbn 9788597026825. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026825/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

FILHO, Manoel Gonçalves F. **Direitos Humanos Fundamentais**, 15ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. E-book. ISBN 9788502208537. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208537/>. Acesso em: 02 nov. 2022.

BELLUZZO, Moema Locatelli. CARRENHO, Ana Carolina Barros Pinheiro. **ATUAÇÃO ESTATAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA**

PANDEMIA DO COVID-19. Artigo Científico apresentado à disciplina Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional, do curso de Mestrado em maio de 2020. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/lawreview/>.

OS IMPACTOS ECONÔMICOS E PSICOLÓGICOS SOFRIDOS PELOS EMPREGADOS PÚBLICOS DA INFRAERO EM IMPERATRIZ-MA APÓS A CONCESSÃO DO AEROPORTO

LENILSON ARAÚJO SILVA:

Graduando do curso de Direito pela Faculdade de Imperatriz – FACIMP.

WAGNER LUIZ FERNANDES JÚNIOR¹⁸⁸

(orientador)

Resumo: A administração pública brasileira tem buscado formas para tornar-se uma administração gerencial típica, ou seja, com a menor participação possível do Estado na execução dos serviços públicos. A concessão de serviços públicos à iniciativa privada tem causado transtornos a muitas famílias, pois é o famoso ato administrativo lícito que causa dano aos envolvidos, mas que o Estado não se sujeita a indenizar. Os empregados do aeroporto de Imperatriz-MA que tiveram que tomar decisões difíceis no que tange à seu novo destino na Infraero, sabem dizer o quanto é inoportuno esse tipo de iniciativa por parte do Estado. Reduzir o Estado é importante, no entanto, quando se tem um grupo de pessoas devidamente instabilizadas prestando aquele serviço, é notório que com a tomada de decisão de entregar o serviço à iniciativa privada, suas vidas simplesmente desequilibrarão em vários aspectos, vulnerabilizando toda a sua estrutura familiar. Os resultados obtidos neste estudo apontam para a efetividade da política pública de concessão para aumentar o nível de satisfação dos usuários com o serviço de transporte aeroportuário. Porém quando se trata dos colaboradores que atuam com vínculo empregatício, percebe-se a falta de comunicação com eles.

Palavras-chave: Administração pública gerencial. Concessão de serviço público. Impactos econômicos. Impactos psicológicos. Estrutura familiar.

Abstract: The Brazilian public administration has sought ways to become a typical managerial administration, that is, with the least possible participation of the State in the execution of public services. The concession of public services to private enterprise has caused inconvenience to many families, because it is the famous lawful administrative act that causes damage to those involved, but which the State is not liable to indemnify. The employees of the airport in Imperatriz-MA, who had to make difficult decisions regarding their new Infraero destination, can tell us how unfortunate this kind of initiative on the part of the State is. Reducing the State is important, however, when you have a group of people who are duly unstable providing that service, it is clear that with the decision to hand over the service to the private sector, their lives will simply unbalance in several aspects, vulnerablizing their entire family structure. The results obtained in this study point to the effectiveness of the public policy of concession to increase the level of user satisfaction with the

188 Orientador, Mestre, Professor do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP.

airport transportation service. However, when it comes to the employees who work in an employment relationship, the lack of communication with them is perceived.

Keywords: Managerial public administration. Public service concession. Economic impacts. Psychological impacts. Family structure.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil observa-se que a evolução da administração pública foi baseada em três modelos básicos de gestão: patrimonialista, burocrático e gerencial. Este artigo tem como finalidade realizar um estudo de caso ocorrido em virtude de um fenômeno do modelo atual da administração pública, ou seja, do modelo gerencial que tanto se busca melhorar no Brasil (SANTOS, 2017).

Atualmente as práticas gerenciais buscam a igualdade no acesso aos serviços públicos, através do planejamento estratégico das ações, da autonomia gerencial, transparência, foco no cidadão, responsabilidade fiscal, elaboração de indicadores de desempenho e principalmente da avaliação dos resultados. A sociedade civil surge como ator importante na formulação de alternativas aos novos desafios enfrentados pelo Estado, principalmente, através da fiscalização da aplicação dos recursos públicos verificando os quesitos de transparência, eficiência, eficácia, efetividade e ética (SANTOS, 2018).

Este conjunto de ideias é discutido sob o prisma da chamada "Nova Gestão Pública". A nova gestão pública pressupõe uma mudança em relação à forma que se busca o alcance dos resultados no âmbito da administração pública, se tornando uma fonte de orientações, métodos e técnicas voltadas ao aperfeiçoamento e modernização da gestão pública (SANTOS, 2022).

Para Marini (1999) o movimento da Nova Administração Pública é definido como um debate profissional sobre a estrutura, a gestão e o controle da administração pública. Tal diálogo envolvendo os funcionários e a academia deve concentrar-se na busca por respostas às questões de como estruturar, gerenciar e controlar os sistemas burocráticos públicos.

No Brasil, a Administração Pública Gerencial é introduzida na década de 1990. Durante o governo do presidente Fernando Collor (1990-1991) optou-se por medidas neoliberais, que vislumbrava um enxugamento da máquina pública e a redução dos gastos públicos, resultando na extinção de cargos públicos, demissão de servidores públicos, e um maior controle sobre as empresas estatais.

Durante a administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso inicia-se, a partir de 1995, a conhecida Reforma do Estado, criando o Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), responsáveis pelas diretrizes referentes à reforma administrativa do Estado. Foram promovidas privatizações, criação de diversas agências, além da Emenda Constitucional nº 19/98 – Emenda da reforma Administrativa.

A prestação do serviço público poderá ser prestada diretamente pelo Estado ou pelo particular sendo nesta forma, entre uma das modalidades, a delegação de serviço público com vínculo contratual entre Estado e um particular o que tem trazido transtornos para muitos empregados públicos (BRESSER, 1998).

A administração pública brasileira tem buscado continuamente se restringir a apenas gerenciar o serviço público, delegando a execução dos serviços à iniciativa privada e com isso, muitas empresas públicas como a Infraero tem tido sua estrutura reduzida e essa redução tem ocasionado a saída de muitos empregados (SANABIO, 2013).

Com a concessão do aeroporto de Imperatriz-MA, muitos empregados da Infraero tiveram suas vidas desestruturadas em vários aspectos entre eles o financeiro e psicológico

2. CONCESSÃO PÚBLICA

Em conceito dado por DI PIETRO (2006), concessão pública é o contrato entre a administração pública e uma empresa privada, pelo qual a primeira transfere, à segunda, a execução de um serviço público, para que exerça este em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário, em regime de monopólio ou não.

Diante do exposto a Lei n.º. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, que destaca os seguintes artigos:

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Empresa pública é a pessoa jurídica de direito privado administrada exclusivamente pelo poder público, instituída por um ente estatal, com a finalidade prevista em lei e sendo de propriedade única do Estado. A finalidade pode ser de atividade econômica ou de prestação de serviços públicos.

É um instrumento de ação do estado, sendo integrante da administração indireta e constituída sob qualquer das formas admitidas pelo direito. Seu capital é formado unicamente por recursos públicos de pessoa de administração direta ou indireta. Pode ser federal, estadual, distrital ou municipal. A Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Entretanto a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, defende que empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

A **Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972**. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, e dá outras providências. No Art 1º Fica explícito que o Poder Executivo é autorizado a constituir uma empresa pública, na forma definida.

No inciso II do artigo 5º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei número 900, de 29 de setembro de 1969, denominada Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, vinculada ao Ministério da Aeronáutica.

No Art. 3º relata que para a realização de sua finalidade compete, ainda, à INFRAERO, conforme o inciso I pode superintender técnica, operacional e administrativamente as unidades da Infraestrutura aeroportuária.

3. IMPACTOS ECONÔMICOS SOFRIDOS PELOS EMPREGADOS

Foi realizada uma pesquisa com ex-funcionários do aeroporto de Imperatriz – MA, com o objetivo de avaliar os impactos econômicos e psicológicos sofridos pelos empregados públicos da infraero em Imperatriz - MA após a concessão do aeroporto.

Apresentam-se a seguir os resultados em gráficos encontrados após a análise dos dados. Os atributos foram classificados em função das respostas colhidas através de 10 entrevistas, de acordo com a entrevista foi possível identificar e classificar os principais pontos que se deve melhorar para se ter consciência dos impactos sofridos pelos funcionários.

Dainte das respostas colhidas foi possível observar que, haviam dois grupos de empregados na administração do aeroporto, um cuidava da parte administrativa a qual geria toda a parte documental dos processos de gestão, um outro que se empenhava diretamente na parte operacional do aeroporto.

Em se tratando dos empregados do grupo voltado para área operacional, esses trabalhavam em escala de revezamento e por isso, recebiam alguns adicionais os quais lhes proporcionavam uma melhor remuneração em relação aos de mesmo nível de carreira que trabalhavam na parte administrativa do aeroporto.

Após a concessão pública dos aeroportos do bloco central da 6ª rodada de concessões realizada pela União na qual o aeroporto de Imperatriz-MA estava incluso, todos os empregados que recebiam adicionais entre eles: Adicional noturno, adicional de repouso remunerado, adicional de periculosidade e adicional de quebra de caixa, tiveram que aprender a sobreviver com uma redução remuneratória de aproximadamente 50% de sua remuneração mensal, haja vista que todos passaram a exercer suas atividades em locais e/ou horários que não lhes garantiam o direito aos adicionais anteriormente recebido.

Imagem 1: Concessão de aeroportos

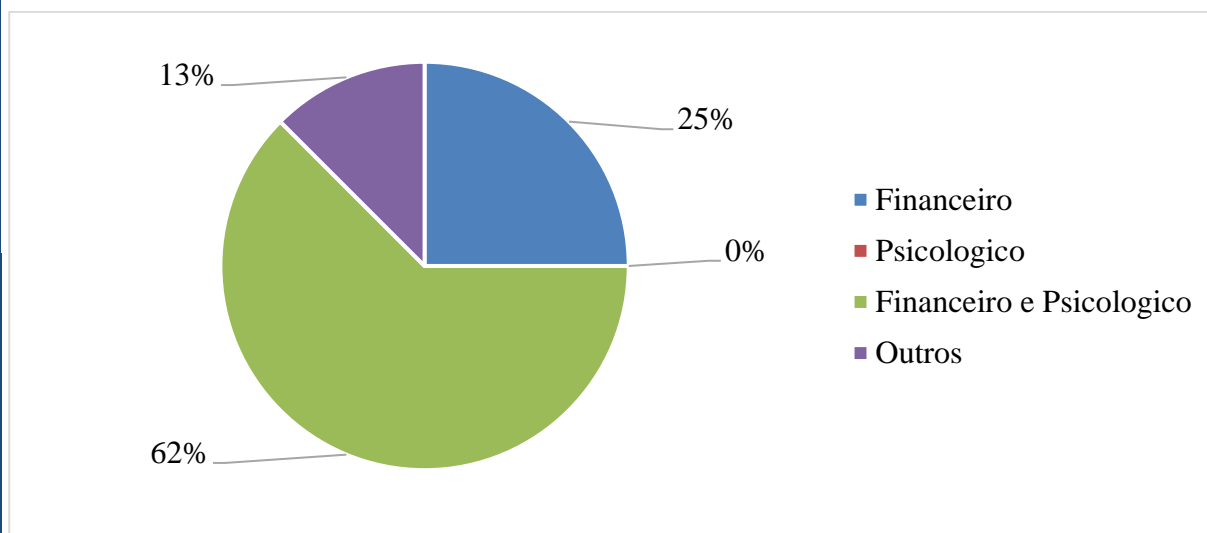


Fonte: ANAC. 2021.

Concessão pública é o contrato entre a administração pública e uma empresa privada, pelo qual a primeira transfere, à segunda, a execução de um serviço público, para que exerça este em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário, em regime de monopólio ou não.

Os empregados ao serem questionados sobre quais impactos teriam sofrido após a saída do aeroporto, seja para trabalhar em um órgão público, seja para ficar em home office pela Infraero ou até mesmo para trabalhar em outro aeroporto na área administrativa, deram respostas parecidas, ou seja, entre a maioria os impactos econômicos predominaram vindo logo em seguida os impactos psicológicos como sendo os mais evidenciados conforme demonstra o gráfico 1 abaixo:

GRÁFICO 1: impactos teriam sofrido após a saída do aeroporto



FONTE: Elaborado pelo autor. 2022.

Com a iniciativa do governo de conceder os aeroportos entre eles o de Imperatriz-MA, grande parte dos empregados passaram a trabalhar na área administrativa em home office, uns prestando serviço para a própria Infraero e outros cedidos para órgãos públicos federais, uma pequena parte dos empregados optaram por transferências para outros aeroportos, mas sem o direito aos adicionais perdidos.

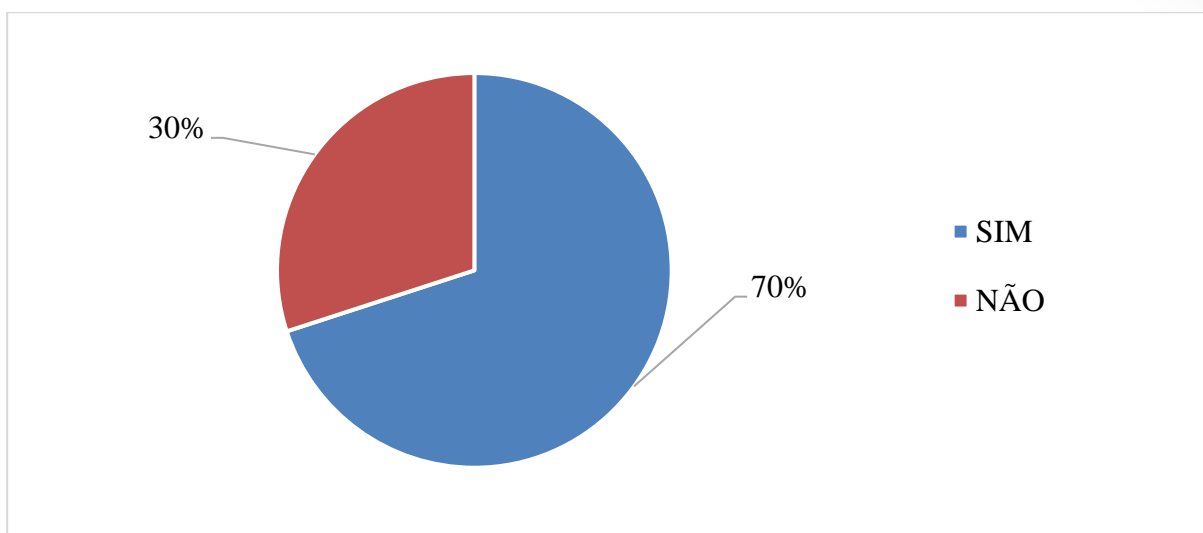
O home office e a cessão para outros órgãos, foram as melhores opções encontradas pela maioria dos empregados, como forma de minimizar seus impactos financeiros, pois caso fossem para outro aeroporto da Infraero em outra cidade, isso lhes causariam uma despesa adicional com moradia ficando assim sua remuneração insuficiente para seu sustento como também o de sua família.

3.1 Impactos Psicológicos na Vida dos Empregados

As concessões dos aeroportos os quais o aeroporto de Imperatriz-MA estava incluso, iniciou seu processo há aproximadamente um ano antes do seu leilão e diante de todo esse processo, os empregados já passaram a apresentar notoriamente sintomas de ansiedade e insônia, porque sabiam que logo teriam que tomar uma decisão que mudaria todo o seu contexto de vida, haja vista que a empresa lhe apresentava três opções: Pedir para sair de forma incentivada, transferência para outro aeroporto da Infraero ou cessão para um órgão público federal, sendo este o mais difícil, pois todos os órgãos tinham interesse, todavia não tinham recursos financeiros para custear o reembolso para a Infraero.

Ao questionar se tiveram algum momento de abalo psicológico que comprometesse sua produção no trabalho, durante o período compreendido entre a publicação do edital de concessão do aeroporto e a sua efetiva entrega. Entre os entrevistados 70% responderam que sim, que tiveram abalo emocional como mostra o gráfico 2 abaixo:

GRÁFICO 2: Se tiveram algum momento de abalo psicológico que comprometesse a produção no trabalho



FONTE: Elaborado pelo autor. 2022.

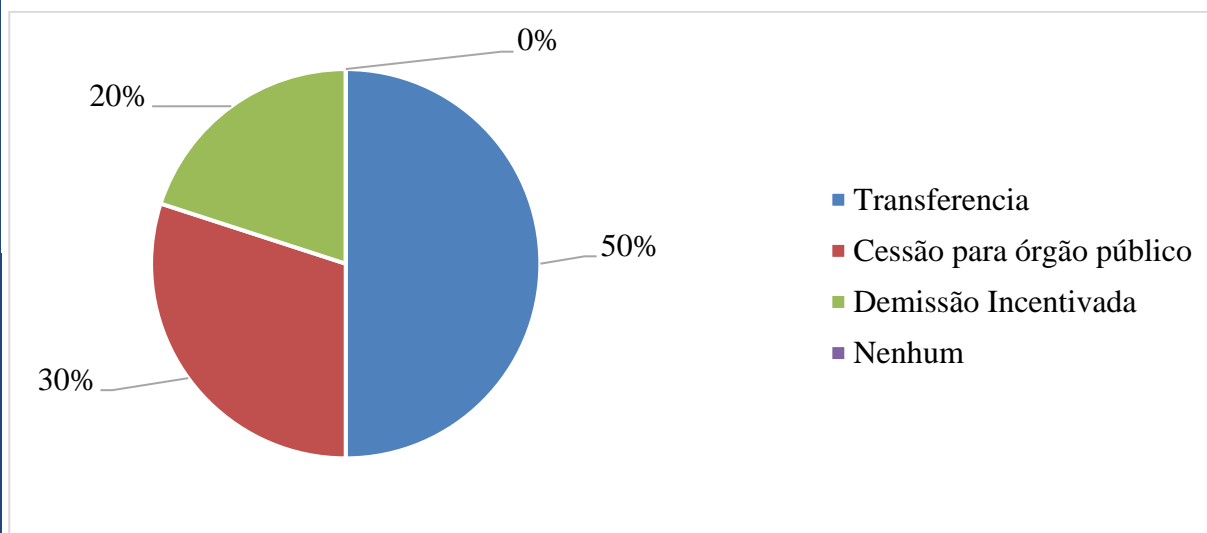
Como se observa no gráfico acima, a maior parte dos empregados declararam que caíram de produção em algum momentos diante da situação a qual estava passando na empresa. A Infraero buscava sempre adequar seu efetivo, abrindo seletivos com vagas para transfêrencias para outros aeroportos como também buscando proximidade com os órgãos públicos a fim de identificar aqueles que tinham recursos para reembolso de uma possível cessão.

A cada ciclo de transferências aberto, os empregados buscavam sanar/minimizar suas necessidades econômicas como também seus danos psicológicos, atentos às vagas disponibilizadas para ver se conseguiam uma bem próxima de sua cidade.

A principal questão é que a transferência para outros aeroportos, nunca foi a opção desejada pelos empregados, haja vista que todos estavam com um propósito em comum, ou seja, todos queriam oportunidades para trabalho Home Office no qual eles pudessem trabalhar residindo em sua cidade atual, pois todos têm família e estão estabilizados na cidade em que moram.

A transferência seria uma das alternativas mais danosa para os empregados, porque teriam que mobilizar toda a família para a mudança de cidade e isso traria desconfortos em vários aspectos da vida. Todos foram questionados sobre qual das alternativas que a empresa apresentou como forma de adequação de efetivo que eles mais se preocupava, e no gráfico 3 abaixo temos o resultado de suas respostas.

GRÁFICO 3: opções apresentadas pela empresa como forma de adequação do efetivo que mais preocupava os trabalhadores.



FONTE: Elaborado pelo autor. 2022.

Para 50% dos empregados a transferência era a que mais lhe preocupava, entretanto tinham que conseguir trabalhar e buscar alternativas viáveis para seu destino na empresa ou fora dela aderindo ao plano de demissão voluntária.

A Infraero com recursos próprios e recursos advindos de um percentual lhe direcionado dos valores arrecadados dos leilões, implantou um programa de demissão incentivada na intenção de atender aqueles que não tivessem interesse em ser transferido e por conseguinte ter que sair de sua cidade como também aqueles que por algum motivo não conseguisse uma cessão para um órgão público.

Alguns optaram em sair da empresa, buscando amparo no PDVI (Programa de Demissão Voluntária Incentivada) e outros, em sua maioria, têm se abraçado a cessão para outros órgãos, se desafiando a outras atividades.

Esse dilema trouxe modificação na motivação de trabalho dos empregados como também atritos familiares, pois toda e qualquer decisão que o empregado fosse tomar, afetaria não só ele, mas também toda a sua família e o consenso em os cônjuges e filhos não era fácil.

A empresa, no período compreendido entre o lançamento do edital do leilão e a efetiva entrega do aeroporto, disponibilizou uma equipe de psicólogos para acompanhar os empregados que precisassem de atendimento, mas os empregados não se apresentavam para serem atendidos.

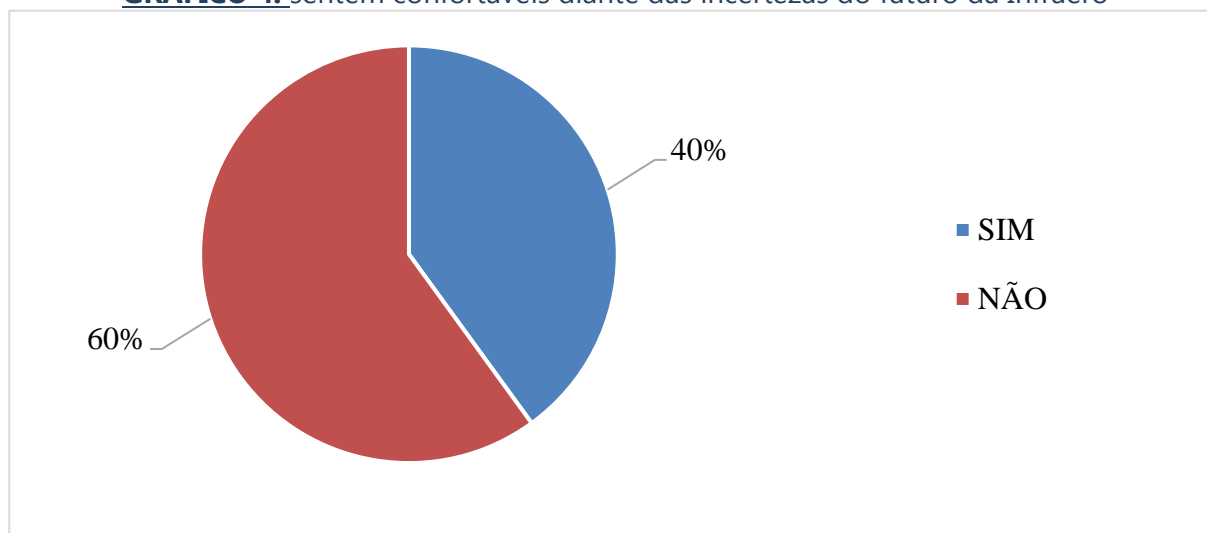
A equipe de psicólogos visitava os aeroportos e marcavam encontros com todos os empregados, porém a grande maioria não compareciam para aquele diálogo o qual tinha o condão de interagir e buscar soluções mais benéficas a cada caso concreto, porque cada empregado vivia situações diferentes o que tornava o assunto bem mais sensível.

O dia da entrega chegou e cada empregado teve que tomar sua decisão, um pediu para sair, três foram transferidos para outros aeroportos de cidades distintas e a grande maioria conseguiu cessão para a Receita Federal e Advocacia Geral da União.

Todos ainda buscam se adaptar as novas atividades como também aprender a conviver com os novos desafios da vida entre eles o fantasma da extinção da Infraero, haja vista que a União até o momento não definiu qual será o futuro da empresa depois da concessão de todos os seus aeroportos superavitários.

Questionados sobre se hoje já se sentem confortáveis diante das incertezas do futuro da Infraero, 60% responderam que não têm segurança na situação da empresa no cenário econômico e político, conforme mostra no gráfico 4.

GRÁFICO 4: sentem confortáveis diante das incertezas do futuro da Infraero

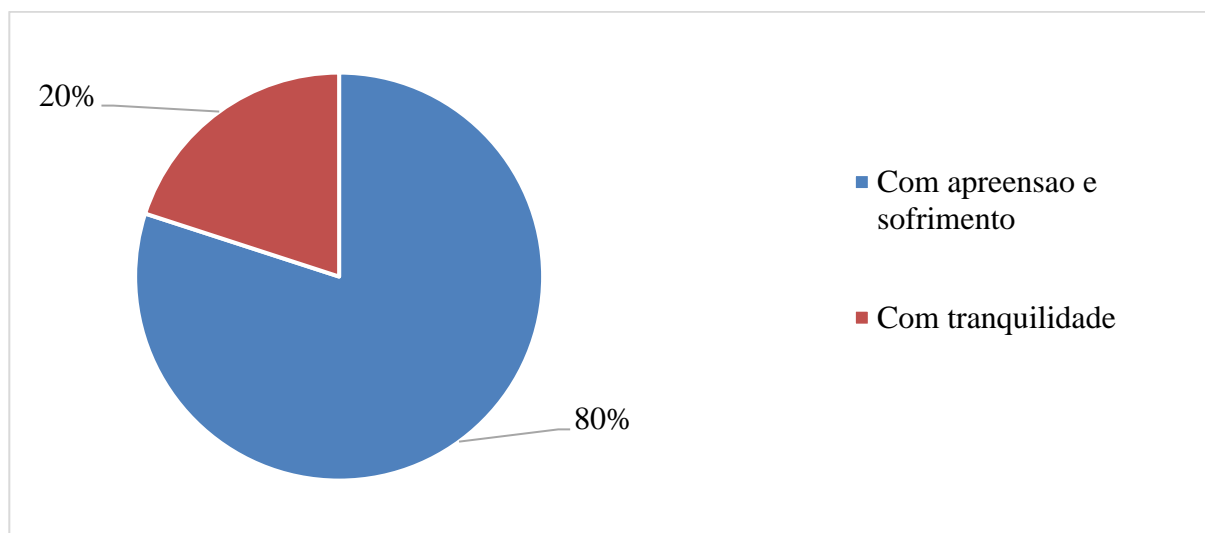


FONTE: Elaborado pelo autor. 2022.

3.2 Avaliar Como a Família de Cada Empregado Absorveu Toda Essa Adversidade

É sabido por todos que a família é parte diretamente interessa nas decisões que o líder de família -homem ou mulher- tenha que tomar, considerando que de alguma forma essa decisão tenha o poder de modificar o contexto geral ou específico de vida de todos os membros daquela família. Em pesquisa realizada com cada empregado no que tange à participação e comportamento familiar diante das propostas de adequações de efetivo ofertadas pela empresa (Infraero), teve-se uma margem expressiva de 80% dos empregados informaram que suas famílias ficaram APREENSIVAS diante das propostas impostas, pois sabiam que independentemente da decisão tomada pelo aeroportuário, essa traria consequências modificativas reais para toda a família.

GRÁFICO 5: como foi absorvido pelas famílias toda essa adversidade enfrentada por você em seu vínculo de emprego?



FONTE: Elaborado pelo autor. 2022.

Os impactos financeiros sempre foram os mais observados, porque antes mesmo da entrega do aeroporto esses já teriam que buscar modificar sua forma de convívio social. No gráfico 5 é possível observar que as famílias receberam a notícia com apreensão e sofreram junto com as decisões que iam sendo tomadas.

4. CONCLUSÃO

Diante do proposto observa-se que a concessão de aeroportos tem como objetivo atrair investimentos para ampliar, aperfeiçoar a infraestrutura aeroportuária brasileira e, conseqüentemente, promover melhorias no atendimento aos usuários do transporte aéreo no Brasil.

Os resultados obtidos neste estudo apontam para a efetividade da política pública de concessão para aumentar o nível de satisfação dos usuários com o serviço de transporte aeroportuário. Porém quando se trata dos colaboradores que atuam com vínculo empregatício, percebe-se a falta de comunicação com eles.

Embora o desempenho operacional da Infraero tenha, nesse primeiro momento, sofrido um impacto, em função do novo regime de administração dos aeroportos cada vez mais a atuação das pessoas na organização se torna o valor mais importante, notadamente sem pessoas as organizações estariam paradas no tempo, conseqüentemente sem inovação, pois são os colaboradores que desenvolvem novos conhecimentos, sistemas, equipamentos, dando a dinâmica viva para as empresas diante das mudanças estavam psicologicamente afetados.

É necessário garantir treinamento e condições legais para que todos os interessados possam participar, onde possam aumentar o conhecimento assim os funcionários se sentem mais capazes de trabalhar pois estarão aptos para servir e colocar em prática tudo o que aprenderam com o novo sistema.

É importante colocar em prática o programa de treinamento, que cada aeroporto tem, e que contemple todos os funcionários que trabalharão na área operacional do aeródromo ou em atividades relacionadas com a segurança operacional, que atenda aos requisitos de instrução mínima para garantir a segurança das operações na fase de transição e contemplando ações que atendam aos requisitos de segurança operacional, alinhado com as diretrizes estabelecidas no RBAC 153, 153.37 (PISOA).

Dentre as consequências psicossociais do desemprego ou o futuro desemprego, destacam-se as afetações ao bem-estar psicológico não só do colaborador, mas como de todos que dependem dele como sua família.

As principais afecções ao bem-estar psicológico, segundo Argalo (2013) apud Alvaro (1992), seriam: transtornos mentais leves (saúde mental geral), depressão, rebaixamento da autoestima, sentimento de insatisfação com a vida, dificuldades cognitivas e dificuldades de relacionamento familiar. Tais aspectos constituem, segundo os autores, os principais focos dos estudos que tratam da associação entre desemprego e saúde mental.

Por este motivo é importante que a empresa ofereça um acompanhamento psicológico empresarial.

REFERÊNCIAS

ANAC. Agência Nacional De Aviação Civil- ANAC. 2014. Disponibiliza dados sobre a entidade. Disponível em: <<http://www.anac.gov.br>> Acesso em: 05 fev. 2017.

ANAC. **Contrato da 6ª Rodada de Concessões**. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/sexta-rodada/02-processo-licitatorio/02-Contrato-e-anexos>. Acesso em 29/06/2021.

ANUAL. **Prestação De Contas Ordinária**. Ministério do Trabalho e Emprego. Bases Estatísticas, 2012.

ARGOLO, João Carlos Tenório; ARAÚJO, Maria Arlete Duarte. **O impacto do desemprego sobre o bem-estar psicológico dos trabalhadores da cidade de Natal**. Revista de Administração Contemporânea, v. 8, p. 161-182, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Constituição (1988).

BRASIL. **Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

BRASIL. **Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972.** Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO, e dá outras providências.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle.** Lua Nova: Revista de cultura e política, p. 49-95, 1998.

GONÇALVES, Adilson Oliveira. **A Resistência Patrimonialista na Administração Pública Brasileira por Meio dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Edição 02, Ano 02, Vol. 01. pp 565-586, Maio de 2017. ISSN:2448-0959

SANABIO, Marcos Tanure. SANTOS, Gilmar José dos. DAVID, Marcus Vinicius. **Administração pública contemporânea: política, democracia e gestão.** Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2013.

SANTOS, Ânderson Ferreira dos. **Administração Pública Brasileira: O Modelo Gerencial e as Ferramentas de Melhoria na Gestão Pública.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 03, Ed. 08, Vol. 04, pp. 69-85, Agosto de 2018. ISSN:2448-0959

SANTOS, Ânderson. **Evolução dos Modelos de Administração Pública no Brasil.** Disponível em: www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/administracao-publica-no-brasil. Acesso em 14 setembro.2022

A LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA (FICTA) COMO FORMA DE EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE E SEUS ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO A LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

ARY MAGNO SOARES MARTINS:

Graduando em direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS).

LUIZ FRANCISCO DE OLIVEIRA¹⁸⁹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da legítima defesa putativa (ficta) como causa de exclusão da culpabilidade do agente e os seus elementos de caracterização. O que diferencia a legítima defesa real da putativa é a inexistência da fática da agressão em relação ao agente que pratica a ação. A legítima defesa putativa recai sobre a culpabilidade do agente, o fato é típico e antijurídico, verifica-se sua forma dolosa de praticar o delito, porém, na ausência da culpabilidade, o fato não é punido, a doutrina admite que desde que o agente se supõe, erroneamente, na situação de quem legitimamente se defende, não existe dolo e o fato fica impune por ausência de culpabilidade. Verifica-se, assim, que a legítima defesa putativa ocorre quando alguém erradamente se julga diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, e, imaginando estar amparada por lei, reage, supondo defender-se ou encontrar-se na defesa de terceiro. A escolha do tema se justifica pelo seu grau de complexidade de como a legítima defesa putativa pode ser caracterizada e aplicada no direito penal brasileiro e ainda pelo o tema ser bastante polêmico, haja vista a falsa certeza de uma agressão injusta provocar lesão ao bem jurídico de um indivíduo, lesão essa que se não houvesse esse instituto seria a conduta punida.

Palavras passe: legítima defesa putativa. Culpabilidade do agente. Fato típico e antijurídico. Exclusão de culpabilidade.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the institute of putative (ficti) legitimate defense as a cause of exclusion of the agent's culpability and its characterization elements. What differentiates the real legitimate defense from the putative one is the inexistence of the fact of the aggression in relation to the agent who performs the action. The putative legitimate defense falls on the agent's culpability, the fact is typical and unlawful, there is a willful way of committing the crime, however, in the absence of culpability, the fact is not punished, the doctrine admits that as long as the agent it is wrongly assumed, in the situation of those who legitimately defend themselves, that there is no malice and the fact goes unpunished due to the absence of culpability. It appears, therefore, that putative self-defense occurs when someone wrongly judges himself in the face of an unjust, current or imminent aggression, and, imagining that he is supported by law, reacts, supposing

189 Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT/ESMAT. Professor de Direito da UNITINS. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Tocantins. · E-mail: luiz.fo@unitins.br

himself to defend himself or find himself in the defense of a third party. The choice of topic is justified by its degree of complexity of how the putative legitimate defense can be characterized and applied in Brazilian criminal law and also because the topic is quite controversial given the false certainty that an unjust aggression causes damage to the legal good of a individual, an injury that, if there were no such institute, the conduct would be punished.

Keywords: legitimate putative defense. Agent culpability. Typical and unlawful fact. Exclusion of guilt.

INTRODUÇÃO

O Código Penal traz o instituto da legítima defesa, que nada mais é do que o direito de todo e qualquer cidadão de reagir diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, podendo usar dos meios necessários para repeli-la. Estamos diante da legítima defesa real, ou propriamente dita.

No presente artigo estudaremos sobre a legítima defesa putativa, que é constituída pelas ações dos agentes que reagem a essa agressão supostamente injusta quando se imaginam em situação de legítima defesa. De plano, observa-se que a agressão só existia na imaginação do agente!

São relevantes ao estudo da legítima defesa putativa os pressupostos da legítima defesa, quais sejam os elementos objetivos (existência de agressão injusta, atual ou iminente, moderação no uso dos meios necessários); e o elemento subjetivo (vontade do agente em se defender).

A legítima defesa putativa está inserida entre as discriminantes putativas, previstas no artigo 20, §1º, do Código Penal. As discriminantes putativas são divididas, doutrinariamente, entre as que ocorrem em relação a pressuposto fático de uma excludente de ilicitude, e, quando relacionadas ao limite ou a existência de uma causa de justificação. No que se trata das discriminantes putativas fáticas, existe divergência doutrinária entre os juristas que adotam as diferentes teorias da culpabilidade, limitada ou extremada. A teoria limitada da culpabilidade é adotada expressamente pelo Código Penal, conforme se observa no item 17 da exposição de motivos da parte geral.

A legítima defesa putativa, assim como todas as outras discriminantes putativas, se constitui por erro que existirá em relação aos pressupostos fáticos, a existência, ou os limites de uma excludente de ilicitude. Destarte, em relação a essa divisão quanto à incidência do erro nas discriminantes putativas, o erro sobre pressuposto fático de uma causa de justificação ocorre quando o sujeito se imagina na presença de uma situação de fato caracterizadora de uma excludente, como a agressão injusta na legítima defesa, por exemplo. Por sua vez, quando o agente imaginar que sua conduta é autorizada por uma excludente de ilicitude, que na verdade não existe, como no caso do sujeito que imagina estar em vigor norma autorizadora da eutanásia, por exemplo, temos o erro quanto à existência de uma causa justificadora. E por último, verifica-se o erro quanto aos limites de uma excludente de ilicitude quando o agente imagina estar autorizado a defender-se com uma *força*, que na verdade não pode. Podemos citar o exemplo do homem que

mata sua esposa ao flagrá-la em adultério, imaginando que, assim agindo, está defendendo legitimamente sua honra.

O presente artigo científico tem como objetivo esclarecer como se determina o instituto da legítima defesa ficta observando seus elementos e a teoria da culpabilidade limitada, no ordenamento jurídico brasileiro, através de conceitos, definições e quesitos com intenção de que a mesma se configure.

1 ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA FICTA.

Legítima defesa putativa é a também denominada legítima defesa ficta. A situação de perigo existe tão somente no imaginário daquele que supõe repelir legitimamente um injusto. Constitui discriminante putativa ou seja, o agente “supõe a ocorrência de uma excludente de criminalidade que, se existisse, tornaria sua ação legítima. Por conseguinte, a ação do que se supõe agredido é revestida de antijuridicidade, em divergência daquele que age em legítima defesa real. Segundo Bitencourt, “o fato praticado sob a suposição errônea de uma causa de justificação continua, pois, sendo um fato doloso”. (BITENCOURT, 2009).

Conforme discorrido acima, a legítima defesa é instituto que exclui a antijuridicidade da ação daquele que repele a agressão injusta. Diferentemente, a legítima defesa putativa, por constituir erro sobre a situação fática, pode ser causa justificante através da eliminação da culpabilidade do agente ou causa de diminuição de pena.

A agressão injusta deverá ser real, efetiva e concreta. Pode acontecer, contudo, que o agente tenha uma percepção equivocada acerca da existência ou atualidade da agressão injusta e creia, erroneamente, que se encontra em uma situação de legítima defesa, dando lugar a uma legítima defesa putativa. Ocorre legítima defesa putativa quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la. A legítima defesa putativa supõe que o agente atue na sincera e íntima convicção da necessidade de repelir essa agressão imaginária (legítima defesa subjetiva). (BITENCOURT, 2012, p. 159).

No artigo 25 do Código Penal constam as hipóteses que admitem a legítima defesa, sendo que são os mesmos elementos da sua forma putativa. Como explicado anteriormente, o agente atua na sincera e íntima convicção da necessidade de repelir essa agressão imaginária.

Segundo o Art. 25 “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. No art 20 é caracterizada a conduta na sua forma putativa. Senão vejamos:

Art. 20- O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação

legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos.

Assim ao delimitar o círculo de proteção do acusado o legislador positivou a forma putativa para delitos cometidos sob a jurisdição brasileira, baseada na teoria da culpabilidade militada.

A análise do art. 25 do Código Penal revela a dependência da legítima defesa aos seguintes requisitos cumulativos: (1) agressão injusta; (2) atual ou iminente; (3) direito próprio ou alheio; (4) reação com os meios necessários; e (5) uso moderado dos meios necessários.

Agressão injusta: Agressão injusta é a de natureza ilícita, isto é, contrária ao Direito. Pode ser dolosa ou culposa. É obtida com uma análise objetiva, consistindo na mera contradição com o ordenamento jurídico. Não se exige, para ser injusta, que a agressão seja prevista como infração penal. Basta que o agredido não esteja obrigado a suportá-la. (BITENCOURT, 2012, p. 158).

Agressão atual ou iminente: Atual é a agressão que está acontecendo, isto é, que ainda não foi concluída; iminente é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa. Agressão iminente não se confunde com agressão futura. A reação do agredido para caracterizar a legítima defesa pode ser preventiva ante uma agressão injusta iminente, estando orientada, prioritariamente, a impedir o início da ofensa, mas pode destinar-se a evitar, ante uma agressão injusta atual, a sua continuidade, como objetivo de impedir que se produza um dano maior ao bem jurídico. (BITENCOURT, 2012, p. 159).

Agressão a direito próprio ou alheio: Qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo instituto da legítima defesa, para repelir agressão injusta, sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e impessoais, disponíveis e indisponíveis. Considerando, porém, a titularidade do bem jurídico protegido por esse instituto, pode-se classificá-lo em: próprio ou de terceiro, que autorizam legítima defesa própria, quando o repelente da agressão é o próprio titular do bem jurídico ameaçado ou atacado, e legítima defesa de terceiro, quando objetiva proteger interesses de outrem. (BITENCOURT, 2012, p. 159).

Reação com os meios necessários: Meios necessários são aqueles que o agente tem à sua disposição para repelir a agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, no momento em que é praticada. A legítima defesa não é desforço desnecessário, mas medida que se destina à proteção de bens jurídicos. Não tem por fim punir, razão pela qual deve ser concretizada da forma menos lesiva possível.

O calor do momento da agressão, todavia, impede sejam calculados os meios necessários de forma rígida e matemática. Seu cabimento deve ser analisado de modo flexível, e não em doses milimétricas. A escolha dos meios deve obedecer aos reclamos da situação concreta de perigo, não se podendo exigir uma proporção mecânica entre os bens em conflito. (LINHARES, 1994. p. 344).

Uso moderado dos meios necessários: Há necessidade de moderação e proporcionalidade dos meios utilizados na defesa do bem jurídico. Na verdade, embora se reconheça a legitimidade da reação pessoal, nas circunstâncias definidas pela lei, o Estado exige que essa legitimação excepcional obedeça aos limites da necessidade e da moderação. A configuração de uma situação

de legítima defesa está diretamente relacionada com a intensidade e gravidade da agressão, periculosidade do agressor e com os meios de defesa disponíveis. No entanto, não se exige uma adequação perfeita, milimetrada, entre ataque e defesa, para se estabelecer a necessidade dos meios e a moderação no seu uso. (BITENCOURT, 2012, p. 160).

A agressão injusta deverá ser real, efetiva e concreta. Pode acontecer, contudo, que o agente tenha uma percepção equivocada acerca da existência ou atualidade da agressão injusta e creia, erroneamente, que se encontra em uma situação de legítima defesa, dando lugar a uma *legítima defesa putativa*. Ocorre legítima defesa putativa quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la. A legítima defesa putativa supõe que o agente atue na sincera e íntima convicção da necessidade de repelir essa agressão imaginária (legítima defesa subjetiva). (BITENCOURT, 2012).

Os elementos caracterizadores da legítima defesa putativa são os mesmos da legítima defesa real mudando-se apenas que na legítima defesa ficta o agente age sobre um erro justificável pelas circunstâncias da situação fática, como explicado no parágrafo anterior.

2 A LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA EM RELAÇÃO A TEORIA DA CULPABILIDADE LIMITADA

A teoria limitada da culpabilidade é muito semelhante à teoria estrita da culpabilidade. A diferença reside no erro quanto às causas de justificação ou discriminantes putativas. Na teoria estrita da culpabilidade, essa espécie de erro sempre excluirá a consciência da antijuridicidade, ou seja, sempre será erro de proibição. Na teoria limitada, o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade. Se o erro for quanto aos limites da causa de justificação teremos erro de proibição; se for quanto à existência da justificadora que autoriza a ação típica, temos a equiparação ao erro de tipo. Dizemos que o erro sobre as discriminantes putativas fáticas se equipara ao erro de tipo porque o dolo não é excluído. No mesmo sentido de que o agente não tem sua vontade dirigida à produção do resultado, mas porque do mesmo modo que os elementos objetivos da justificação compensam o desvalor do resultado, os elementos operam com igual consequência no que concerne ao elemento subjetivo. (SERRA, 1991. p. 83).

Os partidários da teoria limitada da culpabilidade fundamentam-na em uma razão de política criminal. Von Weber dá o seguinte exemplo: pode-se afirmar que um soldado que mata um camarada, por confusão com o inimigo, teve resolução de cometer um delito de homicídio? Deve ele, então, responder pelo crime na forma culposa, em virtude da inexistência do dolo. Essa teoria é a adotada no Direito Positivo brasileiro.

A doutrina distingue o erro de tipo em erro de tipo invencível (escusável, justificável, inevitável) e erro de tipo vencível (inescusável, injustificável, evitável). E como leciona Rogério Greco,

ocorre o erro de tipo invencível quando o agente, nas circunstâncias em que se encontrava, não tinha como evitá-lo, mesmo tomando todas as

cautelas necessárias. Já em relação ao erro de tipo vencível ou inescusável, sustenta o renomado autor que este se configura naquelas situações em que, se o agente tivesse atuado com maior diligência, com maior cautela, poderia ter evitado o resultado danoso. (GRECO, 2017, p. 407).

Sendo invencível o erro de tipo, não só o dolo estará excluído, como também o agente nunca será responsabilizado a título de culpa. Já, por outro lado, sendo vencível o erro de tipo, isto é, se o resultado pudesse ter sido evitado caso o agente tivesse atuado com maior diligência, este só responderia a título culposo, caso seja possível sua responsabilização a título culposo, uma vez que nem todos os crimes do ordenamento admitem a modalidade culposa. (GRECO, 2017, p.407).

O erro de proibição subdivide-se em: (i) direto; (ii) indireto; e (iii) mandamental. Será erro de proibição direto aquele que recai sobre conteúdo proibitivo de uma norma penal, isto é, quando alguém, por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, seja por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou, ainda, por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência. Já o erro de proibição mandamental é aquele que incide sobre o mandamento contido nos crimes omissivos, sejam estes crimes omissivos próprios ou impróprios. (BITENCOURT, 2010).

Por sua vez, erro de proibição indireto é aquele em que o agente erra por supor, erroneamente, estar acobertado por uma causa de justificação inexistente, ou, ao menos, acerca dos limites de uma causa existente. Esse erro de proibição indireto é aquele que mais se relaciona com o erro de tipo permissivo, constante das discriminantes putativas. A existência desse tipo de erro de proibição é a principal consequência da adoção da Teoria Limitada da Culpabilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro. (BITENCOURT, 2010).

Para os finalistas ortodoxos, o erro quanto às causas de justificação será sempre hipótese de erro de proibição, ou seja, excluir-se-á sempre a culpabilidade, conforme os postulados da teoria estrita da culpabilidade. (WELZEL, 1997).

Apesar de Bitencourt levantar a hipótese de que as discriminantes putativas poderiam ser uma terceira espécie de erro, o autor deixa bem claro que o erro sobre as causas de justificação, em seu entendimento, é sempre hipótese de erro de proibição, ao afirmar que "(...) o erro de tipo permissivo não exclui o dolo de tipo, que permanece íntegro. Apenas, afasta a culpabilidade dolosa, se for evitável, e igualmente, a culposa, se for inevitável". (BITENCOURT, 2010).

Logo, percebe-se que o posicionamento de Bitencourt encontra-se em consonância com a teoria estrita ou rigorosa da culpabilidade.

Já os autores que se filiam à teoria limitada da culpabilidade afirmam que as discriminantes putativas podem ser erro de tipo (quando o erro incide sobre a situação de fato, que se existisse, seria acobertada por uma causa de justificação) ou erro de proibição (quando o erro incide sobre os limites ou a existência de uma causa de justificação). Para Santos (2004, p. 227), a legislação brasileira disciplina o erro de tipo (art. 20, CP), o erro de tipo permissivo (art. 20, § 1º, CP) e o erro de proibição (art. 21, CP) segundo os critérios da teoria limitada da culpabilidade.

3 EXCESSO NA LEGITIMA DEFESA FICTA E A SUA PUNIBILIDADE.

A lei exige que a intensidade com que o agredido repele a agressão seja moderada. Faz-se necessário que exista justa proporcionalidade entre a agressão e a reação, muito embora não se exige proporcionalidade absoluta.

Quanto aos meios necessários, quaisquer que sejam os instrumentos ou armas, e ate mesmo a força muscular podem ser empregados para ameaçar, ferir, ou mesmo matar o agressor. No entanto, empregar o meio além do que preciso para repelir a lesão ao bem jurídico que se quer defender faz desaparecer a legitima defesa ou fará surgir o excesso, conforme explica Bruno Anibal (1967, p. 366).

O que caracteriza, em geral, a medida da repulsa é a violência da agressão, mas na proporcionalidade entre o ataque e a defesa, não se pode deixar de tomar em consideração o valor do bem ameaçado, as circunstancias em que atua o agente e os meios de que no momento podia dispor. Mas, afinal, o que o direito permite ou mesmo requer é que o bem seja defendido por todos os meios necessários, empregando, porém, esses meios com a devida moderação. A legitima defesa não deve vir a ser oportunidade para que o agredido exerça sobre o agressor atos de violência ou vingança, aquilo a que ele visa é simplesmente estender sobre o bem em perigo (a vida no caso) uma proteção eficaz e proporcional.

Entende-se, também, que, diante de uma agressão ou ameaça injusta de agressão, o agredido provavelmente estará em estado de perturbação mental de tal modo que não se poderá exigir uma proporção absoluta ou racional entre a defesa e a agressão.

A apreciação deve se feita objetivamente, mas sempre, de caso em caso, segundo um critério de relatividade ou um cálculo aproximativo. Não se trata de pesagem em balança de farmácia, mas de uma aferição ajustada as condições de fato do caso vertente. Não se pode exigir uma perfeita equação entre o *quantum* da reação e a intensidade da agressão desde que o necessário meio empregado tenha que acarretar, por si mesmo, inevitavelmente, o rompimento da dita equação um meio que, *prima facie*, pode parecer excessivo, não será tal se as circunstancias demonstrarem a sua necessidade *in concreto*. Assim, quando um indivíduo franzino se defende com arma de fogo contra um agressor desarmado, mas de grande robustez física, ainda assim, não fica elidida a defesa. (HUNGRIA, 1958, p. 302)

Deste modo, a proporcionalidade deve ser relativizada devendo atender as condições pessoais do agente e agressor e os meios que dispunha no momento, e não os meios que poderia abstratamente se utilizar.

No momento do ataque, a perturbação de animo que torna conta do agente o impede de pensar com precisão se seus golpes serão capazes ou não de afastar a injusta agressão. A sua vontade é de defender-se, e não de cometer um crime. Isto porque o excesso culposo na legítima defesa resulta na responsabilidade do autor pela prática do crime na modalidade culposa, caso haja previsão legal da modalidade culposa para o crime.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou demonstrar a importância e aplicação da legítima defesa putativa. Buscando a evolução histórica do instituto, analisou-se a sua evolução e desenvolvimento desde os primórdios da existência humana até os dias atuais.

Leis e religiões existem onde as pessoas vivem em grupos organizados. Portanto, inferir a lei é definitivamente mais relevante do que a ciência. O objetivo da lei é ser justo, razoável e resolver conflitos de direitos conflitantes. Com esse objetivo em mente, o Estado, como guardião dos legítimos interesses da sociedade e provedor do bem-estar social, capacita os indivíduos a agir em situações específicas para proteger bens legítimos que são ou podem ser objeto de agressão ilícita. O comportamento de um indivíduo nesta situação é típico, mas não ilegal. Ou ainda pode ser típico e ilegal, mas agir inocentemente, como em legítima defesa putativa.

Para o entendimento da legítima defesa putativa como excludente de culpabilidade, foi exposto no trabalho de maneira sucinta a teoria limitada da culpabilidade que o erro quanto às discriminantes putativas, dependendo do caso, será equiparado ao erro de tipo, excluindo o dolo, ou erro de proibição, excluindo a culpabilidade. Se o erro for quanto aos limites da causa de justificação teremos erro de proibição; se for quanto à existência da justificadora que autoriza a ação típica, temos a equiparação ao erro de tipo.

Por fim, a legítima defesa ficta se constitui na ação de um agente que se imagina diante de motivos que justificam a legítima defesa. Dessa forma, configura-se uma discriminante putativa, que deve ser analisado à luz da teoria limitada da culpabilidade, por meio da adoção explícita do código penal, ou seja, se o agente agiu de forma equivocada, no que diz respeito à presunção fática de exclusão (legítima defesa), se escusável a culpabilidade será excluída, e se inescusável, responderá na forma culposa, se existir essa previsão no tipo penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1: Parte geral. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRUNO, Anibal. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GOMES, Luiz Flávio. **Erro de tipo e erro de proibição**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume. 1. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HOFFBAUER, Nelson Hungria. **A legítima defesa putativa**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1936.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2ª edição, Volume I, Tomo 2º. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

JESUS, Damásio Evangelista De (Coord.). **Curso sobre a reforma penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.

LEAL, Saulo Brum. **Júri Popular**. 4 Ed. Porto Alegre, 2001.

LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima defesa**. São Paulo: Saraiva, 1975.

LINHARES, Marcello Jardim. **Legítima defesa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARQUES, Heitor Romero et al. **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico**. 2.ed. Campo Grande: UCDB, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SERRA, Teresa. **Problemática do erro sobre a ilicitude**. Coimbra: Almedina, 1991.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1997.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO POR DANOS CAUSADOS POR OBSTRUÇÕES NAS VIAS URBANAS DE TRÂNSITO

BRUNNO MOREIRA NOLETO.

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi –
UnirG.

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES.¹⁹⁰

RESUMO: A situação das vias urbanas tem preocupado os órgãos públicos e principalmente a sociedade. Isso se deve pelo fato de que se tem verificado diversos problemas nas vias urbanas no Brasil. Asfaltos danificados, buracos nas ruas, ausência de sinalização, dentre outros problemas, são facilmente encontrados na grande maioria das vias urbanas. Ocorre que esses defeitos tem gerado diversos danos, tais como os acidentes de trânsito, que em casos mais graves resultam em óbito. Frente a essa situação, busca-se a responsabilização pelos prejuízos causados. Desse modo, o presente estudo teve como objetivo analisar a aplicabilidade (ou não) do instituto da responsabilidade civil nos casos onde se configurou danos causados por obstruções nas vias urbanas. Nesse aspecto, buscou-se verificar a possibilidade de inserir a responsabilidade civil nos municípios em decorrência da situação aqui apresentada. Na metodologia, tratou-se de uma revisão bibliográfica, por meio de livros e periódicos, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Nos resultados, ficou claro que o município é amplamente responsável pelos danos causados em decorrência das obstruções das vias públicas. A jurisprudência brasileira tem aplicado tanto a responsabilidade civil objetiva quanto a subjetiva, a depender do caso concreto. Como medida de solução, entendeu esse estudo que o investimento em infraestrutura e no gerenciamento de rodovias e vias urbanas se faz necessário para evitar tais problemas.

Palavras-chave: Trânsito. Vias urbanas. Responsabilidade Civil. Danos. Município.

ABSTRACT: The situation of urban roads has worried public bodies and especially society. This is due to the fact that there have been several problems in urban roads in Brazil. Damaged asphalt, potholes in the streets, lack of signage, among other problems, are easily found on the vast majority of urban roads. It happens that these defects have generated several damages, such as traffic accidents, which in more serious cases result in death. Faced with this situation, accountability is sought for the damage caused. Thus, the present study aimed to analyze the applicability (or not) of the civil liability institute in cases where damage caused by obstructions on urban roads was configured. In this aspect, we sought to verify the possibility of inserting civil liability in the municipalities as a result of the situation presented here. In terms of methodology, it was a bibliographic review, through books and periodicals, to better describe, argue and outline the research objectives. In the results, it was clear that the municipality is largely responsible for the damage caused as a result of obstructions on public roads. Brazilian jurisprudence has applied both objective and subjective civil liability, depending on the specific case. As a solution measure, this

¹⁹⁰ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

study understood that investment in infrastructure and management of highways and urban roads is necessary to avoid such problems.

Keywords: Traffic. Urban roads. Civil responsibility. damage. County.

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade Civil: Aspectos gerais. 3. Vias urbanas: realidade fática. 4. Da obrigatoriedade do município sobre suas vias públicas e indenização. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A segurança viária é um dos principais objetivos da engenharia de tráfego. Os deslocamentos cotidianos devem ser seguros, realizados de forma confortável e em um tempo justo. Uma mobilidade urbana sustentável somente será completa quando houver baixos índices de acidentes e números reduzidos de vítimas no trânsito, principalmente com lesões graves e fatais. Essa segurança tem se tornado um desafio cada vez maior nos países em desenvolvimento. O crescimento do transporte individual e motorizado, aliado à precária infraestrutura urbana e à deficiência no transporte coletivo na maioria das cidades, torna insustentável a boa gestão no trânsito (CARMO; JUNIOR, 2019).

Os municípios não têm sido capazes de gerir esse aumento da frota. As rodovias inseridas nesses ambientes, então, tornam-se a alternativa para deslocamentos mais rápidos, que fujam dos congestionamentos cotidianos. São também a ligação, muitas vezes única, entre cidades vizinhas, em aglomerações urbanas cada vez mais próximas. Assim, nessas rodovias, antes exclusivamente rurais, o tráfego urbano e o de passagem se confundem. Automóveis e motocicletas com diferentes velocidades misturam-se aos pedestres, em verdadeiras “avenidas”, o que causa conflitos e acidentes de trânsito. Mais da metade dos acidentes em rodovias federais acontece nos segmentos urbanos. Também nesses trechos estão mais de 40% das vítimas graves e dos óbitos de todas as rodovias federais (CARMO; JUNIOR, 2019).

Diante dessa realidade, um dos temas mais discutidos atualmente é em relação à condição estrutural das vias urbanas brasileiras. Essa discussão se fundamenta pelo fato de que as vias urbanas vêm apresentando diversos problemas, tais como buracos, pavimentação precária, como acostamentos deficientes, falhas na manutenção da pavimentação, geometria inadequada da via e problemas de drenagem na via.

Frente aos problemas apresentados e reais, cabe discutir sobre a responsabilidade sobre esses problemas e os efeitos que eles geram. Nesse sentido, encontra-se o papel do Município, que como normatiza os arts. 29 e 30 da Constituição de 1988 é de competência do Município zela pela regularidade do tráfego, inclusive gerenciando a atividade das agências governamentais cujas atividades possam repercutir na utilização das vias públicas.

Com isso, o presente estudo teve como objetivo discorrer a respeito da responsabilidade civil do Município por danos causados por obstruções nas vias urbanas de trânsito. Discutiu-se com

esse tema, a possibilidade jurídica de responsabilizar o Município por possíveis danos trazidos pela má gestão das vias urbanas.

Para a realização dessa pesquisa, realizou uma revisão da literatura, com base na Legislação brasileira, artigos científicos, livros e periódicos. A coleta de dados se deu na base de dados como Google Acadêmico e Scielo, nos meses de agosto a setembro de 2022.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS GERAIS

O tema referente à responsabilidade civil existe desde os primórdios da sociedade. O homem, um ser plenamente social, desde sempre buscou ressarcir qualquer ação que porventura tenha causado algum prejuízo ao seu semelhante. Essa consciência "moral" pode ser entendida inicialmente como a responsabilidade civil.

Várias são as definições para responsabilidade civil. E todas elas foram sendo alteradas de acordo com o momento histórico vivido pela sociedade. Inicialmente, a responsabilidade civil surge pela precisão de amadurecimento das relações em conflito, que anteriormente era resolvida por meio de vingança privada (autotutela) e em seguida sendo pecuniária. Com o avanço social, emerge a noção de culpa, que também passa por períodos de mudança na sua aplicação, ao ponto onde a jurisprudência "acolhendo as necessidades prementes da vida social, expandiu o seu conceito, até chegar o período em que as noções de risco e garantia ganham força para substituí-la" (BRITO, 2014, p. 01).

Em seu conceito inicial, Nader (2018) relaciona a responsabilidade civil ao direito obrigatório de reparação de uma conduta que gerou prejuízo a terceiro.

Nos dizeres de Gonçalves (2020) esse instituto se baseia na obrigatoriedade de um indivíduo em ressarcir os prejuízos causados a outrem, em decorrência de um ato ilícito ou mesmo lícito. Nota-se, a priori, que o que impera na responsabilidade civil é um dano que tenha surgido por motivação de outra pessoa.

Cabe lembrar também que na responsabilidade civil, a omissão também se enquadra. Como explica Oliveira (2018) a responsabilização na seara civilista é entendida como toda ação ou omissão que traga efeitos negativos a outra pessoa. É uma ação (ou omissão) que gere uma violação de uma norma legal ou de natureza contratual.

Por fim, explica o renomado autor Sérgio Cavalieri Filho (2021) que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que se originou da violação de dever jurídico originário.

Com os conceitos acima descritos, fica claro de se ter uma ideia de que qualquer ação que venha violar uma norma jurídica e conseqüentemente trazer algum dano para um terceiro é configurado como a responsabilidade civil (OLIVEIRA, 2018). O seu texto normativo pode ser encontrado no seguinte artigo civilista:

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

(BRASIL, 2002)

A doutrina jurídica traz os pressupostos do presente instituto, que são: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. O primeiro corresponde a ação ou omissão voluntária praticada por um indivíduo. A voluntariedade, como explica Filho (2021) é ter a consciência da ação cometida. Ela deve existir tanto na responsabilidade subjetiva (culpa) quanto na objetiva (risco).

O dano é o pressuposto para a existência da reparação, ou seja, sem ele não se falar em responsabilidade civil. Esclarece Gonçalves (2020) que o dano é a lesão a um interesse jurídico, patrimonial ou extrapatrimonial causado pela ação (ou omissão) de um agente. Todo dano deve ser reparado, ainda que se consiga voltar ao estado anterior das coisas (*status quo ante*).

Ainda dentro desse pressuposto, importante mencionar os seus tipos: dano moral e dano material. O dano moral (também denominado de dano extrapatrimonial) é aquele onde os efeitos do ato ilícito do agente ferem o psicológico e emocional da vítima. Para isso, é imperioso observar os efeitos relacionados à tristeza, dor ou sofrimento, ou qualquer outro que traga a certeza de instabilidade emocional e psicológica gerada pelo dano. Para Nader (2018) o dano moral representa uma afronta à dignidade da pessoa humana, pois gera emoções negativas à vítima, tais como angústia, sofrimento, humilhação, dor, etc., o que não pode ser confundido como mero dissabor ou aborrecimento.

Já o dano material se configura no prejuízo direto ao patrimônio da vítima. É uma lesão causada ao patrimônio, conseqüentemente gerando perda ou deterioração total ou parcial dos bens materiais que lhe pertenciam (NADER, 2018).

Por fim, encontra-se o nexo de causalidade. Este é a ponte de ligação entre o dano e a conduta do agente. Teixeira et al. (2021) acentua que a doutrina jurídica brasileira adotou nesse caso, a Teoria da Causalidade Adequada, pelo qual se considera na percepção do nexo causal somente o antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso.

Em relação aos tipos, a responsabilidade civil pode ser objetiva e subjetiva. Na responsabilidade objetiva, esta é caracterizada pelo fato de que a pessoa causadora do dano não realizou a ação de forma intencional ou seja, não tinha o objetivo de causar dano, e nem culposos. Ou seja, essa responsabilidade independe da intenção do ato, bastando somente que ele aconteça para gerar o dever indenizatório (OLIVEIRA; MELO, 2019).

Na responsabilidade subjetiva, para a sua configuração é preciso que o agente tenha dolo ou culpa em relação ao dano causado. Nesse caso, há uma conduta consciente, negligente ou imprudente do indivíduo para que seja configurada a responsabilidade (OLIVEIRA; MELO, 2019).

Feito essas ponderações gerais a respeito desse instituto, parte-se no tópico seguinte para a contextualização do tema aqui analisado

3. VIAS URBANAS: REALIDADE FÁTICA

Antes de apontar os possíveis problemas encontrados nas vias urbanas brasileiras, é preciso estabelecer qual o conceito desse instrumento. A priori, tem-se a definição de rodovia que pode ser vista pelo autor Adam (2016, p. 02) ao qual explica serem “vias públicas asfaltadas. São vias rurais e pavimentadas, ou seja, são vias interurbanas onde os veículos rodam em velocidade alta”. Em um conceito mais amplo, tem-se:

No uso contemporâneo, a palavra rodovia é sinônimo de auto-estrada ou autopista, pavimentada, de pista dupla, para veículos de alta velocidade; o termo estrada tem uso mais abrangente e designa tanto a rodovia como os caminhos vicinais, veredas e trilhas sem calçamento das regiões rurais, de pouco trânsito de veículos e frequentemente usados por pessoas que viajam a pé, em carroças ou montadas em animais (PORTOPÉDIA, 2016, p. 10).

As rodovias tem como característica principal a possibilidade de que todos os veículos possam circular em alta velocidade, trazendo economia de tempo em grande número (LIMA, 2016).

Nos dias atuais, as rodovias brasileiras tem sido pauta de inúmeras discussões a respeito das suas condições estruturais e de pavimentação. Esses debates são decorrentes devido ao fato de pesquisas terem detectado vários problemas nas rodovias (BARTHOLOMEU; FILHO, 2015).

A priori, em 2014 a Confederação Nacional dos Transportes (CNT) mostrou que quase 60% das rodovias brasileiras apresentavam problemas. Em 2019, o CNT novamente emitiu dados que trouxeram a piora nas condições das rodovias (LIZ, 2019).

Nesse novo dado, 59% da malha rodoviária pavimentada apresentam algum problema e foram considerados regulares, ruins ou péssimos. A pesquisa de 2019 analisou 108.863 quilômetros de rodovias federais pavimentadas e os principais trechos de rodovias estaduais (LIZ, 2019).

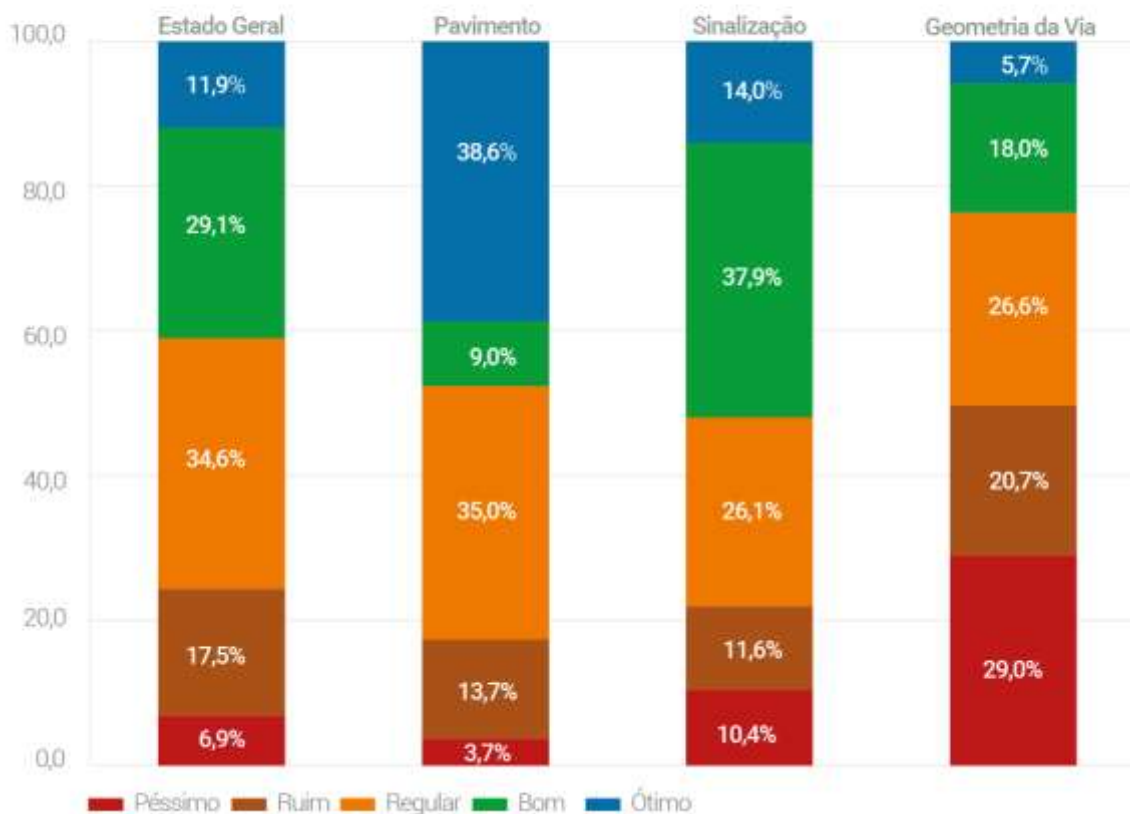
Ainda segundo a pesquisa da CNT, houve piora também nas rodovias concedidas ao setor privado. Em 2019, 25,3% foram avaliadas como regular, ruim ou péssima. No ano de 2018, eram 18,1% (LIZ, 2019).

A exemplo do mostrado acima, traz-se o quadro geral dessa realidade por meio da Imagem 1 a seguir:

Imagem 1: Dados estatístico sobre as condições das rodovias brasileiras

Avaliação das condições das rodovias

Resumo das características



Fonte: CNT (2019)¹⁹¹

Para além das rodovias, encontra-se também problemas nas vias urbanas. Como esclarece o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) no seu art. 2º, as vias urbanas são as ruas, avenidas, vielas, ou caminhos e similares abertos à circulação pública, situados na área urbana, caracterizados principalmente por possuírem imóveis edificadas ao longo de sua extensão.

As vias urbanas possuem algumas classificações, conforme expressa o Quadro 1:

QUADRO 1 – Tipos de vias urbanas

191 CNT (Confederação Nacional dos Transportes). Piora a qualidade das rodovias brasileiras. 2019. Disponível em: <<https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/piora-a-qualidade-das-rodovias-brasileiras>>. Acesso em: 29 set. 2022.

TIPOS DE VIAS URBANAS	DESCRIÇÃO
Vias locais	Com limite de 30 km/h, o CTB as define como “caracterizada por interseções em nível não semaforizadas, destinada apenas ao acesso local ou a áreas restritas”. Não possuem nenhum tipo de ligação, sendo usadas apenas por veículos restritos.
Vias coletoras	Com limite de 40 km/h, o Código Brasileiro de Trânsito define esse tipo de via urbana da seguinte maneira: “aquela destinada a coletar e distribuir o trânsito que tenha necessidade de entrar ou sair das vias de trânsito rápido ou arteriais, possibilitando o trânsito dentro das regiões da cidade”.
Vias arteriais	Com limite de 60 km/h, as vias arteriais são caracterizadas por interseções em nível, geralmente controlada por semáforo, com acessibilidade aos lotes lindeiros e às vias secundárias e locais, possibilitando o trânsito entre as regiões da cidade. Uma das principais funções delas é ligar um bairro a outro.
Vias de trânsito rápido	Com limite de 80 km/h, as vias de trânsito rápido são caracterizadas pelos acessos especiais com trânsito livre, sem interseções em nível, sem acessibilidade direta aos lotes lindeiro e sem travessia de pedestres em nível. Elas não possuem semáforos, cruzamentos ou retornos.

Fonte: Araújo (2021)

Assim como ocorre com as rodovias, as vias urbanas também vêm apresentando problemas. Buracos no meio das ruas, asfalto com material de baixa qualidade, dentre outros problemas, são alguns exemplos que podem ser encontrados nas vias urbanas nas cidades brasileiras.

Ao analisar os problemas encontrados nas vias urbanas, Cunha (2021) entende que isso ocorre devido a falta de planejamento. Segundo esse autor, a ausência de planejamento urbano, ou mesmo um planejamento inadequado, determinam sistemas viários não funcionais.

Quando verificado um problema na via urbana, a Prefeitura de um Município é a responsável pela sua resolução e manutenção. Cunha (2021) aborda que a manutenção das vias (incluídas as calçadas) tem apresentado um quadro questionável quanto a qualidade dos pavimentos e recomposição dos mesmos pelas prefeituras.

Segundo Cunha (2021) é nítido observar o “desleixo” com que é tratada a manutenção, muitas vezes a custos elevados, notadamente após o período de chuvas mais intensas, onde por problemas de drenagem, soluções técnicas inadequadas e baixa qualidade dos materiais empregados, obriga essas prefeituras a fazerem a famosa “operação verão”, que nada mais é uma manutenção decorrente dos problemas acima citados.

Essa situação prejudica a todos os usuários, inclusive do transporte coletivo urbano. Devido a esse cenário, é visível a possibilidade de acontecer um acidente de trânsito em razão de uma má pavimentação.

Caldeira (2021) cita que as vias urbanas no Brasil em sua grande maioria são antigas, onde muitas foram construídas há mais de 40 anos. O autor ainda destaca que em 2018, a CNT publicou o estudo *Acidentes Rodoviários e a Infraestrutura*, que relacionou as características da infraestrutura viária (estado geral, sinalização, pavimento e geometria da via) com os acidentes com vítimas registrados pela Polícia Civil, em vias urbanas. A conclusão é de que problemas de geometria da via (falhas no projeto ou na adequação da capacidade), de sinalização (inexistência ou informação incorreta devido a problemas de implantação e de manutenção) e do estado do pavimento também são causas determinantes na ocorrência de mortes e acidentes nas vias urbanas.

Caldeira (2021) também mencionou um estudo inédito que analisou 86 mil acidentes de trânsito com vítimas, ocorridos entre 2014 e 2018, na cidade de São Paulo. O objetivo era entender a relação entre os acidentes e as características das ruas, nos locais em que eles ocorreram. Os fatores incluídos foram localização, largura de calçadas, comprimento e largura das vias, existência de ciclovias, faixas exclusivas ou corredores de ônibus e indicação de redução do limite de velocidade. Nos resultados, mostraram que grande parte dos acidentes ocorridos nessa pesquisa foram causados por problemas nas vias urbanas.

Carmo e Junior (2019, p. 01) comentam que ainda que haja falha humana, a via deve apresentar estrutura capaz de permitir que o motorista se recupere do evento e “prossiga de forma segura, modificando a consequência da sua atitude ou, caso seja impossível a reversão total da situação, que, ao menos, ele reduza a gravidade do acidente”. Caso contrário, fatalmente haverá acidentes.

Além de gerar acidentes, as más condições estruturais das vias urbanas também trazem prejuízos financeiros.

A princípio, Costa (2015) afirma que o custo operacional pode aumentar até 90% nas vias urbanas em estado péssimo ou ruim. Para esse autor, com base nos dados da CNT (2014), os prejuízos decorrentes de problemas nas ruas brasileiras, somam mais de R\$ 46 bilhões. Pelos cálculos da entidade, se o pavimento de todas as vias urbanas fosse bom ou ótimo, a economia só com o combustível seria de 5%, ou seja, se deixaria de consumir quase 750 milhões de litros de óleo diesel por ano.

Apenas por esse dado é perceptível constatar que de fato a economia brasileira sofre um abalo pelo péssimo cenário das rodovias brasileiras. Esse cenário é preenchido por diversos fatores, todos eles ligados ao mau funcionamento das rodovias brasileiras.

Andrade (2018) acentua que, quando se trata de pavimentação de rodovias, o Brasil utiliza metodologias ultrapassadas para o planejamento de obras, apresenta deficiências técnicas na execução, investe pouco e falha no gerenciamento de obras, na fiscalização e na manutenção das pistas. Todos esses problemas acabam por gerar danos econômicos ao país.

A precariedade encontrada nos pavimentos mostra a situação geral do transporte urbano no Brasil. Com isso, “mesmo sendo essencial para a economia, mais uma vez, constata-se que o setor não vem recebendo a devida atenção por parte do poder público” (ANDRADE, 2018, p. 01).

Diante desse cenário negativo, cabe ao Município se responsabilizar a respeito dos problemas advindos das vias urbanas. A respeito da responsabilidade do Município sobre essa questão, discute-se no tópico seguinte.

4. DA OBRIGATORIEDADE DO MUNICÍPIO SOBRE SUAS VIAS PÚBLICAS E INDENIZAÇÃO

Conforme analisado nos tópicos anteriores, as vias urbanas das cidades se encontram em péssimo estado, o que tem gerado prejuízos de toda ordem. Acidentes de trânsito (inclusive fatais), dificuldade de mobilização, danos financeiros, dentre outros, estão entre as várias consequências geradas pelos defeitos encontrados nas vias urbanas.

Com essa realidade alarmante, o principal responsável sobre essa questão é o Município. De acordo com o nobre doutrinador Yussef Cahali (1996) a conservação e fiscalização das ruas, estradas, rodovias e logradouros públicos estão inseridas nas obrigações da Administração, devendo a ela ofertar condições de segurança e incolumidade às pessoas e aos veículos que transitam pelas vias. Verificada ausência no cumprimento dessa obrigação, a depender do caso concreto, e comprovada como motivação para um dano sofrido pelo particular, entende-se que isso gere a responsabilidade indenizatória do Estado.

Fato é que o entendimento majoritário encontrado nos estudos para a realização dessa pesquisa mostra que a responsabilidade de indenização por prejuízos derivados de vias urbanas incorretas é do Município. Tartuce (2022) nos lembra que a inserção da responsabilidade civil possui como elemento fundamental a relação de causalidade, e não somente a culpa.

Desse modo, na situação onde se verificar um serviço público que seja condicionado à Administração centralizada, caberá a entidade pública prestadora responder pelos prejuízos gerados, independentemente da prova de culpa de seus agentes ou operadores, conforme expresso o art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988 (TARTUCE, 2022).

A norma civilista atual também traz o mesmo entendimento, mais especificamente no seu art. 43 ao qual afirma que pessoas jurídicas de direito público interno respondem no âmbito civil pelas ações de seus agentes quando configurado um dano a terceiro (BRASIL, 2002).

Na situação específica aqui analisada, havendo um acidente de trânsito, por exemplo, onde fora comprovada que foi ocasionada em decorrência de um defeito da pista, de um buraco ou rachadura ou até mesmo de depressões, a responsabilidade é dos departamentos, empreiteiras contratadas para a execução de obras e manutenção nas rodovias, ou o próprio Poder Público diretamente (SCHREIBER, 2022).

Gagliano e Filho (2022) entendem que na situação acima exposta, a responsabilidade dos entes citados é objetiva, uma vez que independe de culpa, como já mencionado anteriormente. No caso de houver um acidente e verificados danos materiais e/ou morais nas vias públicas urbanas, a responsabilidade é da Municipalidade.

Schreiber, Tartuce e Simão (2021) por sua vez esclarecem que a teoria objetiva, ainda que seja a mais importante porque assegura a responsabilidade civil ao Município nesses casos, não é a única aplicada. A teoria subjetiva também tem sido entendida como possibilidade de aplicação nesse contexto. Aqui, cabe essa responsabilidade quando verificada que o dano ocorreu em razão de ato omissivo, que deve ser provada a culpa ou o dolo da administração, quanto à realização de ações para prevenir o evento lesivo. Schreiber, Tartuce e Simão (2021) acrescentam que a própria omissão caracterizaria a culpa, elemento essencial da responsabilidade civil subjetiva.

Verifica-se, portanto, que no caso aqui estudado, tanto cabe a responsabilidade civil objetiva quanto subjetiva. Schreiber (2022) afirma que independentemente do tipo de caracterização da responsabilidade civil, o fato é que compete ao Município indenizar quem sofreu danos devido a falhas na prestação de serviço público.

Esclarece Tartuce (2022) que se a via pública urbana se encontra danificada em virtude da omissão do município, a responsabilidade pelos prejuízos causados será subjetiva. Caso verificado que os prejuízos foram gerados por funcionários a serviço do município, a responsabilidade da administração pública será objetiva.

A jurisprudência brasileira já se posicionou sobre a presente matéria. A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Tocantins já aplicou a responsabilidade civil objetiva nesse caso; a saber:

APELAÇÃO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA EXCLUSIVA DO AGENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE REPARAR.

Sendo constatada a responsabilidade objetiva do ente municipal recorrente, ante a apresentação de Laudo Pericial que atesta a culpa exclusiva do agente municipal no acidente de trânsito que danificou o automóvel da parte requerente, **não há que se falar em "motivos alheios e imprevisíveis às ações e conduta do motorista", já que dispensada a verificação da culpa em relação ao evento danoso.**

2. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. MINORAÇÃO. 2.1 O longo lapso temporal entre a ocorrência do sinistro e a necessidade de extenso tratamento dos ferimentos e sequelas causadas por acidente de trânsito que se deu pela falta de sinalização de lombada localizada em via pública, que culminou em incapacidade permanente para o exercício da atividade laborativa da requerente ultrapassam a acepção de mero aborrecimento cotidiano, no entanto, o quantum fixado na origem comporta minoração a fim de se enquadrar na jurisprudência desta corte para casos semelhantes, pelo que entendo ser devida a quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), de modo a ser obedecido o princípio da razoabilidade. 3. INCAPACIDADE PERMANENTE. PENSÃO VITALÍCIA. DEFERIMENTO. É devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade laborativa decorrente das sequelas irreversíveis. Desse modo, não se revela desarrazoada pensão vitalícia fixada em um salário mínimo vigente à época do acidente. (Apelação/Remessa Necessária 0011157-61.2019.8.27.2722, Rel. MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS, GAB. DO DES. MARCO VILLAS BOAS, julgado em 09/02/2022, DJe 17/02/2022 17:59:54). (grifo meu)

Cabe lembrar que a mobilidade urbana se baseia nos direitos fundamentais à vida, a saúde e segurança. Estes são de responsabilidade do Município, que deve conceder a melhor infraestrutura para a população. Esse entendimento pode ser conferido no seguinte julgado:

REEXAME NECESSÁRIO. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**. PONTE SOBRE O CÓRREGO SÃO JOSÉ. **MIRACEMA DO TOCANTINS. DIREITO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE INFRAESTRUTURA URBANA E MOBILIDADE. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA, SAÚDE E SEGURANÇA**. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. MANUTENÇÃO 1. **Os municípios têm o lídimo direito de receber do Poder Público Municipal a prestação de serviços de infraestrutura urbana necessária à sua mobilidade.** 2. Ao que consta dos autos, a ponte sobre o córrego São José, localizada na zona rural do Município de Miracema do Tocantins, constitui-se no único meio de acesso dos produtores rurais à zona urbana do Município e às outras localidades, contudo, padece de precárias condições de infraestrutura e conservação. 3. **A omissão do Município na realização das obras de conservação da ponte implica infração à ordem urbanística e fere os princípios da indisponibilidade dos bens públicos e da eficiência.** Impede, ainda, que os cidadãos façam uso de equipamento urbanístico seguro e adequado para deslocamento naquele local, o que também obsta

o acesso dos moradores da região aos serviços públicos mais básicos, tais quais, educação e saúde, que se concentram na zona urbana. 4. cabível a intervenção do Poder Judiciário para determinar a implantação de políticas públicas indispensáveis a tornar efetivos os direitos e garantias fundamentais à vida, à saúde, à segurança e à infraestrutura urbana adequada, sem que isso implique em violação ao princípio da separação dos poderes. 5. Sentença mantida em reexame necessário. (Remessa Necessária Cível 0019979-57.2019.8.27.0000, Rel. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, GAB. DA DESA. ETELVINA MARIA SAMPAIO FELIPE, julgado em 13/05/2020, DJe 29/05/2020 13:57:47). (grifo meu)

Em outro caso também julgado no Tribunal acima mencionado, verificou-se outra questão que cabe na temática analisada: em caso de acidente de trânsito com presença de animal silvestre na pista de rolamento em via urbana, também se tem entendido que a responsabilidade cabe ao município, que responde pela omissão na vigilância e fiscalização da via pública, conforme expõe o seguinte julgado:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. **ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO ANIMAL SILVESTRE NA PISTA DE ROLAMENTO. VIA URBANA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO E VIGILÂNCIA DO ENTE MUNICIPAL.** LESÕES. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR MAJORADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. [...] 2. Tratando-se de acidente de trânsito envolvendo veículo automotor e animal que ingressou em pista de rolamento urbana, **o município responde pela omissão na vigilância e fiscalização da via pública, mormente quando se tratar de animal silvestre (sem dono). Na hipótese, tratando-se de responsabilidade civil objetiva, prescindível a comprovação de dolo ou culpa de seus agentes para condenar o município a reparar a vítima.** 3. Para fixação dos danos morais, deve-se levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, tais como a natureza da lesão, as consequências do ato, o grau de culpa, as condições financeiras das partes, atentando-se para a sua dúplici finalidade. O autor, em razão do acidente, sofreu lesões físicas e foi obrigado a se afastar das funções habituais devido a sua internação por 8 (oito) dias. Considerando tais circunstâncias, a indenização por danos morais deve ser majorada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais). [...]. (Apelação Cível 0020356-28.2019.8.27.0000, Rel. JOCY GOMES DE ALMEIDA, GAB. DO DES. RONALDO EURIPEDES, julgado em 21/10/2020, DJe 29/10/2020 18:31:35). (grifo meu)

Nos casos de acidente de trânsito resultar em morte, é cabível além da indenização devida, o pensionamento mensal; como mostra a seguinte jurisprudência:

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO CONDENATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÓBITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO CARACTERIZADA.** DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANOS MATERIAIS. **PENSIONAMENTO MENSAL.** COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A teor do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, **a responsabilidade civil do Estado é, em regra, objetiva.** A responsabilidade objetiva diz respeito às condutas comissivas do Estado. 2. Conforme consta do boletim de ocorrência confeccionado pelos Policiais Rodoviários Federais que atenderam o acidente, o veículo (I/VW AMAROK CS 4X4), conduzido por servidor público do Estado do Tocantins, invadiu o sentido contrário da via (pista), momento em que colidiu com o veículo (Honda/CG), ocasião em que o condutor do veículo Honca CG veio a óbito. 3. Restou amplamente demonstrado que o acidente de trânsito em análise foi fruto da exclusiva ação humana culposa praticada pelo servidor público que estava na condução do veículo oficial. 4. Danos morais caracterizados e decorrentes da conduta omissiva do réu, que implicou a morte do filho dos autores, atingindo direitos da sua personalidade. [...] 6. **O STJ possui posicionamento no sentido de que em caso de responsabilidade civil por morte, é devida a condenação ao pagamento de pensão mensal a familiares do falecido, ainda que a vítima não exerça atividade remunerada.** 7. Considerando-se os parâmetros adotados pela jurisprudência, bem como a presunção de ajuda mútua entre os integrantes de famílias de baixa renda, mostra-se razoável condenar o réu ao pagamento de pensão aos apelantes na proporção de 2/3 do salário mínimo até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade e, a partir daí, reduzida para 1/3 até a idade em que a vítima completaria 65 anos de idade. 8. Recurso conhecido e parcialmente provido para condenar o réu ao pagamento de danos morais e materiais, nos termos acima alinhavados. (Apelação Cível 0018563-84.2019.8.27.2706, Rel. HELVECIO DE BRITO MAIA NETO, GAB. DO DES. HELVÉCIO DE BRITO MAIA NETO, julgado em 25/05/2022, DJe 27/05/2022 15:16:27). (grifo meu)

Diante dos julgados citados, fica evidente constatar que o Município responde pelos danos gerados pelas condições precárias das vias urbanas. Isso é importante ressaltar, porque entende-se que é de responsabilidade do município de dispor das melhores infraestruturas urbanas possíveis para a população.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme verificado no decorrer desta pesquisa, pôde-se aferir que as vias urbanas brasileiras vêm apresentando diversos problemas de toda ordem. Estradas esburacadas, falta de

sinalização, asfalto danificado, etc., são alguns dos exemplos que mostram o quanto as vias urbanas estão precárias.

Em consequência dessa situação, problemas são encontrados, principalmente no aumento de número de acidentes de trânsito, que em alguns casos resulta em óbito. Soma-se a isso, a dificuldade de mobilização e prejuízos financeiros.

Quando ocorre algum acidente de trânsito em via urbana, por exemplo, se comprovado irregularidade da via, a responsabilidade recai ao município. Desse modo, nos resultados encontrados, verificou-se que o município é o responsável pelos danos gerados pelas vias urbanas quando estas se encontram em estados precários.

A responsabilidade civil objetiva é a regra nesse caso, podendo ainda ser aplicado também a responsabilidade civil subjetiva, quando restada a omissão do Estado. Portanto, é plenamente possível a vítima ser indenizada pelo município nessa situação.

Na busca por uma melhor nesses casos, esse estudo entende que é preciso investir na infraestrutura e no gerenciamento de rodovias e vias urbanas. É preciso que haja maior investimento público ou privado, por meio de concessões, para reduzir o número de acidentes graves e fatais.

Desta feita, finaliza-se esse estudo evidenciando que a responsabilidade civil é aplicada ao município quando comprovada que a via urbana gerou o dano a terceiro. Investimento nesse setor é o caminho mais viável para que esses problemas não ocorram, haja vista que eles trazem prejuízos aos cofres públicos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAM, Ricardo. **Qual a diferença de rodovia e estrada?** 2016. Disponível em: <https://ricardoadam.maestrus.com/ver/artigo/qual-a-diferenca-de-rodoviaeestrada/>. Acesso em: 07 out. 2022.

ANDRADE, Clésio. **Por que os pavimentos das rodovias do Brasil não duram?** 2018. Disponível em: <https://cnt.org.br/agencia-cnt/cnt-divulga-estudo-por-que-pavimento-rodovias-brasil-nao-duram-resultados>. Acesso em: 29 set. 2022.

ARAÚJO, Julyver Modesto de. **Vias urbanas.** 2021. Disponível em: <https://www.ctbdigital.com.br/comentario/comentario2#:~:text=%2D%20via%20urbana%20%2D%20ruas%2C%20avenidas,via%20rural%20%2D%20estradas%20e%20rodovias>. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03 out. 2022.

BARTHOLOMEU, Daniela Bacchi; FILHO, José Caixetta. **Impactos econômicos e ambientais decorrentes do estado de conservação das rodovias brasileiras: um estudo de caso**. RESR, Piracicaba, SP, vol. 46, nº 03, p. 703-738, jul/set 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRITO, Eduardo César Vasconcelos. **Teorias e espécies de responsabilidade civil: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47066&seo=1>>. Acesso em: 05 out. 2022.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CALDEIRA, Arthur. **Infraestrutura precária torna acidentes de trânsito mais fatais**. 2021. Disponível em: <<https://mobilidade.estadao.com.br/mobilidade-com-seguranca/infraestrutura-precaria-torna-acidentes-de-transito-mais-fatais/>>. Acesso em: 27 set. 2022.

CARMO, Cássio Leandro; JUNIOR, Archimedes Azevedo Raia. **Segurança em rodovias inseridas em áreas urbanas na região sul do Brasil**. urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana, 11, e20170182; 2019.

COSTA, Vander. **Quase 60% das rodovias no Brasil apresentam problemas**. 2015. Disponível em: <<https://www.canalrural.com.br/noticias/quase-das-rodovias-brasil-apresentam-problemas-aponta-cnt-59578/>>. Acesso em: 28 set. 2022.

CUNHA, Ivan Carlos. **Manutenção de vias urbanas: um exemplo de falta de gestão**. 2021. Disponível em: <<https://www.solucoesparacidades.com.br/blog/manutencao-de-vias-urbanas-um-exemplo-de-falta-de-gestao/>>. Acesso em: 01 out. 2022.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15º ed. Editora: Atlas, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. 6º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. vol. 1 - 18ª Edição 2020.

LIMA, M.P. **Custos logísticos na economia brasileira**. Revista Tecnológica. São Paulo, v. 9, n. 122, jan. 2016.

LIZ, Laís. **Condição das rodovias brasileiras piora e número de pontos críticos aumenta, diz pesquisa da CNT**. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/10/22/condicao-dasrodoviasbrasileiras-piora-e-quantidade-de-pontos-criticos-aumenta-diz-pesquisa-da-cnt.ghtml>>. Acesso em: 29 set. 2022.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 1: parte geral**. 11.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes. **Direito Civil: obrigações**. 2º ed. Editora: Forense, 2018.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito civil: Obrigações**. 3º ed. Editora: Forense, 2019.

PORTOPÉDIA. **Transporte Rodoviário**. 2016. Disponível em: <https://portogente.com.br/portopedia/73414-transporte-rodoviario>. Acesso em: 27 set. 2022.

RAMOS, Vanderlei. **Responsabilidade civil no Direito brasileiro: pressupostos e espécies**. 2014. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8754/R_responsabilidade-civil-no-Direito-brasileiro-pressupostos-e-especies>. Acesso em: 05 out. 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil contemporâneo**. 5º ed. Editora: Saraiva Jur, 2022.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José F. et al. **Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência**. Grupo GEN, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Coisas**. v.4. Grupo GEN, 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado et al. **Responsabilidade civil e direito de família: O Direito de Danos na Parentalidade e Conjugalidade**. 1º ed. Editora: Foco, 2021.

A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO EFICAZ PARA A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS FAMILIARES

MARCOS MOREIRA DA SILVA:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo geral analisar a mediação como meio alternado e eficaz para a resolução dos conflitos no âmbito do direito familiar. O estudo descreve inicialmente sobre o conceito do direito de família e como este instituto é tutelado pelo Estado. Apresenta os princípios que versam sobre o direito das famílias. Em seguida, aborda o sistema da mediação como meio de resolução das controvérsias, visto que se trata de um instituto que busca fazer com que as partes dialoguem para que elas próprias resolvam sobre a lide. Descreve o conceito da mediação, sua proteção legal no ordenamento jurídico brasileiro e os seus princípios. Destaca o instituto da mediação especificamente no âmbito do conflito familiar, abordando acerca do papel do mediador e como a sua atuação se mostrar imprescritível para que as partes resolvam seus conflitos e restaurem os vínculos antes perdidos. Assim como, descrever a mediação acerca de sua adequação e eficácia, discorrendo sobre suas vantagens, como também suas peculiaridades. Esta pesquisa teve como método utilizado um estudo bibliográfico por meio de livros, artigos científicos, revistas e sites do mundo jurídico, onde apresentam uma visão geral sobre a mediação nos conflitos familiares.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Resolução de conflitos. Família. Mediador. Diálogo.

ABSTRACT: The present study has the general objective of analyzing mediation as an alternate and effective means for resolving conflicts within the scope of family law. The study initially describes the concept of family law and how this institute is protected by the State. It presents the principles that deal with family law. Then, it addresses the mediation system as a means of resolving disputes, since it is an institute that seeks to make the parties dialogue so that they resolve the dispute. It describes the concept of mediation, its legal protection in the Brazilian legal system, and its principles. It highlights the institute of mediation specifically in the context of family conflict, addressing the role of the mediator and how his performance proves to be imprescriptible for the parties to resolve their conflicts and restore previously lost bonds. As well as describing the mediation about its adequacy and effectiveness, discussing its advantages, as well as its peculiarities. This research had as a method used a bibliographic study through books, scientific articles, magazines, and websites of the legal world, where they present an overview of mediation in family conflicts.

KEYWORDS: Mediation. Conflict resolution. Family. Mediator. Dialogue.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como foco principal abordar sobre como a mediação como método eficaz para a resolução de conflitos no âmbito do direito de família. Desse modo, a mediação consiste no processo em que um terceiro interveniente (mediador) houve as partes até que elas cheguem a um acordo sobre a lide. Portanto, a mediação vem sendo aplicada pois tem como

objetivo garantir mais autonomia às partes para que elas mesmas resolvam seus conflitos, proporcionando a comunicação e a satisfação destes em face de um acordo amigável.

Sendo assim, é de conhecimento geral que as pessoas necessitam buscar a tutela judicial quando não há um consenso para a resolução de seus conflitos de interesses. Todavia, o Poder Judiciário enfrenta diversos problemas em sua estrutura, fazendo com que a causa se torne tardia e desgastante. Dessa forma, surge a necessidade de trazer alternativas que sejam capazes de solucionar a lide, aperfeiçoando o diálogo entre as partes, evitando o processo lento e burocrático do judiciário.

Desse modo, este procedimento se mostra como o mais adequado visto que, no âmbito das ações de família é aplicado para facilitar o diálogo entre os entes familiares e garantir a restauração dos vínculos antes comprometidos. Ademais, se mostra como método útil tanto para fazer com que as partes resolvam suas controvérsias como prevenir conflitos futuros.

Este estudo justifica-se pelo fato de a mediação familiar, segundo o entendimento da doutrina ser vista como uma técnica alternativa onde leva as partes a encontrar uma solução consensual de maneira mais efetiva, onde determina as necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Além disso, o sistema da mediação é adequado visto que mantêm o relacionamento continuado, frequente, no que concerne às relações entre os entes familiares.

Nesse sentido, o objetivo deste estudo é fazer uma análise de como o procedimento da mediação pode ser eficaz para a resolução no âmbito dos conflitos familiares.

De forma mais específica, buscou-se discorrer sobre a noção de família, assim como os princípios que regem o direito de família, afinal, trata-se de um instituto que possui proteção legal do Estado. Ademais, buscou-se explicitar sobre a mediação como método de resolução da lide, assim como sua proteção legal no ordenamento jurídico, por meio da Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei nº 13.140/15, conhecida como Lei de Mediação, e o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15). Além disso, explanar sobre os princípios que regem a mediação. Por fim, explorar o funcionamento da mediação no que concerne a resolução dos conflitos no direito de família, e como o papel do mediador é imprescritível neste sistema.

A metodologia utilizada compreendeu uma pesquisa básica, por meio de uma revisão bibliográfica, além do estudo ter como sustentação, livros, artigos científicos, revistas e sites do mundo jurídico, onde apresentam uma visão geral sobre a mediação no âmbito do direito de família.

1 DO DIREITO DE FAMÍLIA

No momento atual, o direito de família consiste no direito que estar atrelado nas relações entre pessoas, sendo de vínculo matrimonial ou por meio de parentesco. Com isso, é devidamente

protegido e tutelado pelo Estado por meio da Carta Magna, pelo Código Civil de 2002 e por leis extravagantes (RIZZARDO, 2019, p. 37).

1.1 Da noção de família

De todos os ramos do direito, o direito de família é considerado o mais intimamente ligado a própria vida, pelo simples fato de as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir novamente outra família por meio de união estável ou pelo casamento. (GONÇALVES, C, 2019, p. 17)

Não resta dúvida de que o direito de família consiste no ramo do direito com grande incidência prática ou aplicabilidade, onde envolve-se a generalidade das pessoas, eis que, de uma forma, todas procedem de uma família, e com isso, vivem, quase sempre, em conjunto familiar. (RIZZARDO, 2019, p. 35)

No que concerne ao conceito de direito de família:

[...] é um complexo de normas jurídicas, morais e, às vezes, religiosas, que orientam esse ramo do Direito Civil, sensível aos fatores locais, que disciplinam as relações entre seus membros, influenciando, tanto no prisma material como imaterial, relacionando-se entre si, com seus filhos e cuidando de seu patrimônio (AZEVEDO, Álvaro, 2019, p. 25).

Em sentido amplo, o termo “família” aborda todas as pessoas que estão ligadas por um vínculo de sangue e que de alguma forma, descende de um tronco ancestral comum, bem como aquelas unidas pela afinidade e pela adoção. Além disso, incluem os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. (GONÇALVES, C., 2019, p. 17)

Ademais, o mencionado autor acima informa que:

[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado (GONÇALVES, C., 2019, p. 17).

Conforme pontua Venosa (2017, p. 26 – 27), “o direito de família [...] é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem estar social”.

Nesse modo, a família detém de uma proteção especial do Estado pelo fato de serem a base da sociedade conforme a Constituição Federal. Assim, a convivência humana tem sua estrutura por meio das diversas células familiares que abarcam a política do Estado e a comunidade social, com o dever de amparo e aprimoramento da família, com o intuito de reforçar a sua própria instituição política. (MADALENO, 2022, p. 53)

1.2 Dos princípios do direito de família

Segundo Gonçalves, C. (2019, p. 22), como uma forma de dar um tratamento mais conveniente a realidade social, buscando atender as necessidades da prole e dar uma maior afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade, o direito da família segue sendo regido pelos seguintes princípios que serão abordados individualmente nos tópicos subsequentes.

1.2.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

Em sentido amplo, este princípio encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, onde enuncia que o Estado Democrático de Direito tem como dever, garantir a dignidade da pessoa humana (DE LIMA, 2017, p. 13).

No que concerne ao Direito de Família em face da dignidade humana, por meio da Carta Magna, tem-se como exemplos, em seu artigo 226, §7º c/c art. 227, conforme pontua Madaleno (2022, p. 72):

Quando cuida do Direito de Família, a Carta Política consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento família está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.

1.2.2 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros

Este princípio, segundo Gonçalves, C. (2019, p. 23) tem como fundamento no artigo 226, §5º da Constituição Federal de 1988, in verbis: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, segundo Gonçalves, C. (2019, p. 23 – 24)

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na

família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

Ademais, Gonçalves, C. (2019, p. 24) informa que o dever de garantir a manutenção da família deixa de ter o ônus somente ao marido, sendo o encargo atribuído também a esposa, de acordo com a possibilidade de cada um, nos termos do artigo 1.568 do Código Civil de 2002, in verbis: “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial” (BRASIL, 2002).

1.2.3 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

Conforme Gonçalves, C. (2019, p. 24), este princípio está fundamentado no artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, in verbis: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

1.2.4 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Este princípio está previsto no artigo 227, §7º da Constituição Federal de 1988. Assim, menciona Gonçalves, C., (2019, p. 25) “o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Essa responsabilidade é de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros”.

Além disso, Gonçalves, C. (2019, p. 25) informa que o princípio tem como disposto no artigo 1.565, §2º do Código Civil de 2002, in verbis: “O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (BRASIL, 2002).

1.2.5 Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição entre os cônjuges ou conviventes

Segundo Gonçalves, C. (2019, p. 25), este princípio tem como fundamento o artigo 1.511 do Código Civil de 2002, in verbis “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Assim, tal dispositivo legal segue em conformidade com o aspecto espiritual da união matrimonial e com o companheirismo que nele deve decorrer. (BRASIL, 2002)

1.2.6 Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar

Conforme menciona Gonçalves, C. (2019, p. 26), tal princípio é aplicado “seja pelo casamento, seja pela união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado”. Sendo assim, este princípio tem como fundamento o artigo 1.513 do Código Civil de 2002, in verbis “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (BRASIL, 2002).

2 A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação tem como intuito a busca do diálogo das partes envolvidas no litígio para que elas mesmas cheguem a um consenso de maneira satisfatória e com isso garantir que não busquem o judiciário futuramente. Assim, caberá ao mediador que consiste num terceiro imparcial que atuará como facilitador de diálogos como forma de reestabelecer o entendimento entre os conflitantes, pondo um fim ao conflito (NAVARRO, 2020, p. 94 - 95).

2.1 Conceito de mediação

A mediação consiste num método de resolução de conflitos onde as partes buscam ajuda de um terceiro, imparcial, neutro e que não possui vínculo com as partes, ou seja, um mediador. Este ajudará a facilitar o diálogo ente as partes como uma forma de aperfeiçoamento da comunicação. Com isso, fazer que as partes através da comunicação resolvam os seus conflitos (NAVARRO, 2020, p. 91).

No mesmo sentido, de acordo com Tartuce (2018, p. 203):

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

Ademais, o autor Moore (1988, p. 28) informa que:

[...] a mediação é a interferência de um terceiro em uma negociação, sendo que este terceiro tem poder limitado, ajudando as partes a chegarem a um acordo voluntariamente, podendo estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança, minimizando custos e danos psicológicos.

Conforme pondera Tartuce (2018, p. 229), "a mediação, como mecanismo consensual, é marcada pela realização de reuniões para promover conversações entre os envolvidos. A proposta é abrir espaço para a comunicação e a cooperação".

Desse modo, esse sistema tem como característica a brevidade, que levando em consideração ao cenário atual é bem mais rápida que o sistema judiciário formal. Assim, essa modalidade garante a participação pacífica e colaborativa das partes com o fim de buscar a solução da lide por meio do diálogo (GONÇALVES, 2015, p. 23).

Além disso, conforme pondera Navarro (2020, p. 91), este instituto consiste no meio indicado aos casos em que entre as partes houve uma relação anterior a lide e que ambos possuem o interesse na manutenção do vínculo entre as partes, como ocorre nos conflitos no âmbito do direito de família.

Assim, conforme pondera Navarro (2020, p. 91):

[...] pela definição de mediação é possível verificar os seus vários elementos constitutivos, que possibilitam às partes de um conflito familiar sanar de forma conjunta e amigável as suas divergências, por meio da comunicação e do diálogo, gerando uma melhora da relação entre os familiares em disputa. A ideia de a mediação ser auto compositiva está intimamente ligada a esse protagonismo das partes, que ao longo de todo o método possuem autonomia para propor soluções, aceitá-las, recusá-las ou simplesmente interromper o procedimento de mediação.

2.2 A Mediação no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro

Conforme pondera Navarro (2020, p. 98), a legislação brasileira de mediação é composta pela Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assim como a Lei nº 13.140/15, conhecida como Lei de Mediação, e pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

A Resolução 125/10 do CNJ, segundo a autora citada acima, foi criada como uma forma de modificar o modelo de que o Judiciário lida com a lide. Assim, esta Resolução tem como fim buscar a prevenção e solução da lide, cabendo ao Poder Judiciário dar mais ênfase aos meios consensuais de resolução de conflitos, como exemplo com a incrementação dos (CEJUSCS) Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (NAVARRO, 2020, p. 99).

No que concerne a Lei nº 13.140/15, conhecida como Lei de Mediação, segundo Navarro (2020, p. 99):

[...] a Lei de Mediação, se trata de um método aplicável não apenas a casos que envolvam direitos disponíveis, como também aos casos que envolvam direitos indisponíveis, desde que sejam transacionáveis. A discussão sobre alimentos e guarda do filho menor são alguns exemplos de direitos indisponíveis no âmbito dos conflitos familiares, dos quais não há como dispor, mas somente transacioná-los. Não obstante, caso haja acordo na mediação que envolva direitos indisponíveis, será obrigatória a sua homologação em juízo, dada a oportunidade ao membro do Ministério Público para se pronunciar.

Além disso, sobre o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), Navarro (2020, p. 99) afirma que para haver uma solução consensual da lide, é facultado para o autor da ação se deseja ou não uma audiência de mediação ou conciliação, sendo como um dos requisitos da petição inicial, nos termos do artigo 319, inciso VII do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), por meio de seu Capítulo X (Das Ações de Família), dispõe sobre a necessidade de serem realizados todos os meios estabelecidos para a solução consensual da controvérsia familiar, conforme dispõe o artigo 694, caput, da referida lei. (NAVARRO, 2020, p. 100).

2.3 Princípios da Mediação

Conforme demonstra a ilustre doutrinadora Fernanda Tartuce, a mediação é composta pelos seguintes princípios que serão abordados individualmente nos tópicos subsequentes.

2.3.1 Autonomia da vontade e decisão informada

Segundo Tartuce (2018, p. 214) “O reconhecimento da autonomia da vontade implica em que a deliberação expressa por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais, deva ser tida como soberana”.

Desse modo, não há de falar a respeito em consenso do conflito sem a autonomia de vontade das partes pelo simples fato que para haver um acordo de vontade, é necessário o consenso entre os envolvidos. Além disso, esta vontade não pode haver vícios, sob pena de se tornar nula a solução da lide (NEVES, 2021, p. 73).

No que concerne a decisão informada:

[...] Cria o dever ao conciliador e ao mediador de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático na qual no qual está inserido. Ainda que as formas consensuais independam do direito material real ou imaginado de cada parte envolvida, devem elas ter a exata dimensão a respeito dos aspectos fáticos e jurídicos do conflito em que estão envolvidas. (NEVES, 2021, p. 75).

2.3.2 Informalidade e independência

A informalidade visa o relaxamento, a desconcentração e garante a tranquilidade entre as partes. é de conhecimento de que os ritos processuais são longos e podem causar apreensão para os envolvidos no litígio, visto que não estão habituados com aquele cenário. Assim, como a mediação é um método que depende da vontade das partes, é imprescritível que estas se sintam relaxadas e tranquilas, como uma forma de garantir as devidas chances para uma possível resolução do conflito (NEVES, 2021, p. 74 – 75).

Ademais, conforme Neves (2021, p. 71) “informa que os mediadores devem atuar de maneira independentes, sem sofrerem qualquer espécie de pressão interna ou externa”.

2.3.3 Oralidade

Este princípio, segundo Neves (2021, p. 74) “encontra-se fundamentado no artigo 166, caput, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), tem como exposto que o tratamento entre as partes a o terceiro neutro será de forma oral”.

Conforme dispõe Tartuce (2018, p. 222):

A mediação se desenvolve por meio de conversações e/ou negociações entre as pessoas. Como meio focado no (r)estabelecimento da

comunicação, configura um procedimento pautado por iniciativas verbais: por meio de expressões, questionamentos e afirmações, busca-se viabilizar um espaço de comunicação entre os envolvidos para que eles possam dividir saídas para seus impasses, relatando sua percepção e contribuindo para eventual elaboração de propostas.

Ademais, segundo Tartuce (2018, p. 222 - 223) “As técnicas para obter tal mister são variadas, tendo por núcleo principal a clarificação de percepções, a provocação de reflexões e a elaboração de perguntas que abram canais de escuta e novas possibilidades para os envolvidos”.

2.3.4 Imparcialidade

Segundo Neves (2021, p. 72) “O mediador deve ser imparcial, ou seja, não pode com sua atuação deliberadamente pender para uma das partes e com isso induzir a parte contrária a uma solução que não atenda as finalidades do conflito”.

No que concerne este princípio:

O § 3º do art. 166 do CPC consagra a importante distinção entre inércia e imparcialidade ao apontar que o emprego de técnicas negociais com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição não ofende o dever de imparcialidade do conciliador e do mediador. Significa que cabe ao terceiro imparcial atuar de forma intensa e presente, valendo-se de todas as técnicas para as quais deve estar capacitado, sem que se possa falar em perda da imparcialidade em sua atuação (NEVES, 2021, p. 74).

2.3.5 Busca do consenso e cooperação

No que concerne a busca do consenso, este princípio segundo Neves (2021, p. 76) está fundamentado no artigo 2º, VI da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15).

Já a cooperação, conforme pondera Tartuce (2018, p. 229) “A mediação, como mecanismo consensual, é marcada pela realização de reuniões para promover conversações entre os envolvidos. A proposta é abrir espaço para a comunicação e a cooperação”.

2.3.6 Boa-fé e confidencialidade

O princípio da boa-fé, segundo Tartuce (2018, p. 229):

A mediação é um meio consensual que envolve a participação voluntária dos participantes na conversa, sendo essencial que haja disposição e boa-fé para que possam se comunicar e buscar soluções. [...] O princípio da boa-fé é de suma relevância na mediação: participar com lealdade e real disposição de conversar são condutas essenciais para que a via consensual possa se desenvolver de forma eficiente. Afinal, se um dos envolvidos deixar

de levar a sério a mediação, sua postura gerará lamentável perda de tempo para todos.

Já a confidencialidade, conforme informa Tartuce (2018, p. 232):

Para que os participantes da sessão consensual possam se expressar com abertura e transparência, é essencial que se sintam protegidos em suas manifestações e contem com a garantia de que o que disserem não será usado contra eles em outras oportunidades.

Ademais, a ideia de confidencialidade nos termos do artigo 166, §1º do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), reconhece que ela garante que todas as informações impostas durante o procedimento da mediação não serão usadas para finalidade divergente daquela prevista por deliberação expressa das partes (TARTUCE, 2018, p. 233).

2.3.7 Isonomia

Este princípio segundo Tartuce (2018, p. 236) “A mediação deve proporcionar igualdade de oportunidades aos envolvidos para que eles tenham plenas condições de se manifestar durante todo o procedimento”.

Conforme Neves (2021, p. 76):

Nos termos do art. 2º, II, da Lei 13.140/2015, a isonomia entre as partes é um dos princípios da mediação. Independentemente da compreensão de que espécie de isonomia trata o texto legal, o certo é que tal princípio é exclusivo da mediação, não se devendo, portanto, aplicá-lo à conciliação.

3 O SISTEMA DA MEDIAÇÃO NO AMBITO DOS CONFLITOS FAMILIARES

A mediação se apresenta como um sistema que proporciona ser mais adequada nos casos envolvendo direito de família, em face de que é imprescritível as partes continuarem tendo convívio. É de se saber que a relação familiar é permanente, não podendo ser rompida depois da ruptura da sociedade conjugal, visto que os vínculos continuam, ainda se o casal possui filhos, onde precisam de assistência mútua (DE FREITAS JÚNIOR, 2016, p. 208).

3.1 Da função do mediador

O mediador tem com papel de atuar como um agente de informação, tendo o objetivo de dar melhor esclarecimento as partes conflitantes sobre métodos da mediação assim como seus objetivos em discursão. Ademais, tem o dever de sustentar ambiente de confiança entre as partes, como uma forma de amenizar as adversidades (DE FREITAS JÚNIOR, 2016, p. 205).

Sendo assim, conforme ilustra Tartuce (2018, p. 301):

[...] o mediador precisa ser apto a trabalhar com resistências pessoais e obstáculos decorrentes do antagonismo de posições para restabelecer a comunicação entre os participantes. Seu papel é facilitar o diálogo para que os envolvidos na controvérsia possam protagonizar a condução de seus rumos de forma não competitiva.

Além disso, informa Tartuce (2018, p. 302) “Mediar constitui uma tarefa complexa que demanda preparo, sensibilidade e habilidades, sendo interessante delinear o perfil desejável de seu realizador”.

Ademais, este terceiro neutro, imparcial e escolhido pelas partes, é um elemento necessário para resolver controvérsias familiares, uma vez que este irá conduzir todo o procedimento de mediação, sem possuir uma relação direta a respeito do conflito em si com os entes familiares partes da lide, garantindo o melhor diálogo entre as partes, aperfeiçoando a comunicação e compreensão do conflito, com o fim de trazer soluções satisfatórias para ambos (NAVARRO, 2020, p. 91 – 92).

No que concerne à atuação do mediador:

[...] o mediador deve se apresentar como um auxiliar e facilitador da comunicação entre as partes. Seu objetivo [...] não é induzir ninguém a um acordo que não lhe satisfaça. Pelo contrário, o que se deseja é que as partes, em conjunto, cheguem a um acordo que as faça sentir contentes com o resultado. Ao mesmo tempo, o mediador deve dizer que buscará fazer com que elas consigam entender suas metas e interesses e, desse modo, possam construtivamente criar e encontrar suas próprias soluções (AZEVEDO, André, 2016, p. 166).

Dessa forma, segundo Cezar-Ferreira (2011, p. 89):

O mediador familiar, em especial, vai facilitar aos oponentes confrontar seus pontos de vista quanto às questões familiares, ajudando-os a discriminar seus interesses e necessidades e a se voltarem para o encontro de soluções que os ajudem a dissolver os conflitos interpessoais e a dirigir sua vida e de sua família, de forma adequada e saudável daí para frente. As dificuldades decorrentes da separação são de ordem familiar.

É importante mencionar que conforme pondera Navarro (2020, p. 92), o mediador precisa ter uma capacitação técnica e qualificada, como saber escutar as partes de forma ativa, não só entender o que foi dito por elas, assim como as suas expressões e gestos. Ademais, precisa ser paciente e sincero com as partes para que a mediação flua da melhor maneira possível, garantindo melhor empatia, se colocando no lugar das partes, entretanto, mantendo a sua imparcialidade.

3.2 A mediação como método eficaz para resolução de conflitos familiares

Em relação aos conflitos no direito de família, se distingue dos demais tipos de conflitos visto suas peculiaridades. Destarte, em consideração disso, é necessária uma forma diferenciada para resolver estas controvérsias familiares, tendo que a mediação familiar se apresente como o meio mais adequado para a resolução da lide familiar (DE LIMA, 2017, p. 43).

No que concerne a mediação no âmbito dos conflitos familiares, de acordo com Gligoleto (2001, p. 4 - 5):

[...] surge a mediação familiar como forma de buscar o melhor convívio dos casais em conflito, com o intuito de ouvir cada personagem daquela família, para delimitar as pretensões conflitantes, detectando sua verdadeira causa. Deste modo, tem-se como conceitos de mediação familiar: [...] processo, através do qual, pessoas, em disputa por questões de divórcio, pensões alimentícias, guarda de filhos, herança, divisão de bens ou qualquer outra questão familiar, que sejam ou possam ser objeto de procedimentos legais, são ajudadas no sentido de chegar a acordos ou estreitar as áreas de desentendimento entre elas, com a ativa intervenção de terceira parte imparcial.

Conforme pondera Navarro (2020, p. 102):

No contexto das famílias atuais, detentoras das referidas características, a afetividade emerge como elemento de conexão entre os seus membros, estabelecendo fortes vínculos entre eles. Vínculos esses, que envolvem sentimentos e emoções intensas, o que não significa que as famílias estão imunes de situações conflituosas em seu âmbito.

Assim, conforme Navarro (2020, p. 102): “O desgaste das relações, provocados por inúmeros motivos, mas principalmente por mudanças e pela falha na comunicação é fonte de conflitos que, em alguns momentos, podem ser prevenidos e evitados [...]”.

Informa Pinheiro (2008, s.p.):

Importante enaltecer que a mediação busca cultivar o sentido positivo do conflito, entendendo este como algo natural das relações humanas que, quando bem estruturado, torna-se capaz de propiciar o amadurecimento e o progressivo desenvolvimento das relações familiares. [...] É por meio da mediação familiar que as partes encontram o espaço propício para o desenvolvimento da escuta (tempo para escutar e tempo para falar) e da elaboração do diálogo fundado na compreensão e na paciência para com o outro, no sentido de promoverem um ganho mútuo a partir de concessões feitas por ambos.

Neste contexto, segundo De Lima (2017, p. 45 – 46), nos tempos atuais, os discursões conjugais são frequentes, justamente devido a vida ativa das pessoas, as evoluções que ocorrem o todo o momento na sociedade, as incompatibilidades entre outras questões acarretam ao clima favorável para seguidos desentendimentos. Com isso, gera-se uma crise dentro da estrutura familiar e que merece total atenção e cuidado especial.

Com isso, a mediação é mostrada como sendo o meio de resolução de conflito mais adequado em se tratando de lide familiar, visto que por meio desse procedimento, os entes familiares terão a oportunidade de resolver suas controvérsias, além de ser um facilitador para impedir conflitos futuros. Afinal, o foco em questão é reestabelecer o vínculo antes perdido pelas partes (NAVARRO, 2020, p. 104).

Desse modo, este meio de resolução de conflitos é de suma importância por exemplo em casos de envolvendo divórcio ou dissolução de união estável. Pois se estes possuem filhos, é necessário que os pais devam se comunicar de forma pertinente em relação quando for discutido sobre a guarda e alimentos dos filhos, como forma de suprir com as necessidades, bem como o estabelecimento da guarda compartilhada que normalmente é considerada como regra geral como forma de garantir aos filhos o seus direitos de conviverem com ambos os pais, entendimento este sendo preferencialmente adotado pelos magistrados e legisladores (DE FREITAS JÚNIOR, 2016, p. 208).

Assim, segundo Pinheiro (2008, s.p.) em caso de divórcio ou dissolução de união estável, se o casal não tiver filhos, só será discutido questões envolvendo a partilha dos bens (âmbito patrimonial), podendo incluir alimentos recíprocos (prestação de alimentos entre ex-cônjuges e companheiros). Todavia, em houver filhos será discutido também sobre a guarda, direitos de convivência, visitas e alimentos. Portanto, levando-se em consideração esses aspectos, a mediação se mostra como método adequado.

Conforme dispõe Pinheiro (2008, s.p.):

O procedimento da mediação familiar incentiva às próprias partes envolvidas no conflito a discutirem sobre seus problemas de maneira pacífica, criando assim, com o auxílio do mediador, um espaço apropriado à formação do diálogo funcional, na medida em que afasta o sentimento adversarial, rancoroso e irracional. Além disso, a mediação familiar é um importante instrumento capaz de proporcionar aos mediados a oportunidade de reverem suas posições dentro do conflito, permitindo, inclusive que esclareçam certas situações fruto de verdadeiros mal-entendidos [...].

Desse modo, a mediação consiste no método com uma abordagem mais aprofundada, visto que garante o empoderamento das próprias partes com a fim de estes possam gerenciar os seus conflitos por si próprios, por meio de decisões que sejam satisfatórias para ambos. Assim, dentro em vista o forte diálogo entre os entes familiares, estes irão conseguir superar e encarar sentimentos, dando maior ênfase no que concerne as suas responsabilidades, além de sobrepujar antigos desentendimentos (DE FREITAS JÚNIOR, 2016, p. 209).

Portanto, é importante o destaque do sistema da mediação visto que se trata de um meio alternado de composição da lide, seguindo o fundamento da solidariedade e do diálogo, como verdadeiro remédio para a resolução dos conflitos, amenizando os traumas e prejuízos emocionais. Com isso, a mediação ganha destaque ainda mais se for realizada de forma extrajudicial, ou seja, que seja feita antes de chegar as vias do Poder Judiciário (PINHEIRO, 2008, s.p.).

A mediação familiar é vista como uma tentativa de evitar o litígio. Todavia, não se pode evitar o ingresso no Judiciário. Assim, em se tratando em casos em que a mediação se mostre desfavorável, De Freitas Júnior (2016, p. 210) informa que: “a solução inevitável passará por um dos métodos de heterocomposição, sendo o principal deles a jurisdição estatal, necessária para a solução de questões versando sobre direitos e interesses indisponíveis”.

Nesse contexto, informa Cezar-Ferreira (2011, p. 90), há situações em que a mediação não se mostra adequada: “em casos de violência conjugal, onde um dos cônjuges se tornou tão atemorizada que não consegue expor suas opiniões. Nesse caso, este pode precisar que o advogado fale por ele”

Na mesma linha de raciocínio, segundo Cezar-Ferreira (2011, p. 90), outros exemplos em que a mediação se mostra desfavorável:

[...] Pessoas que sempre sentem que não estão sendo atendidas em suas reivindicações ou que se enraivecem e perdem o controle emocional quando não são atendidas em todos os seus desejos, também não podem ser mediadas. É, ainda, o caso de pessoas que depois de chegar a um acordo, não o confirmam, e querem mudar tudo. Esses casos acabam em litígio judicial e é preciso que um terceiro – o juiz – decida. Além da tendência à violência e da dificuldade na aceitação desse instrumento de resolução de conflitos, uma defasagem emocional acentuada entre os oponentes também contraindica a mediação. Essa é igualmente contraindicada para pessoas que, por qualquer razão, estejam impossibilitadas de tomar decisões.

Embora em alguns casos a mediação não se mostra adequada, é importante ressaltar a eficiência e aplicabilidade deste sistema visto que este possui várias outras vantagens em relação ao litígio, onde Cezar-Ferreira (2011, p. 88) pontua:

A mediação é menos dispendiosa e menos desgastante, emocionalmente. Na família, as pessoas é que tomam as decisões sobre seu futuro e o dos dependentes. Elas é que estabelecem as normas que regerão a vida dos filhos, dividem o patrimônio e resolvem o que é mais justo a respeito das próprias necessidades. Na mediação, as pessoas são levadas a agir cooperativamente, diante de opções realistas, e não a fazer acusações desmedidas ou pleitos baseados unicamente em seu posicionamento pessoal. A mediação favorece a flexibilidade e a criatividade. Além disso, é

efetivamente privada, de modo que o casal não precisa levar aos autos do processo os problemas do casamento. Só leva as soluções.

Além disso, é importante ressaltar que segundo De Lima (2017, p. 52):

[...] cabe mencionar que a mediação familiar protege a vida pessoal da exposição causada pelo processo judicial. Apesar de correr em segredo de justiça, testemunhas são arroladas, perícias são requeridas e, cada vez mais, a privacidade das partes é abalada. Por consequência, ao evitar tal exposição desnecessária, protege-se tanto a dignidade da pessoa humana quanto os direitos de personalidade consagrados pela Constituição Federal.

Dessa forma, De Lima (2017, p. 52) informa: “a mediação, além de minimizar os custos, agiliza a parte judicial e efetiva a garantia constitucional de tempo razoável para o processo”.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo geral fazer uma breve análise da mediação como sendo um método eficaz para a resolução dos conflitos no âmbito do direito familiar.

Em seguida foi analisado os objetivos específicos que consiste em descrever a noção de direito de família e como este instituto é garantido pela proteção do Estado por meio de seus princípios norteadores. Além disso, explicar o funcionamento da mediação como método de resolução de conflitos, assim como a sua proteção legal e princípios que versam sobre o sistema. Ademais, estudar sobre o sistema da mediação no que concerne os conflitos no âmbito do direito de família, bem como o papel do mediador.

Desse modo, pode-se dizer que este sistema como meio de resolução das controvérsias é adequado pois garante o reestabelecimento do diálogo e a melhor convivência entre os entes familiares, afinal uma ruptura na estrutura familiar merece todo um cuidado e atenção. Portanto, a mediação torna-se eficaz, visto que estimula a busca pelo ambiente merecedor para o diálogo entre as partes, com maior compreensão e paciência. Além disso, visa fazer com que as próprias partes coordenem os seus conflitos por meio de decisões que sejam do agrado de ambos.

Além do mais, outra vantagem deste sistema é que busca evitar o litígio, por ser um método menos desgastante emocionalmente e criativa, onde as próprias partes cooperam entre si buscando a melhor solução de suas discordâncias, como forma delas torarem suas próprias decisões sobre seu futuro e de seus dependentes.

Além disso, é o método que garante a privacidade das partes, onde estes não precisam levar para os autos do processo seus problemas pessoais, como forma de proteger a vida privada e evitar a exposição no processo litigioso. Aliás, em se tratando de economia processual, esse instrumento se torna adequado pelo simples fato de economizar com as custas processuais, visando a celeridade.

Entretanto, a mediação possui certas desvantagens, que segundo o entendimento doutrinário, são os casos envolvendo violência conjugal por exemplo, onde os traumas ocorridos durante o matrimônio ou na convivência são tão grandes que dificulta expor suas opiniões. Além disso, nos casos onde as partes simplesmente não querem chegar a um acordo sem abrir mão dos seus próprios interesses e desejos. Assim, pela falta de cooperação e solidariedade, acabam de precisar recorrer a ajuda de um terceiro (juiz) por meio de processo judicial, para que este proponha a melhor solução.

Embora a pesquisa tenha trazido respostas positivas acerca da utilização da mediação, trouxe também desvantagens. Desse modo, é compreensível que a mediação seja usada dependendo do caso concreto, visto que em determinadas circunstâncias não se mostra útil, podendo até gerar complicações nas relações familiares já conturbadas.

Diante disso, faz-se necessário dar maior ênfase aos estudos sobre as técnicas da mediação como uma forma de mostrar as pessoas a importância deste instrumento, como meio de evitar o processo lento e burocrático do Judiciário e fazer com que mais pessoas busquem pelo método autocompositivo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª ed. Brasília: Conselho Nacional De Justiça, 2016. p. 166. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwim47_ttmv3AhWjGLkGHa_LD5AQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fportal.trf1.jus.br%2Fdata%2Fffil%2FE9%2FD4%2F0C%2F92%2F754493103E386393942809C2%2FManual%2520de%2520MMedi_o%2520Judicial%2520%2520Andr_%2520Gomma%2520de%2520Azevedo.pdf&usg=AOAOvV0lrHT1R5clK9uUyK-uDNTu>. Acesso em: 19 mai. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015_2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da

administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 21 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 17 set. 2022.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. **Família, separação e mediação: uma visão psicojurídica**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2011. p. 88-90.

DE FREITAS JÚNIOR, Horival Marques. Breves Apontamentos sobre a Mediação no Direito de Família. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 2, n. 1, p. 185–228, 2016. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0185_0228.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022.

DE LIMA, Lara da Rocha Martins. **A mediação no direito de família**. Orientadora: Dra. Rosângela Maria de Azevedo Gomes. 2017. 59 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.unirio.br/unirio/ccjp/arquivos/tcc/2017-1-monografia-lara-da-rocha-martins-de-lima>>. Acesso em 22 mai. 2022.

GONÇALVES, Amanda Passos. **A Mediação como Meio de Resolução de Conflitos Familiares**. Orientadora: Dra. Liane Tabarelli Zavascki. 2015. 40 f. TCC (Graduação) – Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<https://portalidea.com.br/cursos/6c57e4ce54fad7ebb345637ba80d1f3e.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Direito de família).

GRIGOLETO, Juliane Mayer. **A mediação familiar como mecanismo de pacificação social**. [S.l.]: IBDFAM. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiykana hUK3AhX9A7kGHf7HBQQQFnoECAUQAaw&url=https%3A%2F%2Fibdfam.org.br%2Fanaais%2FdoF downl%2F165&usq=AOvVaw0lgmhNmLpKuCj674IcZljg>>. Acesso em: 20 mai. 2022.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed. 1998. p. 28.

NAVARRO, Juliana Melo. Mediação como método adequado de resolução de disputas aplicado à solução de conflitos familiares e seus reflexos no âmbito do judiciário brasileiro. **Revista Fórum de Direito Civil: RFDC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 23, p. 89-112, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wpcontent/uploads/2020/04/PF_RFDC_23-2.pdf#page=91>. Acesso em: 20 mai. 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 23. ed. Salvador:

Juspodivm, 2021.

PINHEIRO, Dávila Teresa de Galiza Fernandes. **Mediação Familiar: Uma Alternativa Viável à Resolução Pacífica dos Conflitos Familiares**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/446/IBDFAM+ACAD%C3%8AMICO++Media%C3%A7%C3%A3o+Familiar%3A+Uma+Alternativa+Vi%C3%A1vel+%C3%A0+Resolu%C3%A7%C3%A3o+Pac%C3%ADfica+dos+Conflitos+Familiares>>. Acesso em: 16 set. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4ª ed. São Paulo: Editora Método, 2018. p. 203-229.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. (Direito civil).

INTOLERÂNCIA RELIGIOSA NO BRASIL: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PENAL NA PROTEÇÃO DA INVIOABILIDADE DA LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA DIANTE A DISCRIMINAÇÃO DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA.

THAIS LORRANE GOMES DOS SANTOS SILVA:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz – FACIMP.

ROSYVANIA ARAÚJO MENDES¹⁹²

(orientadora)

RESUMO: Observa-se a liberdade religiosa como um dos direitos fundamentais da humanidade, como anuncia a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual somos signatários. Diante o exposto, é essencial a busca por políticas que tem como objetivo a efetivação dos direitos humanos, especialmente, o direito à liberdade de consciência e de crença, sendo urgente a ampliação destas políticas em um contexto social que a cada dia tende a aumentar o número de violações e potencializa-se o fundamentalismo religioso. O estudo teve como objetivo analisar a proteção da legislação no Direito brasileiro, frente à intolerância religiosa no Brasil. Como metodologia, o estudo caracteriza-se descritivo, a partir de uma revisão da literatura. Os resultados do estudo evidenciaram que além do fortalecimento da proteção com os dispositivos vigentes, é necessário a ampliação da tipificação condutas contra as religiões de matrizes africana, criando novos institutos capazes de garantir ao cidadão a melhor forma de exercer suas convicções religiosas e exercer seu direito de livre escolha religiosa. Observou-se que é necessário empreender esforços para ir além das sanções previstas para os crimes citados nesse estudo, buscando em primeiro lugar a manutenção da conscientização dos indivíduos intolerantes, bem como a imposição de sanções que visam não apenas o caráter punitivo, mas também, o educativo contra sujeitos que insistem na prática desses crimes.

Palavras-chave: Intolerância Religiosa. Direito Constitucional. Racismo Religioso. Direito Penal.

ABSTRACT: Religious freedom is observed as one of the fundamental rights of humanity, as announced in the Universal Declaration of Human Rights, of which we are signatories. In view of the above, it is essential to search for policies that aim to implement human rights, especially the right to freedom of conscience and belief, and it is urgent to expand these policies in a social context that tends to increase day by day. number of violations and religious fundamentalism is strengthened. The study aimed to analyze the protection of legislation in Brazilian law, against religious intolerance in Brazil. As a methodology, the study is descriptive, based on a literature review. The results of the study showed that in addition to strengthening protection with current provisions, it is necessary to expand the typification of conducts against religions of African origins, creating new institutes capable of guaranteeing citizens the best way to exercise their religious convictions and exercise their right. of free religious choice. It was observed that it is necessary to

¹⁹² Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional – UNITAU; Especialista em Docência do Ensino Superior e Direito Administrativo (FACIBRA). Professora do curso de Direito da Faculdade de Imperatriz - FACIMP, E-mail: rosyvania@gmail.com

make efforts to go beyond the sanctions provided for the crimes mentioned in this study, seeking first to maintain the awareness of intolerant individuals, as well as the imposition of sanctions that aim not only at the punitive character, but also, the educational one against subjects who insist on the practice of these crimes.

Keywords: Religious intolerance. Constitutional right. Religious Racism. Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos antigos, a religião no Brasil é entendida como um dos pilares da sociedade, tendo grande importância como fator de construção de valores culturais e morais que norteiam as condutas dos indivíduos e grupos humanos. Assim, desde a Constituição Federal de 1988, o Brasil é considerado um Estado laico, portanto, está presente um pluralismo religioso em que todas as religiões devem ser respeitadas no seu espaço territorial.

Observa-se a liberdade religiosa como um dos direitos fundamentais da humanidade, como anuncia a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual somos signatários. A pluralidade, constituída por diversas raças, culturas e credos, é uma das maiores qualidades do Brasil. No entanto, apesar desta previsão de Estado Não confessional e plural, ainda é observada intolerância religiosa no país, principalmente no que tange as religiões de matrizes africanas. Percebe-se que esta luta contra a intolerância religiosa é histórica. Geralmente, o preconceito é inerente a demonização dos cultos africanos e sua demonização, havendo clara ignorância do fato que, o demônio cristão não faz parte das divindades da afroreligiosidade.

Diante o exposto, é essencial a busca por políticas que tem como objetivo a efetivação dos direitos humanos, especialmente, o direito à liberdade de consciência e de crença, sendo urgente a ampliação destas políticas em um contexto social que a cada dia tende a aumentar o número de violações e potencializa-se o fundamentalismo religioso no Brasil.

A aplicação do presente estudo, justifica-se em razão do crescente número de casos de intolerância religiosa no Brasil e principalmente, da deficiência do Estado brasileiro em combater essas práticas criminosas. Porquanto, busca-se esclarecer o seguinte problema de pesquisa: Diante os inúmeros casos de intolerância religiosa no Brasil, como a legislação penal tutela o direito fundamental de liberdade de consciência e de crença?

Assim, o presente estudo tem como objetivo analisar a proteção da legislação no Direito brasileiro, frente à intolerância religiosa no Brasil. Especificamente, busca-se apontar os principais entendimentos doutrinários quanto à proteção do direito de liberdade de consciência e de crença; Debater quanto a proteção legislativa contra o racismo religioso contra as religiões de matriz africana.

Como metodologia, o estudo caracteriza-se descritivo, a partir de uma revisão da literatura que aborda quanto intolerância religiosa no Brasil e a discriminação das religiões de matrizes Africanas.

O estudo está organizado por capítulos, no segundo capítulo é expresso quanto ao histórico das religiões de matriz africana no Brasil. Logo em seguida, no capítulo três é discutido quanto a discriminação, intolerância e racismo, apresentando suas classificações e diferenciações. No capítulo quatro é abordado quanto a liberdade religiosa no direito brasileiro e seus aspectos constitucionais. Já no capítulo cinco, são evidenciadas as principais normas que versam sobre o enfrentamento jurídico contra intolerância religiosa no país. Por fim, no capítulo seis são apresentadas as considerações finais.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DAS RELIGIÕES DE MATRIZ AFRICANA NO BRASIL

Salienta-se que as religiões de matriz africanas foram trazidas pelos escravizados ao Brasil, sendo sua manutenção e presença aqui não só uma forma de professar uma religião, mas também uma forma de garantir seus valores e a cultura de um povo. Por meio dos navios negreiros que chegavam ao Brasil com homens capturados na África para ser escravizados, chegaram também força de trabalho que era usada forçosamente na construção e manutenção de diversas atividades, com isso, veio também as suas culturas e crenças, onde insere-se também as suas religiosidades.

Segundo Carneiro (2014) as religiões estavam ligadas a florestas tropicais e/ou savana, ou mesmo suas estruturas aldeãs e comunitárias. Porém, com a dominação escravocrata, deu-se início a um processo de adaptação, onde os escravos eram obrigados a se integrar a um novo tipo de sociedade baseada na família patriarcal, no latifúndio, no regime de castas étnicas, que incluía até mesmo a mudança de nomes.

Conforme ensinamentos de Junior (2007) houve uma forte repressão contra a declaração de fé dos negros que vinham da África, inclusive repressão legal, conforme se observa:

O Código Criminal do Império de 1830, em uma tentativa de eliminar as referências culturais africanas, era pró-catolicismo, e em seu artigo 276 previa punição à "celebração, propaganda ou culto de confissão religiosa que não fosse a oficial. Tais limitações não abateram os escravos completamente, que encontravam maneiras de manter suas manifestações culturais às escondidas. Contudo, foi inevitável que as religiões de matrizes africanas sofressem impactos do contato com outras culturas - precisaram ser rearranjadas conforme o contexto e região em que se encontravam, o que resultou em sua fusão com diferentes doutrinas, e até mesmo na necessidade de identificação de suas entidades com os santos católicos (JUNIOR, 2007, pág. 18).

Após a proclamação da república em 1889 houve a separação da igreja e do Estado, havendo também a introdução do princípio da laicidade do Estado. Assim, o Brasil foi inserido em ideais de modernidade, implementando novas concepções morais.

Neste sentido, Montero (2006, pág. 16) afirma que nesse mesmo ano ocorreu a descriminalização do culto às religiões de matrizes africanas, principalmente pela implementação o direito à liberdade de culto.

Houve um recuo do catolicismo na sociedade, a partir de um conflito em torno da autonomia de manifestações culturais de matriz não-cristã desejosas por se expressarem publicamente. As manifestações que primeiramente foram criminalizadas, demonizadas e tomadas como bruxaria e curandeirismo, tiveram as portas abertas para a possibilidade de seu reconhecimento como religiões oficializadas, o que possibilitou futuramente a descriminalização das religiões de matrizes africanas em razão do direito à liberdade de culto.

No entanto, o caráter de intolerância e as perseguições sempre se mantiveram, mesmo no Código Penal de 1890 já vigorava a intolerância, onde era passível de penalidade a capoeiragem, espiritismo e mesmo o curandeirismo. Já adentrando na década de 1920, foram surgindo termos como a macumba, candombe e magia negra, que eram perseguidos com base em critérios morais, relacionado os responsáveis por essas práticas ao mal. Dessa forma, os terreiros tornavam-se alvo de perseguições por parte das autoridades policiais e até mesmo do judiciário.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, continuou a vigorar o princípio da laicidade do Estado e implementou o incentivo à valorização e difusão das manifestações afro-brasileiras, considerando como patrimônio cultural.

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. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II produção, promoção e difusão de bens culturais; III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV democratização do acesso aos bens de cultura; V valorização da diversidade étnica e regional (BRASIL, 1988, pág. 27).

Baseado nos preceitos Constitucionais, o Código Penal Brasileiro reservou espaço para criminalizar condutas preconceituosas no que tange a religião, conforme expressa o seu artigo 208:

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência (BRASIL, 1940, pág 21).

De acordo com definição de Santos (2010) as principais religiões afro-brasileiras são o Candomblé e a Umbanada, que são praticadas em todos os estados do território nacional, mas também são encontradas com menos frequência em alguns estados, as religiões Babaçuê, o Batuque, Catimbó, Omolocô, Cabula, o Tambor de menina entre outras.

Apesar disso, no Brasil, diante do contexto da diversidade religiosa, a intolerância tem se mostrado como uma das faces do racismo que vigora na sociedade, Busca-se demonstrar no capítulo em tela que, a estigmatização das crenças de matrizes africanas é fato antigo, que apenas modernizou suas manifestações, mas jamais afastou-se do propósito de tentar desqualificar e exterminar a cultura negra da sociedade contemporânea (OLIVEIRA, 2017).

Conforme Machado (2013) há uma forte influência e importância das religiões de origem africana para a construção da identidade do brasileiro. No entanto, essas religiões vêm sendo massacradas pelo preconceito e discriminação. Em determinados momentos históricos chegaram a ser proibidas. As religiões de matriz africana se baseiam na crença, organização e culto aos Orixás. Assim, a forma de organização, estruturação e funcionamento da religião e dos espaços sagrados devem se amoldar ao culto professado.

De acordo com Ramos (2010) no Brasil, há uma diversidade de religiões de matriz africana que possuem como elementos de características a noção de comunidade, oralidade e força vital, garantindo papel de destaque e respeito aos anciãos. Assim como as demais religiões, as religiões de matriz africana possuem direitos garantidos no ordenamento pátrio, como à autodeterminação, auto-organização, ao livre funcionamento, de celebrar reuniões, sem necessidade de autorização do Estado, a fundar e manter espaços de culto, não ter suas atividades suspensas ou interdadas pela Administração Pública, confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes (OLIVEIRA, 2010).

3 DISCRIMINAÇÃO, INTOLERÂNCIA E RACISMO

Conceituar essas manifestações criminosas que são direcionadas aos indivíduos que manifestam suas religiões de matrizes africanas é essencial para compreensão do fenômeno. Logo, a partir do debate sobre esses conceitos, é possível apontar soluções para o problema, aprofundando o debate quanto ao seu conceito e diferenciação entre ambos (FERNANDES, 2017).

A discriminação, significa a separação (dis = dividir e cerno = distinguir) portanto, a palavra relaciona-se com o tratamento diferenciado que alguns indivíduos ou grupos recebem. Por isso, diz-se que o termo não tem origens negativas, mas a consequência dessa discriminação poderá ser danosa. Desse modo, a discriminação existirá quando uma parte da população receber tratamento desigual com relação ao conjunto dos demais cidadãos (NASCIMENTO, 2014).

Segundo Fassin (2008), o preconceito é geralmente o grande motivo da ocorrência de discriminação social. Frisa-se que, a noção de discriminação tem um componente coletivo. Ou seja, significa que o fundamento para o tratamento discriminatório diz respeito às marcas do sujeito e/ou do

grupo ao qual ele está inserido, sexo, orientação sexual, religião, nacionalidade, eraça, deficiência entre outros. Nesse contexto, quando se fala em discriminação religiosa, é em razão do indivíduo professar determinado credo religioso que o torna vulnerável aos ataques de outros.

Quanto a intolerância, em seu sentido literal, pode ser compreendida como uma prática de não reconhecimento da veracidade do outro. No caso da intolerância religiosa, seria a a prática de não reconhecer a veracidade da religião de terceiros. A intolerância é indicativa de um ato de inflexibilidade e intransigência com relação a algo, falta de tolerância (OLIVEIRA, 2010).

Seguindo esse entendimento, Rocha (2022, pág. 4) esclarece que Intolerância religiosa configura-se como uma situação em que uma pessoa não aceita a religião ou a crença de outro indivíduo, indo contra os preceitos da própria Constituição Federal de 1988:

Sobre os princípios da laicidade na Constituição Federal de 1988, o seu Art. 5º, inciso VI, assegura liberdade de crença aos cidadãos: “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: [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (BRASIL, 1988, pág. 8).

Salienta-se que a intolerância somente se faz presente quando há um poder político maior que deseja se sobressair a um’ poder menor. No caso das religiões, há aqueles com maior número de praticantes e outros com menor número de praticantes, como é o caso das religiões afro. Por essa razão, diz-se que, a intolerância as vezes pode se aproximar do fenômeno do racismo na sociedade, pois uma das características principais do racismo é a de ser uma construção social hierárquica que se baseia na diferenciação dos seres humanos a partir da sua raça (DALLARI, 2009).

Nota-se que o termo racismo religioso ainda está em construção, no entanto, percebe-se que tem sido caracterizado por preconceito ou ato de violência contra adeptos das religiões não convencionais. Principalmente aquelas de matrizes africanas que são os principais alvos de violência religiosa no Brasil (SILVA, 2013).

4 LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO BRASILEIRO

Acredita-se que a liberdade religiosa possui estreitas ligações com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Certos doutrinadores, como Jónatas Eduardo Mendes Machado, entende que esses princípios surgiram a partir da compressão cristã de mundo. A concepção de dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus e radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana (PIOVESAN, 2010).

4.1 LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Cidadã de 1988 em seu Título II consagra os direitos e garantias fundamentais, organizando-os em cinco capítulos, tais como direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos (RAMOS, 2010).

Assim, a liberdade religiosa é um direito fundamental resguardado por diversas Constituições vigentes em todo o mundo e, também por vários tratados internacionais de direitos humanos. Assim, esse direito é visto como de primeira dimensão ou geração, e sua importância é tanta, que foi inserido na Carta Maior do Brasil, onde assegura-se o direito da livre manifestação de qualquer religião (SARLET, 2012).

Diz-se que esse direito é tido como de primeira geração, por por nascer como liberdade oponível contra o Estado, como premissa para proteger o cidadão contra as intromissões do próprio Estado e garantir a autodeterminação dos cidadãos quanto à sua vida religiosa.

Segundo Bastos (2010) esta liberdade faz parte da própria vida do ser humano, e da sal condição de humano, portanto, Aqueles que optam por não ter religião são alcançados pela liberdade de consciência que lhes garante o direito de não adotar uma fé. A liberdade religiosa é também um direito natural, nasce com o homem, que pode ansiar por ter algo que lhe transcende a existência e buscar tal resposta na religião, e se caracteriza de forma que os governantes e o Estado devem respeitar seu valor.

Desse modo, além de não interferir, o Estado deverá facilitar o exercício de liberdade de crença, organização religiosa e culto, proporcionando medidas para a realização dessas manifestações.

5 O ESTADO DIANTE O ENFRENTAMENTO JURÍDICO CONTRA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Diante os infortúnios da discriminação religiosa e suas vertentes, o Direito Penal, apesar de se tratar da *ultima ration* do direito, continua sendo a principal proteção contra esse tipo de conduta, punindo os que ainda insistem em atacar os praticantes de religiões de matriz africana (CAIXETA, 2016). Assim, ante essa desordem social da discriminação, em seu artigo 140, o Código Penal de 1940 esclarece que constitui crime de injúria, ofender a dignidade ou decoro de terceiro, com penas de detenção de um a seis meses, ou a aplicação de multa. Além disso, expressa em seu § 2º do artigo supra, a figura da injúria real, quando envolver violência ou vias de fatos e por fim, a conduta mais gravosa, que é a injúria qualificada, ou seja, quando envolve elementos de raça, cor, etnia, religião ou condição de pessoa idosa ou com deficiência.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. §

3 o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena - reclusão de um a três anos e multa (BRASIL, 1940, pág. 21).

Ressalta-se que diante essa tipificação, algumas condutas preconceituosas com religiões de matriz africana, acabam por passar ilesas ou entendidas como mero discursos normais ou entendidos como simples críticas, o que acaba dificultando a responsabilidade de quem pratica atos de intolerância contra os praticantes dessas religiões.

Insta salienta que, relacionado ao presente artigo supracitado, na diferenciação da conduta de injúria qualificada com o crime de racismo, é oportuno assentar que o agente quando responde por injúria, poderá valer-se do instituto da prescrição e mesmo da fiança. No crime de racismo esses institutos ficam afastados. No crime de injúria qualificada, é necessário observar o *animus injuriandi*, que resume se na vontade de ofender a honra subjetiva de outra pessoa. Ou seja, o agente ofende apenas a vítima com palavras de cunho racista (OLIVEIRA, 2014).

Neste sentido, ressalta se que o crime de racismo está tipificado na Lei 7.716 de 1989 que tipifica crimes resultantes de preconceito, raça e etnia que expressa varias condutas assim relacionadas, cabendo destacar entre essas, a prevista em seu artigo 20. Nota-se que, em razão da gravidade da conduta, esta é punida com pena de reclusão de uma a três anos, conforme se observa: " Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa".

Conforme já mencionado, o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, conforme evidencia o art. 5º da Carta Maior do Brasil. "Art. 5º(...) XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (BRASIL, 1988).

Desta forma, para caracterização deste ultimo delito apresentado, nota-se que o agente deve objetivar ultrajar uma raça como um todo, a título de exemplo, poder ser uma comunidade religiosa como as de matriz africana ou mesmo uma comunidade negra, independentemente da religião.

Outro dispositivo que tipifica crime contra a liberdade religiosa, é o artigo 208 do Código Penal, que dispões sobre Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, configurado como escarnecimento de alguém em público por motivo de crença ou função religiosa.

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego

de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência. (BRASIL, 1940, pág. 52).

Na análise do artigo 208 do Código Penal, observa-se que o legislador foi omissivo quanto a algumas condutas, expressando apenas uma análise superficial de circunstância que configura crime. Além disso, em razão da gravidade da conduta, seria cabível uma pena mais severa para produzir efeitos inibidores, como é o caso da pena de reclusão, o que não ocorre com o dispositivo citado.

Nota-se que as religiões afro-brasileiras possuem um grande misticismo, algo importante para suas práticas. No entanto, estes elementos místicos, acabam sendo confundidos por terceiros como algo ligado ao satanismo, gerando mais preconceitos e ataques de violência.

É necessário a ampliação da tipificação de condutas contra as religiões de matrizes africanas, criando novos institutos capazes de garantir ao cidadão a melhor forma de exercer suas convicções religiosas e exercer seu direito de livre escolha religiosa, de forma que não sofra com constrangimentos oriundos da impossibilidade de exercer sua fé, e ou seus rituais. Além disso, é preciso discorrer que, a maioria desses crimes supramencionados, são processados e julgados em Juizados Especiais Criminais, por se configurarem como infrações penais de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções e/ou crimes que possuem pena máxima não superior a 2 anos cumulados ou não com multa. O que diminui a possibilidade de punições mais severas frente a essas condutas reprováveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o término do estudo, conclui-se que a liberdade religiosa no âmbito do Direito Pátrio, é considerada direito fundamental. Logo, percebe-se que dada a sua relevância, o ordenamento brasileiro considera essa liberdade inerente ao próprio ser humano, visto como um direito natural que nasce com o próprio homem.

Diante dessas previsões, o estudo apontou que apesar do legislador assegurar esse direito na Carta Maior, é na esfera penal que se tem as melhores garantias do respeito a essas previsões constitucionais, tendo em vista que, ainda é urgente a proteção contra a discriminação religiosa, principalmente contra aquelas inerentes a matrizes africanas que são as mais perseguidas e na maioria das vezes, estigmatizadas, sendo inclusive, vistas como seitas demoníacas.

Portanto, ressalta-se que é necessário empreender esforços para ir além das sanções previstas para os crimes citados nesse estudo, buscando em primeiro lugar a manutenção da conscientização dos indivíduos intolerantes, bem como a imposição de sanções que visam não apenas o caráter punitivo, mas também, o educativo contra sujeitos que insistem na prática desses crimes.

Por fim, espera-se que o estudo possa subsidiar dados para outros estudos correlacionados, e ainda, possa servir como fonte de pesquisa para o debate de políticas públicas que visem inibir a intolerância religiosa no Brasil.

REFERÊNCIAS

APOLLINÁRIO, F. **Dicionário de metodologia científica**: um guia para a Produção do Conhecimento científico. São Paulo: Atlas, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 out 2022.

CAIXETA, N. Araújo. **Intolerância religiosa à luz do Direito Penal**. Brasília, 2016.

CARNEIRO, João Luiz. **As religiões afro-brasileiras**: uma construção teológica. Petrópolis: Vozes, 2014.

CATANA, Thiago Oliveira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Liberdade religiosa é um direito absoluto que deve ser mantido**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-out-21/liberdade_religiosa_mantida_todo_custo>. Acesso em: 10 set 2022.

DALLARI, D. A. **Preconceito, intolerância e direitos humanos. Judaísmo e modernidade**: suas múltiplas inter-relações. Rio de Janeiro: Centro Edeslstein de Pesquisas Sociais, 2009.

FASSIN, Didier. L'intervention française de la discrimination. In Revue française de science politique, ano 52, nº4, 2002. pp. 403-423.

FELDENS, Priscila Formigheri. **Preconceito Religioso :Um desafio à liberdade religiosa, inclusive expressiva**. Justiça & História, Porto Alegre, v. 6, n. 12, 2006.

FERNANDES, Nathalia Vince Esgalha. **A luta institucional antidiscriminatória**: um estudo de caso do CONAPRED e da atenção à discriminação contra imigrantes centro-americanos no México. 2016. Brasília, 2016.

FERNANDES, Nathalia Vince Esgalha. **A raiz do pensamento colonial na intolerância religiosa contra as religiões de matrizes africanas**. Revista Calundu. Vol. 1, n. 1, jan-jul, p. 117-136, 2017.

HÉLIO, SILVA JUNIOR, Notas sobre sistema jurídico e intolerância religiosa no Brasil. **Intolerância religiosa**: impactos do neopentecostalismo no campo religioso Afro-Brasileiro. São Paulo: EDUSP, 2007.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Estado constitucional e neutralidade religiosa**: entre o teísmo e o (neo) ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MINAYO, M. C. S. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. **14. Ed.** São Paulo. Hucitec, 2014.

MONTERO, Paula. Religião, pluralismo e espaço público no Brasil. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n.74, p. 47- 65, 2006.

MORAES, C. C. P.; LISBOA, A. S.; OLIVEIRA, L. F. Educação para as Relações Etnicorraciais. Brasil. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior. Universidade Federal de Goiás. 2 ed. – Goiânia: FUNAPE: UFG/Ciar, 2012.

NASCIMENTO, Wanderson. **Afrorreligiosidade na mira do racismo**. Correio Braziliense. p. A11, 03/03/2014.

normas jurídicas. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n.1, p.49-76, jan./jun., 2010.

OLIVEIRA, Ariadne M. B. Religiões Afro-brasileiras e o Racismo: contribuição para a categorização do racismo religioso. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Direitos humanos e Cidadania do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília, 2017.

OLIVEIRA, Ilzver de Matos; CITTADINO, Gisele Guimarães. **Calem os tambores e parem as palmas: repressão às religiões de matriz africana e a percepção social dos seus adeptos sobre o sistema de justiça em Sergipe**. Rio de Janeiro, 2014,

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião**. São Paulo: Verbatim, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luis, Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume Único. São Paulo, 2022.

RAMOS, Marcelo. **Direito e religião**: reflexões acerca do conteúdo cultural das

REAOKA, T. M. CORTIZO. **A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito. São Paulo, 2010.

ROCHA, Carolina. **Racismo Religioso**. Religião e Poder. 2022. Disponível em: <
<https://religioepoder.org.br/artigo/racismo-religioso/> >. Acesso em 28 set 2022.

SANTOS, Erisvaldo Pereira dos Santos. **Formação de professores e religiões de matrizes africanas**: um diálogo necessário. Belo Horizonte: Nandyala, 2010.

SANTOS, Thiago Lima dos. Leis e Religiões: as ações do Estado sobre as religiões no Brasil do século XIX. **Revista Brasileira de História das Religiões**. Maringá (PR) v. V, n.15, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Neto, M. Jorge. **Proteção Constitucional à liberdade religiosa**. 2 ed. Saraiva. São Paulo, 2013

CRIME DE ESTELIONATO: ALTERAÇÕES ADVINDAS DA LEI N° 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME)

ALENITA DOS SANTOS:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário do Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA¹⁹³

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo estudar a natureza e as características do crime de estelionato, bem como as alterações trazidas pela lei de nº 13.964/19 advinda do Pacote Anticrime, inseriu o § 5º, que alterando a natureza da ação penal, com o novo parágrafo, a infração deixa de ser incondicionada e passa a ser ação penal pública condicionada a representação, salvo nos casos de exceção determinado por lei. No entanto, a grande discussão é a retroatividade da nova lei, questiona-se em até que momento o crime poderá retroagir, seja ele em fase preliminar, da denúncia aos crimes praticados anteriormente ao Pacote Anticrime ou poderá retroagir até o trânsito em julgado, contudo, a divergência jurisprudencial entre os superiores tribunais, pois, a posição do STJ está em conformidade com a primeira turma da STF, que decidem pela retroatividade até o momento da denúncia, e divergem com a segunda turma, terceira seção do STF o qual decide que o novo crime retroage até o trânsito em julgado.

Palavras-chaves: crime de estelionato, retroatividade da nova norma, jurisprudência.

ABSTRACT: This article aims to analyze the nature and characteristics of the crime of embezzlement, as well as the changes brought by Law No, with the new paragraph, the infraction is no longer unconditional and becomes a public criminal action subject to representation, except in exceptional cases determined by law. However, the great discussion is the retroactivity of the new law, it is questioned at what point the crime can retroact, be it in a preliminary phase, from the denunciation of crimes committed before the Anti-Crime Package or can it retroact until the final judgment, however, the jurisprudential divergence between the superior courts, since the STJ's position is in accordance with the first class of the STF, which decides for retroactivity until the moment of the complaint, and diverges with the second class, third section of the STF which decides that the new crime is retroactive until the final decision.

193 Orientador(a), possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010). Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Keywords: crime of embezzlement, retroactivity of the new rule, jurisprudence.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem com pretensão entender as mudanças advindas da lei nº 13.964/2019, introduzida pelo Pacote Anticrime, que modificou a ação penal pública incondicionada. Esta era promovida pelo Ministério Público para condicionada a representação do ofendido, salvo nas exceções expressas em lei (contra administração pública, direta ou indireta; contra criança ou adolescente; contra maior de 70 anos ou incapaz). Para tanto, o presente estudo trata-se de uma revisão bibliográfica integrativa, para elaboração desse artigo tornou-se fundamental a utilização de uma metodologia para guiar-nos no levantamento e estruturação do trabalho.

Qualificado no art. 171 do código penal o crime de estelionato, antes da introdução do § 5º, para a tipificação do ilícito, independia a vontade da vítima para se dar início a instauração do inquérito policial.

No entanto, com a entrada em vigor da nova norma para dar início a instauração do delito, é necessário que a vítima a represente, manifeste sua vontade em desfavor do criminoso para que assim responda pelos seus atos praticados.

Após a modificação da lei, especialistas e estudiosos do assunto passaram a discutir as novas mudanças, e com isso causando divergência entre seus posicionamentos, à vista disso, faz-se necessário estudos extensos sobre o assunto, a fim de trazer maiores esclarecimentos e entendimentos ao tema em tela.

Parte dos especialistas, concordam com a regra atual, entendem que com as mudanças o sistema criminal terá desafogamento significativo. Todavia, a outra parte, defende que a nova regra não é benéfica aos mais humildes, pois muitos deles não tem acesso ao poder judiciário, sendo assim, não poderá representar contra o infrator.

Outra discussão concerne ao princípio da retroatividade, se a nova regra alcançara os processos já que se encontravam em curso no momento em que a lei entrou em vigor, ao inquérito policial ou até o trânsito em julgado.

2 CARACTERIZAÇÕES DO CRIME DE ESTELIONATO

O crime de estelionato se caracteriza pelo ato de enganar alguém afim de obter vantagem ilícita para si ou para outrem. No entanto, esta ação não é nova em meio a nossa sociedade, é algo que acompanha a humanidade desde os primórdios, a própria bíblia no livro gênesis relata uma passagem do ato enganar: "E disse o Senhor Deus à Mulher: "Por que fizeste isto? "E disse a mulher: "A Serpente me enganou, e eu comi". Gênesis 3:13.

Em concordância, Rogério Greco preceitua que:

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. Veja seu exemplo citado pela Bíblia, que ocorreu entre Jacó e seu pai e Isaque. Como seu irmão Esaú tinha o direito de primogenitura, deveria receber a benção do seu pai, já que se encontrava abençoado em idade, prestes a morrer. Jacó, no entanto, induzido por sua mãe, almejando receber a bênção no lugar de seu irmão, aproveitando-se do fato de que seu pai já não mais enxergava, se fez passar por Esaú. Como Esaú tinha muitos pelos sobre o corpo, ao contrário de Jacó, este, a fim de enganar o pai, cobriu as mãos e a lisura do pescoço com pele de cabrito e foi em busca do seu propósito. A Bíblia nos conta que Isaque, depois de colocar as mãos sobre o corpo do filho, embora desconfiasse da voz, sentiu-se seguro por encontrar os pelos em seu corpo e, depois de beijá-lo abençoou-o" (GRECO, 2007, p. 240).

No Antigo Direito Romano, não havia a tipificação própria para o estelionato, na época chamado de *dolus malus*, o crime era punido de forma leve apesar de sua gravidade, consistia em um crime privado onde não acarretava pena e sim uma obrigação do autor com a vítima, ou seja, na maioria das vezes pagava uma quantia em dinheiro.

Já na Grécia, o crime de estelionato era punido com mais vigor, era concernente a fraude e considerado um crime extraordinário. Por conseguinte, na França em 1810 em seu artigo 405, tipificou como crime puníveis todas as condutas que por meio de fraude obtive-se vantagem patrimonial.

Cada lugar do planeta tinha suas próprias denominações e punições ao delito. Nas ordenações Filipinas, a qual obtinha uma grande influência portuguesa denominava o estelionato como "burla", o mais impressionante era que, nos casos em que o delito cometido superasse o valor de vinte mil-réis, esse era punido com morte.

No ano de 1890 o código penal republicano obteve maior importância na classificação do estelionato, o código dispôs de onze figuras incluindo a modalidade genérica: "[...] usar de artifício para surpreender a boa-fé de outrem, iludir a sua vigilância, ou ganhar-lhe a confiança; induzindo-o em erro ou engano por esses e outros meios astuciosos, procurar para si lucro ou proveito" (Bittencourt, 2009 p. 227-228).

2.1 O ESTELIONATO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A constituição de 1988 determinou em seu artigo 5º no rol de direitos fundamentais a proteção ao patrimônio, onde garante o direito à propriedade privada, com isso garantindo toda a proteção jurídica necessária para a defesa desse patrimônio, a redação dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII- é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Em consonância o art. 144, da Constituição Federal, dispõe sobre a segurança pública, o dever do estado, os direitos e responsabilidade de todos, tem por finalidade proteger a ordem pública, evitar o perigo ou risco coletivo, assim, garantindo o bem estar de todos.

Segue abaixo a redação do artigo 144 da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...]. (BRASIL, 1988).

Portanto, através da Constituição Federal, obteve-se as garantias fundamentais ao Brasileiro, estes direitos são preservados através da fiscalização e legislação, criando leis para inibir e coagir as condutas criminosas, que contraria o ordenamento onde este visa a manutenção das relações sociais e sua harmonia.

2.2 ESTELIONATO NO ATUAL CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O crime de estelionato está atualmente disciplinado no artigo 171 do código penal Brasileiro, tem por objetivo a proteção do patrimônio das pessoas em geral. Assim disciplina o referido artigo:

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. (BRASIL, 1940).

Para a caracterização do estelionato exige-se obrigatoriamente quatro requisitos: vantagem ilícita, consiste no prejuízo econômico sofrido pela vítima que corresponde à vantagem indevida obtida pelo agente para si ou para outrem, para Bitencourt (2022, p. 276):

[...] os crimes contra o patrimônio protegem a inviolabilidade patrimonial da sociedade em geral e da vítima em partícula, o que não se confunde com vantagem ilícita conseguida pelo agente. Por isso, não é a vantagem obtida que deve ter natureza econômica; o prejuízo sofrido pela vítima é que deve ter essa qualidade.

Causar prejuízo a outra pessoa: equivale na conduta de alguém que está revestida da vontade e da consciência de causar dano a outrem, dano patrimonial da vítima; uso de meio ardil: *é a conversa enganosa, astuciosa, mentirosa, para iludir a vítima*; fralde no sentido imaterial, que recai sobre uma motivação ilusória; enganar alguém ou leva-lo a erro, equivale em uma falsa percepção da realidade.

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p. 1173) nos ensinam que:

A conduta do estelionato consiste no emprego de meio fraudulento para conseguir vantagem econômica ilícita. A fraude pode consistir em artifício, que é a utilização de um aparato que modifica, aparentemente o aspecto material da coisa ou da situação etc., em ardil, que é a conversa enganosa, em astúcia, ou mesmo em simples mentira, ou qualquer outro meio para iludir a vítima, inclusive no inadimplemento contratual preconcebido, na emissão de cheques falsificados, furtados, dados em garantia de dívida etc. Para a caracterização do ilícito é necessário que o meio fraudulento seja a causa da entrega da coisa.

Para Nucci (2018), o crime de estelionato não passa de uma peça teatral, um crime artístico, segundo ele: "A única diferença de uma peça teatral bem produzida, que também conta uma história fictícia ou inspirada em fatos reais, é que o estelionato, ao final, não recebe aplausos, mas ganha uma vantagem ilícita em detrimento da vítima, que deixou iludir. (Nucci, 2018, p. 489)".

Todavia, no momento de analisar se todos os requisitos estão presentes, tem que ter cuidado com o nexos causal, é necessário além dos pressupostos, que haja relação de causalidade e efeito, Hungria e Noronha (1980, p. 209), assim dispõe, "[...] entre os momentos do estelionato deve existir uma sucessiva relação de causa e efeito". Assim o erro é "[...] ao mesmo tempo efeito e causa. Efeito do meio fraudulento e causa da vantagem ilícita." (Noronha, 1952, p. 141), em casos que o erro é posterior a vantagem não se configura estelionato, e sim apropriação indébita ou furto.

Alguns exemplos deste delito são, o mais velho e famoso, golpe do bilhete premiado, que acontece quando a vítima é abordada por um golpista, que se passa por uma pessoa humilde e diz que possui um bilhete premiado, o golpe do falso emprego, quando o agente vende um mesmo objeto para mais de uma pessoa, passa cheques sem fundo, vende produto falsificado ou com defeito, sem que o comprador tenha o devido conhecimento da imperfeição do produto.

Com o avanço espantoso da tecnologia, o estelionato passou para as plataformas digitais, estando presente em casos de sites falsos, e-mails fraudulentos, correntes de WhatsApp e captura de dados disponíveis em redes sociais, o golpe mais frequente hoje, acontece da seguinte forma: uma suposta adolescente entra em contato com a vítima via facebook, após algumas conversas e trocas de fotos, alguém do sexo masculino liga para a vítima se passando por pai da adolescente dizendo que vai colocá-lo na cadeia, após algumas conversas pede uma quantia em dinheiro para não denuncia-lo.

Vale ressaltar, que com a decorrência da pandemia o estelionato obteve um aumento significativo no meio virtual, criminosos se aproveitaram da fragilidade da sociedade para elevar absurdamente o aumento do ilícito.

Bem jurídico protegido é o patrimônio, aquele que sofre prejuízo com artifícios fraudulentos do agente. O objeto material compreende-se na pessoa enganada pelo estelionatário e, a coisa ilícita obtida pelo agente. Núcleo do tipo, "Obter", o objetivo direto a vantagem ilícita.

Qualquer pessoa poderá ser o sujeito ativo do delito, se caracteriza em receber a vantagem ilícita, no caso de liame subjetivo, o coparticipante será condenado por estelionato, caso contrário respondera por receptação. Da mesma forma, o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa, sendo física ou jurídica, mas será necessário à sua determinação, enganada ou o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado.

O § 1º, art. 171 do Código Penal, estabelece a forma privilegiada do estelionato, nos casos em que o criminoso seja réu primário e o prejuízo seja de pequeno valor, o Juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminui-la de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), ou mesmo aplicar somente a pena de multa.

Já o § 2º, dispõe que implicará nas mesmas penas quem vier a dispor de coisa alheia como própria, realizar alienação ou oneração de coisa própria, defraudar penhor, realizar fraude na entrega de coisa, realizar fraude para o recebimento de indenização ou valor de seguro, ou realizar fraude no pagamento por meio de cheque.

No § 3º, é previsto as causas de aumento da pena, caso o estelionato seja praticado em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, a pena será crescida de 1/3 (um terço).

A majorante da pena do crime em tela, está disciplinado no § 4º do aludido artigo, estabeleceu-se está como sendo causa de aplicação da pena em dobro, tendo em vista a situação de vulnerabilidade que os idosos possuem perante a inovação das artimanhas utilizadas pelos agentes, a majorante praticado contra idoso é objetiva, sendo suficiente que a vítima tenha idade que a classifique como idosa na data em que ocorreu o delito.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINARIA

Segundo Rogerio Greco (2010), trata-se de um crime comum tanto com relação o sujeito ativo como o sujeito passivo, forma doloso, material, comissivo e omissivo, pode ser cometido de forma livre, é instantâneo, de dano, monossubjetivo, plurissubsistente, transeunte ou não transeunte, dependendo da forma como o delito é praticado.

Quanto a consumação, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o crime de estelionato se consuma no momento em que bens ou valores entram na esfera de disponibilidade do autor do delito. A vista disso, o crime é material, consumando-se assim que o agente obtiver a vantagem econômica ilícita indevida.

No que se refere a forma culposa, Fernando Capez (2012, p. 581) dispõe que:

É admissível. Há tentativa se o agente não logra obter a vantagem indevida por circunstâncias alheias à sua vontade, por exemplo, indivíduo que, simulando ser um técnico em informática, vai à residência da vítima e, a pretexto de consertar o computador, afirma que terá de levá-lo consigo, porém, no momento em que dele se apodera, é surpreendido pelo verdadeiro profissional. Na hipótese, o agente não chegou a obter a vantagem ilícita em prejuízo do sujeito passivo. Tentativa, portanto.

Portanto, a tentativa é definida quando o agente por motivo próprio ou alheio não consegue enganar a vítima e receber a vantagem ilícita pretendida, assim sendo, o simples emprego de artifícios ou artil caracterizara em atos preparatórios para acometimento do crime, mas, a posições divergentes quanto a tentativa. No que tange a ação penal, esta é condicionada a representação da vítima.

3 AS ALTERAÇÕES NO CRIME DE ESTELIONATO OPERADAS PELA LEI Nº 13.964/2019 DO PACOTE ANTICRIME.

Alei 13.964/19 conhecida como pacote anticrime, alterou consideravelmente a natureza da ação penal do crime de estelionato, art. 171 do Código Penal, introduzindo o § 5º, determinando que o processo se procedera mediante representação do ofendido para que se inicie a persecução penal, na redação anterior a ação penal era publica incondicionada a representação da vítima.

Antes da redação introduzida no crime de estelionato, se um indivíduo sofresse o delito, mesmo que a vítima não se manifestasse junto ao estado, a persecução penal no sentido de representar contra o criminoso, o estado tomando conhecimento poderia promover a ação penal independente da vontade da vítima, ainda que o ofendido recusasse a punir o agente, o ministério público, tendo acesso à informação que legitimasse o início da persecução penal, poderia iniciar sem nenhum problema.

Porém, a nova escrita dispõe de algumas exceções, nos casos em que a vítima for, Administração Pública direta ou indireta, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz, nesses casos a representação permanece incondicionada a representação. Dessa forma, dispõe que:

§ 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. (BRASIL, 2019).

A incapacidade em que trata o inciso IV, poderá ser absoluta ou transitória, já que o legislador não fixou, por uma interpretação literal poderá ser qualquer capacidade desde que prejudique o discernimento do ofendido, claro que comprovado mediante perícia ou outro meio que ateste a incapacidade da vítima ao representar.

Nessas situações, entendeu o legislador que a qualidade da vítima exige maior proteção legal, não podendo ela optar pela propositura, ou não, da ação penal, que continuará a ser obrigatória, desde que presentes os elementos necessários para sua deflagração.

Conforme dispõe o artigo 38 do código de processo penal, prazo decadencial para a representação é de 6 (seis) meses, contada a partir do momento em que ofendido tomar conhecimento do autor dos fatos.

O novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como critério de procedibilidade também apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo possível de retroatividade por se tratar de lei mais benéfica ao réu, posição com divergência entre os Superiores Tribunais, assunto que será abordado mais a diante.

Para parte dos especialistas no assunto, a introdução do § 5º, pode gerar uma maior inobservância aos autores do delito, podendo ser mais prejudicial aos mais humildes, que poderão ter dificuldade de acesso ao judiciário e conseqüentemente deixando de lado a sua vontade de representar contra o estelionatário. Para os que defendem o desafogamento nos processos judiciais, certamente estão corretos, pois, grande parte dos agentes dessa infração ficaram sem punição, dando assim, motivação ao delinquente a praticá-lo sem medo já que a grande possibilidade de impunibilidade.

Criminalista Ângelo Carbone (2020), cita a fraude com cartão de crédito como exemplo.

Esse crime é enquadrado como estelionato. Como uma pessoa que leva um golpe de estelionato tem estrutura de fazer um procedimento criminal. Ele vai ter que contratar um advogado para ele abrir um inquérito. Acredito que o Estado está renunciando a uma obrigação. O estelionatário é um criminoso que muitas vezes escolhe as pessoas mais simples. Isso que muitas vezes o valor é baixo e o custo do advogado e da ação supera o do golpe. Isso não é justo. Essa lei não está bem estruturada e prejudica os mais humildes.

Para o doutrinador, professor e Promotor de Justiça André Estefan (2020, p. 605): “[...] mudanças atinentes à natureza da ação penal têm caráter híbrido ou misto, vale dizer, possuem caráter processual (pois relativas a condições da ação) e penal (uma vez que interferem na quantidade de causas extintivas da punibilidade aplicáveis)”.

O promotor de Justiça de Minas Gerais André Luís Melo (2020), delibera que, a alteração prejudica o combate ao estelionato, pois, esse crime tem grande dificuldade de se provar. “No cotidiano há mais golpes, estelionatos, porém há mais processos por furtos por serem mais fáceis

de serem provados”, afirma. 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”.

Notoriamente, para o agente a referida infração se torna mais viável, já que poderá cometer o crime e terá poucas chances de punição, pois além da dificuldade de representação, tem prazo de 6 (seis) meses para a representação, decorrido o tal prazo não a mais direito de representar, e o procedimento será arquivado.

Renato Brasileiro de Lima (2020), destaca que:

[...] ao transformar o delito de estelionato em crime de ação penal publica condicionada a representação, pelo menos em regra, o Pacote Anticrime assume nítida natureza penal, já que cria, em favor do acusado, nova causa extintiva da punibilidade: decadência, pelo não exercício do direito da representação no prazo legal de 06 (seis) meses.

Para o criminalista Welington Arruda (2020), 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?

Portanto, o ministério público só poderá oferecer a denúncia se o ofendido requer apuração dos fatos, ou nos casos em que o delito cometido for contra algumas das exceções, destacadas no dispositivo.

O criminalista Ângelo Carbone (2020), ainda argumenta que a medida poderá trazer problemas para a vítima que for representar em desfavor do criminoso. “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”.

Como se observa, além da dificuldade da representação, o ofendido ainda tem que lidar com a possibilidade de não conseguir juntar provas necessárias a comprovação do ilícito, e com isso poderá responder criminalmente por falsa acusação de crime e cumulada com indenização, com isso, a vítima pensará muito, pois, como já visto, o estelionato é um delito que tem grade dificuldade de se comprovar.

Ocorre que com a sanção da lei anticrime, que está em vigor atualmente, para se ter a possibilidade de sucesso no processo contra o golpista, a vítima terá que contratar um advogado e tentar provar a veracidade dos fatos por ela alegados. As dificuldades que o ofendido tem em se pedir uma instauração do criminal, acaba lhe desencorajando de ir em frete.

No entanto, o Ministério Público permanece sendo o órgão responsável por promover a ação penal, porém, nos casos que exige a representação do ofendido, para que possa exercer a função acusatória, necessita que a vítima ou seu representante legal manifeste interesse na persecução penal contra o autor do crime.

Ou seja, no estelionato a representação passa a ser condição específica de procedibilidade e sua ausência inviabilizará o início da ação penal por parte do Ministério Público, conforme prevê o artigo 24 do Código de Processo Penal. Que assim dispõe:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. (BRASIL, 1940).

Isto posto, entende-se, para que se dê início a persecução penal, é exigido a representação do ofendido, no prazo em que determina o ordenamento jurídico, pois sua inercia levará a decadência do crime e conseqüentemente na impunibilidade do agente infrator.

Os prazos são contados do dia em que o ofendido tomou conhecimento da autoria dos fatos e quem os praticou ou, no caso de ação penal privada subsidiária da pública, do dia em que se esgota o prazo para o oferecimento da denúncia. A nova redação não indicou prazo para o oferecimento de representação para a hipótese retratada, visto que apenas alterou a natureza da ação penal para pública condicionada à representação, com exceção dos casos expressamente mencionados.

Tendo em vista, a ausência de norma expressa, pode, subsidiariamente, ser aplicada a regra prevista no artigo 103 do Código Penal, que prevê o prazo de seis meses para o oferecimento da representação.

Diante do exposto, a nova condição de procedibilidade do procedimento criminal deixa algumas divergências no que concerne a retroatividade da nova lei penal.

4 RETROATIVIDADE DA LEI N° 1.964/2019

4.1 OS EFEITOS DA NORMA PENAL NO TEMPO

No que referisse a retroatividade da lei penal, em regra, aplica-se a lei vigente ao tempo da prática do fato criminoso, o art. 2º da lei processual penal determina que se aplica desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior, isso significa que se no curso de um determinado processo sobrevier uma lei nova, esta deverá ser aplicada no próximo ato processual.

Nesse sentido, Vitor Eduardo Rois Gonsalves (2021, P. 206), explica que:

As normas de caráter processual penal têm aplicação imediata, nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal. Assim, não é necessária a

representação em relação a ações penais que já estejam em curso (denúncia já recebida). A representação, contudo, será necessária em relação a estelionatos que ainda estejam em fase de investigação (inquérito policial).

Já a Constituição Federal em seu art. 5º, XL, dispõe que a lei nova em regra não poderá retroagir, salvo se mais benéfica ao réu, Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (2008, p. 125) esclarecem que, “[...] qualquer que seja o aspecto disciplinado do Direito penal incriminador (que cuida do âmbito do proibido e do castigo), sendo a lei nova prejudicial ao agente, não pode haver retroatividade.”.

Outro ponto importante, que vale nossa atenção, são os casos em que tiver havido a prescrição, a lei nova não retroagira, pois o estado perdeu o interesse de punir o agente infrator, esta é uma das hipóteses de extinção da punibilidade.

4.2 RETROATIVIDADE DA LEI PENAL FRENTE AO CRIME DE ESTELIONATO

Desde as alterações trazidos pelo Pacote Anticrime no art. 171, § 5º do Código Penal, que se vem discutindo sobre retroatividade ou não da lei nº 13.964/2019. À natureza jurídica da ação penal no delito de estelionato, a qual era pública incondicionada e, atualmente, passou a exigir a representação da vítima, como condição de procedibilidade, tornando-se, assim, ação pública condicionada à representação do ofendido.

O questionamento no momento é, em até que ponto a nova lei, a qual exige representação da vítima, poderá retroagir. O Superior Tribunal de Justiça (STF), estabelece que a lei penal nova é mista e tem caráter penal, mas, que deve retroagir apenas nos casos cujo a denúncia não tenha sido oferecida antes da mudança, caso oferecida antes das alterações não a que se falar em retroatividade, portanto, o processo seguirá seu curso normalmente.

Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade” (STJ, HC 573.093/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 9-6-2020, *DJe* 18-6-2020).

As condições de procedibilidade, entendida como condição de admissibilidade do processo penal ou, pressupostos processuais, não se confundem a as condições de prosseguibilidade. A

condição de procedibilidade submete a relação processual à existência ou validade. A condição de procedibilidade é uma condição necessária para o início do processo, nesses casos, o processo ainda não obteve seu início. No entanto, na condição de prosseguibilidade o processo já está em andamento, é necessário a implementação de uma condição para que o processo possa perseguir seu curso normal.

Em tese, observando o caráter penal da lei, e verificando a sua retroatividade, esta deveria retroagir até mesmo para casos em que se tenha uma sentença em trânsito em julgado, determinação regulamentada pelo artigo 2º, parágrafo único do Código Penal o qual se interliga com o inciso XL, art. 5º da Constituição Federal, pois trata-se de uma *novatio legis in melius*.

No âmbito federal, a Primeira e Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, divergem no que se refere a retroatividade, a Primeira turma, afirma se tratar de lei penal mista, mas em suas decisões dão a ela um caráter processual, pois decidem que a lei retroagira apenas nos casos cujo a denúncia ainda não tenha sido oferecida, caso oferecida antes da mudança não retroagira.

Direito penal e processual penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Estelionato. Ação penal pública condicionada. Lei 13.964/2019. Denúncia oferecida. Irretroatividade. Precedentes específicos. 1. A Lei nº 13.964/2019 tornou pública, condicionada à representação da vítima, a ação penal pelo crime de estelionato (art. 171 do CP). 2. No julgamento do HC 187.341, Rel. Min. Alexandre de Moraes, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por votação unânime, considerando a natureza mista da norma descrita no § 5º do art. 171 do Código Penal, decidiu que a sua aplicação retroativa será obrigatória “em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal”. Precedentes. 3. Situação concreta em que a recorrente, por fatos ocorridos em 2013, foi formalmente denunciada pelo delito de estelionato, por 13 vezes, em concurso de pessoas, havendo sido recebida a denúncia em 26.08.2014. Hipótese, portanto, em que não é possível falar em retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal, na linha da orientação jurisprudencial fixada pela Primeira Turma do STF. 4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (STF - RHC: 208320 SP 0153430-80.2021.3.00.0000, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 29/11/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 10/02/2022).

Isto posto, a norma retroage até o oferecimento da denúncia, independentemente do momento da prática da infração penal, pois, nessa posição, se leva em consideração o ato processual referente à modificação da norma, que é o oferecimento da denúncia, o exercício do direito de ação penal que passou a depender da representação da vítima.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal decide que, a retroatividade da nova norma vai até o trânsito em julgado, nos casos em que a denúncia já tenha sido oferecida, é necessário intimar a vítima para que a mesma represente.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA SEGUNDA TURMA QUE ORIENTA A MATÉRIA SOB EXAME. ESTELIONATO. LEI 13.964/2019. ART. 171, § 5º, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. I - A decisão ora atacada não merece reforma ou qualquer correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Segunda Turma que orienta a matéria em questão. II - A inovação trazida pela Lei 13.964/2019, que alterou a natureza da ação penal para pública condicionada à representação, "[...] é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado" (ARE 1.249.156/SP-AgR-ED, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, STF). III - Agravo a que se nega provimento.

No que tange a retroatividade, já que não houve posicionamento por parte do legislador quanto ao tema em comento, entende-se ser correto aplicar por analogia, o art. 91 da lei nº 9.099/1995, onde o próprio decidiu que "[...] nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência" (BRASIL, 1995), posiciona-se Rogério Sanches Cunha, no sentido de que:

[...] tendo em vista que a necessidade de representação traz consigo institutos extintivos de punibilidade, a regra do § 5º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temo que diferenciar duas hipóteses: a) 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) b) 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 novel lei. (CUNHA, 2020, p. 413).

Todavia, após a nova redação, fica compreensível a criação de mais uma forma de extinção da punibilidade que antes não existia para o crime de estelionato, observa-se que o delito antes não era alcançado pela decadência, mas agora é, pois a vítima tem o prazo de 6 (seis) meses para se manifestar contra o criminoso, caso não o faça perdera o direito de representar.

Contudo, os processos que decorrem sobre a retroatividade ou não da lei nº 13.964/2019, por se tratar de um procedimento recente, com muita discussão e divergência, o Superiores

Tribunais ainda não se posicionaram definitivamente a respeito dos casos, vários dos processos encontram-se suspensos devido ao rito dos recursos repetitivos, a fim de uniformizar o entendimento a respeito da controvérsia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, o referido artigo teve como objetivo realizar estudo quanto o crime de estelionato, o qual é praticado contra o patrimônio de alguém, usando do meio fraudulento para manter a pessoa em erro, afim de obter vantagem ilícita para si ou para outrem, observa-se, além do mais, não é um crime cometido com violência ou qualquer tipo de coação, faz isso pelo meio da fraude e engano. Além disso, é um crime doloso.

As alterações advindas do Pacote Anticrime lei nº 13.964/19, a qual determinou que a ação penal pública passa a ser condicionada a representação da vítima, para que seja iniciado o procedimento criminal, todavia, o crime continua incondicionado em casos previsto em lei.

A retroatividade da nova norma para atingir processos anteriores a vigência da lei nº 13.964/2019, contudo, este é conteúdo ainda em discussão entre os especialistas do assunto, divergências entre STJ e STF. O que se define, é que a nova lei não retroagira, salvo para beneficiar o réu, art. 5º, inciso XL, da CF/88, o qual alcança todos os processos até o trânsito em julgado da sentença condenatória, em respeito a coisa julgada.

REFERENCIAS

ARRUDA, Welington. "**Lei Anticrime" Torna Estelionato Crime de Ação Condicionada e Divide Opiniões**. Consultor jurídico. Brasília, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, 02 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/lei-anticrime-torna-estelionato-crime-acao-condicionada>. Acesso em: 03 out. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. **Saraiva Educação S.A**, São Paulo, v. 1, n. 550, p. 227-228, 6 out. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. **SaraivaJur**, bela vista/SP, v. 3, p. 552 p. 276, nov. 2022.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal vl. 2. Ed. 15**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito penal**. vol. 3, parte especial _: dos crimes contra ao sexual e dos crimes contra administração pública. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, p. 581, 2012.

CARBONE, Ângelo. **"Lei Anticrime" Torna Estelionato Crime de Ação Condicionada e Divide Opiniões**. Consultor jurídico. Brasília, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, 02 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/lei-anticrime-torna-estelionato-crime-acao-condicionada>. Acesso em: 03 out. 2022

CUNHA, Rogério Sanches – Manual de Direito Penal: parte especial 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413.

DANTAS, Ribeiro. Superior tribunal de justiça. **Exigência de Representação no Crime de Estelionato Não Retroage A Ações Iniciadas Antes do Pacote Anticrime**, São Paulo, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/13042021-Exigencia-de-representacao-no-crime-de-estelionato-nao-retroage-a-aco-es-iniciadas-antes-do-Pacote-Anticrime.aspx>. Acesso em: 18 set. 2022

ESTEFAM, André. Direito Penal: Parte Geral: vol. 2, 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 605.

GRECO, Rogerio. Parte especial. **Curso de Direito Penal**, Barueri/SP, v. 19, n. 933, p. 694-694, abr. 2022.

GONCALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo; LENZA, Pedro. **Direito Processual Penal Esquematizado**, São Paulo, v. 10, n. 856, p. 206-206, 20 jan. 2021.

HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código, p. 209, Rio De Janeiro: Forense, 1980.

Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini *Código Penal interpretado. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1173.*

LIMA, Renato Brasileiro de. **"Lei Anticrime" Torna Estelionato Crime de Ação Condicionada e Divide Opiniões**. Consultor jurídico. Brasília, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, 02 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/lei-anticrime-torna-estelionato-crime-acao-condicionada>. Acesso em: 03 out. 2022

MELO, André Luis. **"Lei Anticrime" Torna Estelionato Crime de Ação Condicionada e Divide Opiniões**. Consultor jurídico. Brasília, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, 02 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/lei-anticrime-torna-estelionato-crime-acao-condicionada>. Acesso em: 03 out. 2022

NABUCO FILHO, Jose. Direito Penal Parte Especial. **Estelionato**, 2016. Disponível em: <http://josenabucofilho.com.br/home/direito-penal/parte-especial/estelionato/>. Acesso em: 01 out. 2022.

NORONHA, E. Magalhães. Induzimento a erro essencial, ocultação e conhecimento prévio de impedimento. Saraiva. São Paulo: **Saraiva do Direito**, p. 141 vol. 44. 1952.

NUCCI de Souza, Guilherme, **Curso de Direito Penal, vol. 2.** São Paulo: Forense, p. 489, 2018.

OMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**, São Paulo, v. 1, n. 320, p. 125-125, dez. 2008.

PASSOS, John Wesley Santos Silva. Direito net. **Exigência Ou Não de Representação no Estelionato**, Distrito Federal, 25 dez.

2021. <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12317/Exigencia-ou-nao-derepresentacaonoestelionato#:~:text=Desde%20a%20publica%C3%A7%C3%A3o%2da%20lei,ca put%20o%20crime%20de%20estelionato>. Acesso em: 18 set. 2022.

SOARES NETO, Carlos Pires. 1º turma criminal. **Com o Advento da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o Crime de Estelionato Passa a Ser Processado, em Regra, Mediante Ação Penal Pública Condicionada a Representação?** Distrito Federal, 25 jun. 2020. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/denuncia/com-o-advento-da-lei-13-964-2019-pacote-anticrime-o-crime-de-estelionato-passa-a-ser-processado-em-regra-mediante-acao-penal-publica-condicionada-a-representacao>. Acesso em: 24 set. 2022.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DE LEIS ESPECÍFICAS

CLAUDIANE SOUTO DA SILVA:

Acadêmica do Curso de Direito da
Faculdade Serra do Carmo – FASEC.

LÍVIA HELENA TONELLA¹⁹⁴

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho discute a possibilidade de criação de leis específicas que tutelem as mulheres na gestação e no parto, pois no caso de serem vítimas de violência obstétrica. O objetivo é investigar a relevância da elaboração de lei específica que regulamente a proteção à mulher na gestação e no parto contra possíveis violências praticadas por profissionais de saúde. Utiliza-se o método de pesquisa bibliográfica e documental, com o intento de traçar conhecimentos teóricos e técnicos bem fundamentados para solucionar o problema. Assim, os profissionais de saúde devem fornecer segurança, com respeito a autonomia da mulher sobre o próprio corpo, entretanto, a legislação atual é insuficiente para inibição da violência obstétrica, sendo fundamental a edição de legislação específica para punição, informação e prevenção de novos casos.

Palavras-chave: Gestante; Leis Específicas; Mulher; Profissional de Saúde; Violência Obstétrica.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O QUE É A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: DEFINIÇÃO JURÍDICA E BREVE CONTEXTO HISTÓRICO. 3 TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E APLICAÇÃO AO CASO SHANTAL VERDELHO. 3.1 CASO DA INFLUENCIADORA DIGITAL SHANTAL E NORMAS DE PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. 4 ATUAL RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A violência obstétrica incide sobre o sofrimento da mulher grávida durante o parto, envolvendo agressões físicas e psicológicas por parte de profissionais de saúde. É prática que se remonta ao crescimento das civilizações com o decorrer dos anos, especialmente após a eminente procura de hospitais e maternidades pelas gestantes, extinguindo os partos realizados em casa.

Embora seja uma situação cada vez mais recorrente, o assunto é pouco discutido, de modo que algumas vítimas, e até mesmo a sociedade, desconhecem algumas ações caracterizadas como violência obstétrica. Isso é resultado da carência de legislação específica envolvendo a violência obstétrica no ordenamento brasileiro.

¹⁹⁴ Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pelo PEA-Nupelia/UEM. Mestre em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pelo PEA-Nupelia/UEM. Bacharel em Direito e Biologia pela Universidade de Estadual de Maringá. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

Como isso, tem-se por objetivo geral, investigar a relevância da elaboração de lei específica que regulamente a proteção à mulher na gestação e no parto contra possíveis violências praticadas por profissionais de saúde. Além disso, permitindo uma maior delimitação do tema, delimita-se objetivos específicos, quais sejam: conceituar por meio de pesquisa bibliográfica a violência obstétrica e os tipos de violência obstétrica; contextualizar a proteção normativa do ordenamento pátrio a mulher e por fim, analisar a importância da criação de leis voltadas para inibição da violência obstétrica.

A justificativa para elaboração do trabalho, se demonstra mediante o aumento de casos envolvendo a violência obstétrica nos hospitais brasileiros (particulares e públicos), a maioria das gestantes são vítimas de maus-tratos e sofrem com tratamento inadequado por parte de enfermeiros e médicos. Ademais, a abordagem do tema é relevante no processo de conscientização das mulheres a respeito do assunto, para que as mesmas tenham conhecimento sobre seus direitos no momento da gravidez e do parto. Tendo em vista que algumas vítimas desconhecem, em diversas situações, essa forma de violência.

A problemática da pesquisa corresponde a indagação da importância da criação de legislação específica que resguardem a mulher durante a gestação e o momento do parto e pós-parto, pois a violência contra a mulher durante o parto, pré-natal e puerpério, seja em sua forma física, psicológica ou sexual, é considerada um sério problema de saúde.

Visando chegar às conclusões, o trabalho utiliza o método de pesquisa bibliográfica e documental, partindo de um problema com o intento de traçar conhecimentos teóricos e técnicos bem fundamentados, capazes de serem usados por quem têm a competência necessária para fazê-lo e efetivamente solucionar o problema.

Por ter cunho descritivo, o uso de doutrinas, artigos científicos, estatísticas e jurisprudências são essenciais para se pormenorizar o problema e construir uma análise qualitativa do fato. Sendo assim, o presente trabalho aborda as poucas leis que protegem, de certa forma a parturiente, demonstrando que apesar dessas mulheres terem seus direitos, a legislação atual não garante essas tratativas, especialmente em relação a violência obstétrica.

É certo que a violência contra a mulher é premissa que se desdobra na sociedade, desde o surgimento dos tempos mais remotos. Embora a incidência de casos envolvendo a violência obstétrica, o ordenamento carece de legislação específica. Para tanto, a linha de pesquisa do presente trabalho discute a possibilidade de criação de leis específicas que tutelem as mulheres na gestação e no parto, pois no caso de serem vítimas de violência, possam ser amparadas legalmente e os infratores devidamente punidos.

Dessa forma, a abordagem do assunto em foco será dividida em seções. No primeiro tópico trata-se da definição e contexto histórico da violência obstétrica, tendo em conta a inexistência de legislação que a defina. Na segunda seção é discutida a aplicação dos tipos de violência obstétrica ao caso da influenciadora Shantal Verdelho. Por fim, é explanado a responsabilidade dos profissionais de saúde na violência obstétrica frente ao ordenamento brasileiro.

2 O QUE É A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: DEFINIÇÃO JURÍDICA E BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Neste capítulo serão abordados os aspectos gerais acerca da violência obstétrica, isso inclui a sua evolução histórica e o conceito em sentido geral na interpretação de autores do ramo da Saúde e do Direito.

Cumprido ressaltar que o nascimento de uma pessoa pode ocorrer de diversas formas, ou seja, existem várias modalidades de partos. Contudo, essa informação é desconhecida por muitas pessoas, que acreditam que só há o parto normal e a cesariana (que se institucionalizou tanto pelo Brasil, que as pessoas acham que é uma forma natural de o bebê nascer). Dentre as espécies mais comuns de partos, há o parto normal que também é chamado de parto vaginal, humanizado nesse tipo, a mulher tem suas escolhas respeitadas, o parto domiciliar, o parto em casas de partos, o parto de cócoras, o parto na água, a cesárea humanizada, entre outros (BALZANO, 2019).

Feitas essas considerações iniciais sobre o parto. Tem-se que no âmbito internacional o conceito de violência obstétrica é compreendido como a atitude intervencionista ou ativa praticada em detrimento de uma gestante ou ao seu bebê, o ato é realizado por profissionais de saúde, sem o consentimento da mulher grávida, com isso, desrespeitando suas vontades em relação ao parto, ao violar a integridade física e psicológica da mulher grávida (SILVA; MEDEIROS; BRUNO, 2019 apud ADAMI; GUIMARÃES, 2021).

É certo que o termo violência obstétrica advém do latim *violentia*, e significa o ato de violar outrem com o emprego de tortura, danos físicos e psíquicos, humilhações, ofensas, xingamentos, ameaças, podendo levar até a morte da gestante ou do bebê. Dessa forma, essa prática expressa atos contrários à liberdade e a vontade da mulher grávida, residindo em lesão à moral e ética, sem mencionar os danos físicos e psíquicos (MODENA, 2016).

Acerca do contexto histórico, tem-se que ao longo dos anos ocorreram mudanças significativas nos parâmetros de amparo ao parto e ao nascimento, houve um crescimento na procura de hospitais e maternidades pelas gestantes, a partir do Século XX, as mulheres começaram a ter a necessidade de serem mais assistidas, deixando de lado o parto realizado em casa pelas parteiras (VASCONCELLOS, 2022). No entanto, a violência obstétrica não é um assunto atual, embora pareça, a primeira abordagem sobre a violência obstétrica, ocorreu em meados de 1950 no Estados Unidos, após uma matéria publicada no Ladies Homes Jornal, com o título após a devida tradução de "crueldade nas maternidades", relatando experiências sofridas por diversas mulheres daquela época (ADAMI; GUIMARÃES, 2021).

No decorrer do tempo, a violação aos direitos das mulheres na cena do parto se manteve, contudo, o tema fora esquecido pela mídia e pela comunidade acadêmica. Somente após a década de 1990 a prática da violência obstétrica, os maus tratos rotineiros sofridos na assistência ao parto voltaram a ter impacto (BALZANO, 2019). No Brasil, fundou-se a Rede pela Humanização do Parto e Nascimento fundada em Brasília na década de 1990, sendo a demanda central dessa instituição a valorização da fisiologia do nascimento e o uso de intervenções desnecessárias durante o parto (BALZANO, 2019).

Embora a gravidez e o parto sejam fenômenos universais, as escolhas em torno do parto são particulares de cada cultura e seguem as particularidades para cada mulher. As transformações históricas nas últimas décadas, conduzem-nos à mulher do século XXI, que não envolve somente sua identidade como mãe, pois, a maternidade tornou-se escolha e não destino (BIO, 2015).

É explícito que, a mulher desde os primórdios sofre com as dores do parto, e também com a carga posta sobre ela, em suportar a maternidade e suas particularidades, podendo sofrer com violências durante o processo (VASCONCELLOS, 2022).

No entanto, o assunto violência obstétrica ainda é pouco debatido, de modo que a população desconhece seu conceito, podendo alguém que já tenha sido vítima, não ter o conhecimento sobre o fato. Como um exemplo muito vivenciado na violência obstétrica, é a prática da episiotomia, que ocorre quanto a paciente é submetida a um procedimento médico em que há o corte entre a vagina e o ânus da mulher, no momento da expulsão do bebê, nas maiorias dos hospitais essa técnica é utilizada como padrão, em outros casos a gestante é impedida de escolher o local e a forma do parto, sendo submetida a uma cesárea (SPACOV; SILVA, 2019).

O corpo feminino e o parto devem ser considerados sobre dimensões humanísticas, ou seja, pautadas em diretrizes de humanização a gestante, entendidos como exclusividade da mulher, pois a humanização obstétrica perpetuada também pela Organização Mundial da Saúde, reconhece o excesso de intervenções, incluindo-se as cesáreas, e preconiza que todas as ações propostas para a mulher gestante que esteja em trabalho de parto sejam consideradas sobre uma relação de risco-benefício. Esse movimento resgata a capacidade da mulher de ser agente ativo do próprio processo de parturição (BIO, 2015).

Em dados colhidos nas maternidades públicas do Estado do Tocantins, com participantes que tiveram seus partos entre os anos de 2010 a 2013, aponta-se que algumas de mulheres tem pouca percepção sobre a violência obstétrica, embora evidenciem a ocorrência de negligência, violência física, verbal e psicológica no decurso do parto, dentre as cinquenta e seis entrevistadas, quatro sofreram violência e identificam a agressão, seis sofreram também a violência, mas não conseguiram identificar) (GUIMARÃES *et al.*, 2017).

Para reduzir os partos cesáreos, a humanização é utilizada como ferramenta no parto, que se dá por meio de práticas voltadas à parturiente, “as medidas aplicadas para essa humanização é o direito que se dá a parturiente de escolher o seu acompanhante, a possibilidade da escolha da via do parto, o local, a posição em que ocorrerá, a realização de massagens, entre outros” (HORA, 2021). As práticas de humanização no parto respeitam a mulher como pessoa, em um momento único de sua vida, ao qual a mesma necessita de atenção e cuidados, o respeito deve ser estendido a família da gestante e ao bebê que possui total direito (garantido na Constituição Federal de 1988, que estabelece a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental) a um nascimento sadio e repleto de harmonia (OLIVEIRA, 2015).

As práticas humanísticas devem ocorrer tanto no parto normal como na operação cesariana, a equipe de assistência ao parto, deve prestar auxílio a mulher, levando sempre em consideração a saúde da mãe e do bebê, mas o importante é que a mulher seja alertada sobre os riscos envolvidos em cada espécie de parto (OLIVEIRA, 2015).

Logo, essa humanização deverá ter início com o pré-natal e se estender até o momento pós-parto, por meio da atuação conjunta entre profissionais de saúde (que exprimem os chamados pilares da humanização), sendo as práticas aliadas a autonomia da mulher (ORTEGA; PROVENZI, 2021).

Vale ressaltar que a violência obstétrica não se limita ao âmbito cirúrgico, se estendendo por qualquer lugar que a gestante venha a ser atendida, pode ser cometida por qualquer pessoa, embora as práticas mais comuns seriam dos profissionais de saúde, isso a torna complexa, sendo camuflada e velada no caso concreto (RODRIGUES; DUARTE, 2019 apud VASCONCELLOS, 2022).

Embora no momento do parto, possa ser normal o fato da mulher sentir dores, essa situação pode ser agravada pelas condutas de quem pratica o ato (MODENA, 2016).

Atualmente, o Brasil vem ganhando notoriedade os casos de violência obstétrica, como se tratará nos próximos capítulos, os reflexos sobre os índices de mortalidade materna e neonatal, são alarmantes (LANSKY et al., 2019).

Em maio de 2022, o governo federal lançou uma nova reformulação da caderneta da gestante, autorizando os médicos a realizar manobras durante o parto que podem acarretar lesões a mulher e o bebê, sendo algumas destas, caracterizadas como violência obstétrica como fazer manobras de esmagamento, empurrar a criança e de episiotomia (corte na vulva para facilitar o parto, sendo uma prática abolida e contraindicada pela Organização Mundial da Saúde), além da permissão de cesarianas sem justificativa plausível (BRASIL, 2022).

Em nota de repúdio, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), aduz que a nova cartilha da gestante e instrumento de orientações pré-natal e funciona com preparação para o parto e o pós-parto, o repasse de informações de práticas não cientificamente comprovadas, retira a possibilidade de escolha da gestante, sem contar o custo desnecessário de substituir uma documentação ainda nova (ABRASCO, 2022).

Para tanto, é importante que organizações da sociedade civil em conjunto com movimentos, associações científicas reivindicam uma posição por parte do Estado em relação às alterações na caderneta da gestante que estão em desencontro com os direitos das mulheres (ABRASCO, 2022).

Ante ao exposto, às consequências da violência obstétrica são preocupantes, é importante mencionar que a referida violência, muitas vezes, pode ser o marco final da vida puerpéra, já que uma vez praticado, pode ensejar em mortalidade materna e infantil (DIONISIO; BARBOSA, 2020).

Verifica-se que a violência obstétrica, é uma prática remota ao desenvolvimento da civilização, e além de oportunizar que a mulher sofra várias intervenções durante o parto, dentro das unidades hospitalares, inclui também agressões físicas e psicológicas praticadas por qualquer pessoa contra a mulher grávida.

3 TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E APLICAÇÃO AO CASO SHANTAL VERDELHO

As formas de violência obstétrica, vão desde o pré-natal, incidem durante o parto e até mesmo no pós-parto, por se tratar de ações (com excesso de intervenção médica) que fragilizam ainda mais a mulher grávida.

Segundo Passos (2020) atualmente são encontrados vários tipos de violência obstétrica, conforme a pesquisa intitulada Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado, realizada pela Fundação Perseu Abramo no ano de 2010, uma entre quatro mulheres no país, já sofreu algum tipo de violência obstétrica seja durante a gestação, em consultas médicas no pré-natal, ou até mesmo no parto.

A violência obstétrica que alcança as mulheres no período gestacional, se manifesta sobre as mais variadas formas:

Caráter físico: ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas. Caráter psicológico: toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. Caráter sexual: toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo. (CIELLO *et al.*, 2012 apud SOUZA, 2021, p. 23)

Complementa o autor ao dizer que a violência durante o parto, é qualificada como um dos abusos mais desumanos e degradantes que acometem as mulheres diariamente, uma vez que estas estão em um momento de vulnerabilidade, o que acaba por intensificar a dor, aumentando o sofrimento físico, psicológico ou sexual (SOUZA, 2021).

Pelo exposto, a violência obstétrica pode ser verbal, física, sexual, em outras palavras, expressada de várias maneiras, explícitas ou não, deixando sequelas físicas e psicológicas, podendo acontecer antes, durante ou depois do parto, e praticada em qualquer unidade de saúde, como postos e consultórios médicos (DUTRA, 2017). Outra forma, é a violência institucional obstétrica no pré-natal, entendida como a negligência durante o atendimento à mulher (má qualidade), omissão de informações para que ela escolha a melhor forma de parto, agendamento de procedimentos sem justificativa clínica, como é o caso da cesariana (PEREZ, 2015, apud SILVA *et al.*, 2016).

Há autores que pontuam a cesárea como uma das formas de violência contra a mulher grávida:

A cirurgia cesariana, sem dúvidas, salva vidas e diminui mortalidade de mulheres e de bebês, quando necessária e bem indicada. Contudo, no Brasil, o excesso destas causa o efeito contrário, uma vez que a maioria das cirurgias realizadas ocorrem sem os devidos indicativos, quando as mulheres nem sequer iniciam o trabalho de parto, seja por própria escolha

da gestante ou até mesmo por indicação e convencimento médico. (SANTOS, 2018, p. 46-47)

Para o autor, a cesárea é um procedimento cirúrgico, e que possui riscos, como qualquer outro. Criou-se no imaginário das mulheres que a cesárea é uma intervenção segura, muitas acreditam que o parto natural, é castigo, principalmente as mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde que consideram a cesárea como solução para dor e sofrimento. Esse estereótipo é fomentado pelos médicos e enfermeiros, ao determinarem a via de nascimento, sem atenderem aos pedidos da gestante (SANTOS, 2018).

Acrescenta-se ainda a violência midiática, praticada pelos profissionais de saúde, com o intuito de difundir as práticas adotadas em desfavor da mulher, como a escolha da cesariana como o modo mais seguro de parto (ALONSO, 2018).

Todavia, a maioria dos casos de violência obstétrica ocorrem em razão do costume de aceitar tudo que os médicos e enfermeiros recomendam, sem questionar, já é algo enraizado na sociedade, até esses profissionais são formados com a visão que somente eles sabem o melhor para o paciente, provocando com que alguns procedimentos sejam realizados de forma mecânica e institucionalizada (DUTRA, 2017). O artigo 6º da Declaração Universal sobre a Bioética e Direitos Humanos, dispõe sobre o consentimento da paciente ao ser submetida a atendimento médico:

Artigo 6 – Consentimento

(...)

a) Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada. O consentimento deve, quando apropriado, ser manifesto e poder ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer momento e por qualquer razão, sem acarretar desvantagem ou preconceito.

(ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005)

Quanto aos procedimentos realizados durante o parto, sua grande maioria, ferem os direitos das mulheres, como a obrigatoriedade de uma posição incomoda para a gestante, uso de medicamentos como acelerados de parto, episiotomia, pois atribuem o poder de decisão aos profissionais de saúde e não a mulher grávida, sem mencionar o fator violência (SILVA *et al.*, 2016).

Dentro das unidades hospitalares, as mulheres são vítimas de discriminação racial, agressão verbal, com palavras rudes que relacionam a humilhação (em alguns casos, isso poderá resultar em complicações), sendo deixadas nos leitos sozinhas sem acompanhamento, além do fato de sofrerem com procedimentos não recomendados pela Organização Mundial da Saúde (ALONSO, 2018).

A proibição a acompanhante no momento do parto e do pós-parto, também é uma forma de violência obstétrica. Acerca disso, a Lei n. 11.108/2005 pressupõe que:

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.

(...)

(BRASIL, 2005)

Outrossim, a mulher tem o direito, a possuir consigo no pré-parto, no momento do parto, no pós-parto, uma pessoa que lhe acompanhe, que seja de sua confiança, e que principalmente, transmita todo o afeto e amor que o instante exige. Estima-se que menos de 20% das mulheres são autorizadas a terem a presença de um acompanhante durante o parto, se tratando de mulheres e baixa renda e beneficiárias do serviço público, o índice é ainda mais baixo, o impedimento da entrada de um acompanhante configura umas das formas de violência obstétrica (LOUREIRO, 2020).

Além dos tipos de violência obstétrica mencionados, há outras formas, como o impedimento do contato direto da mãe e o bebê logo após o nascimento, o exame de toque excessivo e sem necessidade, entre outros abusos, que na maioria das vezes deixam de ser relatados ou compreendidos pelas mulheres (LOUREIRO, 2020).

Tem-se indícios que as gestantes que sofrem abuso durante a gravidez, podem conviver com os traumas por um período indeterminado, isso acaba impactando a saúde da mãe e do bebê, além de outras condições patológicas como a síndrome do estresse pós-traumático, onde a mulher passar a ter a lembrança negativa do que lhe atormenta, desencadeando depressão e dificuldades na vida sexual, e piora na autoestima (DUTRA, 2017). É necessário destacar que há também a violência obstétrica em casos de abortamento, embora pouco se discuta:

O descaso e a negligência no atendimento a mulheres em situação de abortamento revelam faces da violência obstétrica de caráter física e psicológica. Isto porque, a mulher em situação de abortamento ingressa nos serviços de saúde debilitada e fragilizada pelo ocorrido, situação em que ela deveria ser acolhida e bem tratada, já que a experiência por si só é dolorosa e traumática, no entanto na maioria dos casos estas mulheres sofrem maus tratos, pois a equipe médica decide que deve julgá-la pelo

aborto. Inclusive, há um relato de discriminação presente no dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio: “Tinha que ser! Olha aí, pobre, preta, tatuada e drogada! Isso não é eclampsia, é droga!” (VASCONCELLOS, 2022, p. 17) (aspas do autor)

A violência obstétrica em situações que ocorrem abortamento, se compara a violências psicológica, e a institucional, as mulheres sofrem constrangimento, discriminações, além da suposição por parte dos profissionais de que o aborto possa ter sido provocado (o julgamento moral desses profissionais, pode ensejar em um sentimento de culpa da gestante), a demora de atendimento de urgência e emergência é outro fator que incidente bastante nesses casos (VASCONCELLOS, 2022).

Posto isto, verifica-se que as formas de violência obstétrica, são muitos complexas (alguns tipos mais críticos que as outros), e compreendem desde um atendimento hospitalar precário, manobras invasivas, xingamentos, até o desprezo de profissionais de saúde por mulheres que sofrem aborto. Além disso, a falta de informação sobre as espécies de parto, traduzem o aumento dos atos violentos e a redução de denúncias.

3.1 CASO DA INFLUENCIADORA DIGITAL SHANTAL E NORMAS DE PROTEÇÃO CONTRA A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O caso da influenciadora Shantal Verdelho é um dos que podem ser qualificados como forma de violência obstétrica contra a mulher e vão em desencontro com o arcabouço normativo de proteção a gestante e o bebê.

No dia 27 de julho de 2021, a influenciadora Shantal Verdelho relatou pelas redes sociais, ter sido vítima de violência obstétrica no parto de sua filha Domênica, de acordo com ela, o médico Renato Kalil, teria a xingado e exposto suas partes íntimas para o seu marido, Mateus Verdelho, pai da criança, e outras pessoas presente no recinto durante o parto (BONFIM, 2021).

O caso colocou em evidência a violência obstétrica, pois no primeiro momento, a influencer não tinha consciência da violência sofrida, e tanto que no momento do parto, não esboçou qualquer reação contra as práticas violentas do médico. Relata que após assistir um vídeo que seu esposo gravou, passou a ter conhecimento da violência sofrida, além dos cortes em sua vagina, os xingamentos de baixo escalação por parte do médico, eram constantes (DUARTE, 2022). Além dos xingamentos, se enquadra o caso, como violência obstétrica, a realização da episiotomia (cortes na vagina), procedimento proibido, desnecessário e que provoca desconforto à mulher, sem mencionar que é ato não autorizado pela gestante. O caso evidência a vulnerabilidade da mulher durante o parto, é tanto que Shantal passou a ter entendimento sobre a violência sofrida, tempos depois do parto, chegando até agradecer o médico, pelo atendimento (ARBEX, 2022).

Após a repercussão do caso, com áudios vazados, a influenciadora registrou um boletim de ocorrência contra o médico Renato Kalil por violência obstétrica. Todavia, não há a nível Federal lei sobre o que é configurado violência obstétrica, tão quanto há uma tipificação legal para o crime

de violência obstétrica (SILVA, 2022). O que há são leis esparsas sobre alguns direcionamentos às grávidas na hora do parto, como no caso da Lei n. 11.108/2005, conforme já dito no capítulo anterior, a Lei de Acompanhamento a gestante estabelece como direito, o acompanhamento durante o parto, no pós-parto, de um familiar ou outra pessoa por ela indicada como de seu ambiente afetivo (BRASIL, 2005).

A Lei n. 11.634/2007 prevê o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação a uma maternidade em que receberá assistência dentro do Sistema Único de Saúde:

Art. 1º Toda gestante assistida pelo Sistema Único de Saúde - SUS tem direito ao conhecimento e à vinculação prévia à:

I - maternidade na qual será realizado seu parto;

II - maternidade na qual ela será atendida nos casos de intercorrência pré-natal.

§ 1º A vinculação da gestante à maternidade em que se realizará o parto e na qual será atendida nos casos de intercorrência é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde e dar-se-á no ato de sua inscrição no programa de assistência pré-natal.

§ 2º A maternidade à qual se vinculará a gestante deverá ser comprovadamente apta a prestar a assistência necessária conforme a situação de risco gestacional, inclusive em situação de puerpério.

(BRASIL, 2007).

A Lei da Adoção (Lei n. 12.010/2009) promove o atendimento psicossocial gratuito durante o pré e pós-natal, como modo de prevenir o desencadeamento de doenças psicológicas no estado puerperal (BRASIL, 2009).

A Lei n. 3.385/2018 do Estado do Tocantins que implementou medidas de informação e proteção à gestante contra a violência obstétrica (TOCANTINS, 2018). Recentemente, a Lei n. 3.674/2020 veio para alterar essa norma, definindo violência obstétrica como as práticas reiteradas contra a mulher durante o parto:

Art. 2º Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pela equipe multiprofissional do hospital, da maternidade e da unidade de saúde ou por um familiar ou acompanhante que ofenda de forma verbal ou física as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período de estado puerperal.

(TOCANTINS, 2020).

O artigo 3º da Lei n. 3.674/2020, estabelece mais hipóteses de violência obstétrica, como tratar a mulher por comandos ou nomes infantilizados ou diminutivos, coa intenção de

menosprezá-la ou ofendê-la, realizar cesariana sem a indicação formal, recusar atendimento à gestante, impedir a mulher de se comunicar durante o parto, e submetê-la a procedimentos invasivos sem sua permissão (BRASIL, 2020). Nesse sentido, a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.232/2019 dispõe sobre a recusa da gestante a ser submetida as práticas sugeridas pela equipe médica:

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível. (BRASIL, 2019)

Outrossim, o Projeto de Lei n. 2.082/2002 de iniciativa da Senadora Leila Barros, tem como proposta alterar o Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal), para tipificar a violência obstétrica como crime e estabelecer procedimentos para sua prevenção (BRASIL, 2022).

4 ATUAL RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS DA SAÚDE

Em concordância com o já mencionado, não há legislação específica que criminalize a prática da violência obstétrica no Brasil. Desse modo, poderá incidir nesses casos a possibilidade de responsabilidade civil ou penal (pela regra geral), conforme será discorrido neste capítulo. A responsabilidade é consequência de um determinado ato, ontologicamente, o conceito de responsabilidade civil e penal seja o mesmo, a principal diferença que se pode apontar entre responsabilidade civil e penal é:

Por regra, quanto ao fato de que o estado como representante da sociedade, figura como vítima, seja na forma imediata ou mediata, ao passo que naquela é o indivíduo, em particular, que sofre o dano de ilicitude. Por certo, toda vez que determinado agente pratica um ilícito penal, é o Estado, enquanto sociedade politicamente organizada, é o principal lesado, é a coletividade que sofre com a quebra da paz social. O ilícito penal afronta o Estado Democrático de Direito, ao passo que a responsabilidade Civil, em geral, é uma ofensa a certo e determinado indivíduo, levando sua personalidade ou patrimônio, não atingindo a toda coletividade, mas sim, especificamente, a um elemento do grupo (SANTOS, 2014, p. 7)

Como a legislação brasileira é abrangente, as condutas praticadas pelos profissionais de saúde podem ser aplicadas aos tipos penais já existentes, como lesão corporal, prevista no art 129 do Código Penal:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano. (BRASIL, 1940)

Os artigos 135 e 136 do Código Penal que tratam da omissão de socorro e maus tratos, preconizam que:

Omissão de socorro

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

(...) (BRASIL, 1940)

O parágrafo único do artigo 135, ainda disciplina que a pena será aumentada de metade se a omissão resultar em lesão corporal de natureza grave, é tipificada se causar a morte da vítima (BRASIL, 1940).

Diante de insultos proferidos pelos profissionais de saúde durante o parto, haverá também a incidência de outros crimes dispostos no Código Penal, como a calúnia (prevista no artigo 138), difamação (artigo 139) e injúria (artigo 140) (BRASIL, 1940).

A mulher vítima também poderá denunciar a violência sofrida, nas secretarias municipais, estaduais, distritais, no Conselho Regional de Medicina e ou no Conselho Regional de Enfermagem, (dependendo do seu local de residência), para que a autoridade competente instaure processo disciplinar para analisar a questão (MARINHO, 2020).

Neste caso, a Lei 10.406/2002 (Código Civil de 2002) infere em consequências aos agentes causadores do dano, seja por imperícia, imprudência ou negligência, de acordo com o disposto nos artigos 186 e 927:

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

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

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

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

(BRASIL, 2002)

Além disso, o artigo 951 do Código Civil de 2002, prevê a responsabilidade civil do médico:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL, 2002)

O artigo trata da responsabilidade civil do médico. Expressando o imposto no artigo 186 do mesmo diploma legal, o legislador reforça que a conduta deve ser reiterada por uma ação ou omissão, negligente, imprudente ou imperita.

A doutrina divide essa responsabilidade em objetiva e subjetiva. Tal divisão tem suas peculiaridades, e representa diferença no curso judicial:

A responsabilidade civil do médico, enquanto pessoa física será subjetiva, posto que além de não existir lei que diga ao contrário, o próprio Código Civil em seu artigo 951, fala que o dano causado ao paciente, por negligência, imprudência ou imperícia, serão subgêneros do gênero culpa. Assim, a responsabilidade objetiva apenas ocorrerá nos casos previstos em lei, devendo haver uma previsão legal para que o agente seja responsabilizado (SANTOS, 2014, p. 6)

Em relação a responsabilidade do médico, o Código de Ética Médica, editado através da Resolução nº 2.217/2018 dispõe em seu capítulo III, artigo 1º que:

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

(BRASIL, 2018)

Nota-se que a responsabilidade civil do médico, se concretiza por meios de três pilares, a negligência, a imprudência, e a imperícia, sendo assim, é importante frisar a diferenciação entre cada instituto:

A imperícia refere-se a inaptidão, o profissional não detém conhecimento técnico sobre a profissão. A imperícia está relacionada à atividade profissional do agente. Considera-se imprudência quando o agente deixa de observar o dever de cuidado, mesmo sabendo dos riscos existentes, realiza determinada atividade que poderá trazer um resultado prejudicial. A negligência acontece quando o agente deixa de realizar algo que deveria ser feito. (MORAIS, 2021, sem paginação)

Dentro do certame médico, a negligência é a conduta omissa, em que o profissional é responsabilizado por aquilo que deixou de realizar. Na ação imprudente, o médico age de forma a causar danos ao paciente, como a prescrição de remédios sem examinar o enfermo e por fim, a imperícia será constatada em decorrência da falta de especialidade e capacidade para o trabalho (SOUZA, 2020).

As transformações culturais, sociais e familiares, interferem nos moldes atuais dos partos e assistência à saúde. A formação em obstetrícia, confere também a enfermagem as habilidades e competências para realizarem partos. Todavia, esses profissionais deverão proporcionar liberdade a mulher, para que a mesma seja atendida de uma forma que tenha suas vontades respeitadas, caso contrário, esse profissional especializado incorrerá em responsabilidades civis e penais (MATOS, 2022).

Dessa forma, no que tange a violência obstétrica, é evidente que há muitas dores no parto, mas esse momento deve ser demarcado por uma violência do médico ou enfermeiro, afetando o poder decisório da mulher, seja na conversão em práticas abusivas ou da exposição do corpo da mulher ao marido (como posições constrangedoras ou incisões nas partes íntimas) (MARTINS, 2020).

No posicionamento dos Tribunais, aplica-se analogicamente o Código Penal e o Código Civil. Destaca-se jurisprudência do Tribunal de Justiça do Amazonas na Apelação Cível nº 06208865820158040001:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E NEGLIGÊNCIA MÉDICA. ATIVIDADE MÉDICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA. 1. A responsabilidade do médico é apurada mediante culpa, nas modalidades de negligência, imperícia e imprudência, devendo o autor demonstrar a preencha dos requisitos da responsabilidade civil, conduta culposa, dano e nexos causal entre conduta e o dano). 2. Análise das provas constantes nos autos evidenciam a inexistência de culpa em quaisquer de suas modalidades. (BRASIL, 2019 não paginado)

Neste caso, a jurisprudência colabora com a doutrina e legislação, ao estabelecer a responsabilidade subjetiva do médico por negligência, imperícia e imprudência, além disso, há necessidade de comprovação da conduta culposa que resultou no dano.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL EXTORSÃO QUALIFICADA. TESE DE QUE, PARA A INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA, DEVERIA TER SIDO PRODUZIDO EXAME DE CORPO DE DELITO OU APRESENTADOS PRONTUÁRIOS MÉDICOS APTOS A COMPROVAR A ACELERAÇÃO DO PARTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÕES DE QUE: NÃO ESTARIA PRESENTE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO (PRETENSÃO DE OBTER VANTAGEM INDEVIDA); NÃO FOI COMPROVADO QUE, DA VIOLÊNCIA PRATICADA PELO RÉU, DECORREU LESÃO CORPORAL GRAVE À VÍTIMA (ACELERAÇÃO DO PARTO); É NECESSÁRIO DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA LESÃO CORPORAL LEVE. INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A tese de afronta do art. 158 do Estatuto Repressor não foi apreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos declaratórios, o que atrai a incidência da Súmula n. 211/STJ. 2. O crime de extorsão se configura quando o agente constrange a vítima, por meio de violência ou grave ameaça, com o intuito de obter vantagem indevida, sendo o recebimento dessa pretensão mero exaurimento do delito (Súmula n. 96/STJ). 3. O Tribunal de origem concluiu pela tipificação da conduta no do art. 158 do Código Penal, pois as provas existentes nos autos são idôneas a lastrear a autoria e materialidade dos delitos imputados ao Acusado. A inversão do julgado encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. 4. A Corte a quo entendeu que, da violência praticada pelo Acusado, resultou lesão corporal grave à Vítima, qual seja, a aceleração do parto. Adoção de entendimento em sentido diverso não é possível de ser realizada nos termos da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2022, não paginado)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça preconiza a necessidade de comprovação da aceleração do parto, ou seja, da violência obstétrica, para o enquadramento do acusado (profissional de saúde) no crime de lesão corporal, ou outro crime ligado a conduta praticada pelo agente.

Embora os tribunais se posicionem no sentido de considerar analogicamente a responsabilidade civil e penal, em casos envolvendo violência obstétrica, a depender da natureza do dano causado. É importante a criação de lei específica, de modo a erradicar quaisquer dúvidas acerca da configuração da violência obstétrica.

Apesar da promulgação da Constituição Federal de 1988, e a instituição de princípios basilares tutelando a proteção à saúde e dignidade da mulher, as políticas destinadas a saúde das

mulheres seguem uma perspectiva de integralidade e problematização envolta em desigualdades, violências e omissões do Poder Público. Revela-se que é urgente a criação de uma normativa que seja direcionada a violência obstétrica, o tema merece respaldo jurídico, para adequação ao sistema de justiça e ao contexto social atual, além de contribuir para redução dos níveis de violência praticadas contra as mulheres no exercício de seus direitos reprodutivos (MARQUES, 2020).

Para melhorar a saúde da mulher, tem-se que combinar uma legislação moderna com políticas públicas, levando em consideração que a violência obstétrica é caracterizada pela violação aos direitos humanos, sexuais da mulher, e até o momento é um problema que continua sem uma resposta adequada (PAES, 2018).

Nesse sentido, há necessidade de conceituação da violência obstétrica, pois os direitos e autonomia da mulher são relativizados diante do fato que essa forma de violência é criminalizada. Isso favorece a perpetuação da violência, que não pode ser entendida como reflexo da precariedade do sistema de saúde e das condições de trabalho dos profissionais (ZANARDO et al., 2017).

Logo, de acordo com Oliveira e Albuquerque (2018, p. 15) "a legislação brasileira não protege, de modo incisivo, a figura do paciente, os meios protetivos e de defesa. Em vista disso, a violência obstétrica não possui uma ferramenta legal eficaz para sua erradicação, uma vez que o paciente se encontra desamparado no ordenamento jurídico" (OLIVEIRA; ALBUQUERQUE, 2018, p. 15).

O aumento dos casos de violência obstétrica, exige um posicionamento jurídico, efetivando um respaldo as gestantes. Na atual conjuntura, a violência obstétrica é uma das formas de violência mais difíceis de ser combatida, pois virou conduta corriqueira, propiciando o pensamento que essas condutas humilhantes e abusivas são normais, desse modo, o Estado não é provocado para atuar na questão. A tipificação do crime de violência obstétrica daria maior segurança na denúncia pela mulher (MOREIRA, 2021).

Diante disso, é fundamental que a sociedade brasileira aumente os debates sobre a violência obstétrica, fortalecendo com isso as discussões sobre criação de projetos de leis que visem a aprovação de legislação condizente com o direito das mulheres gestantes e parturientes (MENEZES, 2022)

Pelo exposto nesse capítulo, tem-se que o Estado precisa implementar políticas públicas voltadas a proteção da mulher gestante e parturiente que sofre constantemente com as condutas imputadas como violência obstétrica. A sociedade necessita de amplitude quanto a discussão do assunto, essa ausência de tipificação penal e/ou civil para violência obstétrica representa o entendimento precário das pessoas, especialmente as vítimas, sobre esse assunto de importante discussão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra a mulher grávida, em outras palavras, a violência obstétrica é conduta que perdura na sociedade, desde o surgimento das civilizações, contudo, o assunto é pouco

debatido, e isso resulta na ausência de tipificação penal ou civil que impute punição para os profissionais de saúde que praticarem atos desse cunho.

Em razão da carência legislativa, pode-se observar que não há definição para violência obstétrica, isso implica na comprovação do dano. Atualmente, de forma analógica o Poder Judiciário utiliza de normas vigentes como o Código Penal, Código Civil, a Lei n. 11.108/2005 (que determina o direito de acompanhante no momento do parto e do pós-parto, Resoluções do Conselhos de Enfermagem e Medicina para deliberar medidas de proteção a gestante e a parturiente.

Conforme o disposto, mesmo que essas legislações esparsas regulamentem analogicamente sobre a violência obstétrica, nota-se que o assunto ainda é velado, em alguns casos, as medidas punitivas para aos profissionais de saúde são bastantes brandas e não representam uma punição severa para as práticas sofridas pela vítima.

A falta de informação sobre a violência obstétrica também causa estranheza, algumas mulheres nem sabem que sofreram a violência, como é o caso da influenciadora Shantal Verdelho que somente após assistir um vídeo do parto gravado por seu esposo teve consciência da violência sofrida. É inconcebível que na era digital, com a imersão do avanço tecnológico, a mulher não tenha acesso a todas informações envolvendo o parto e os seus direitos protetivos instituídos pelo ordenamento brasileiro.

As mulheres vítimas de violência obstétrica, e conseqüentemente a sociedade, mesmo que não exista legislação específica, devem denunciar essas ações reiterada por parte dos profissionais de saúde, para encorajar outras gestantes e parturientes sobre a existência desse problema e inibir essa situação estrague um momento tão importante para mulher.

Considerando que a maioria dos partos acontecem em unidades hospitalares, ao procurar o hospital a mulher gestante deseja receber cuidados essenciais para sua saúde e do bebê. Na caracterização da grávida como paciente, os profissionais de saúde devem fornecer segurança, com respeito a autonomia da mulher sobre o próprio corpo.

Conclui-se que a legislação atual se revela insuficiente para inibição da violência obstétrica. Como consequência é essencial a edição de legislações específicas direcionadas para punição dos profissionais de saúde, informação da sociedade sobre o assunto e a prevenção de novos casos.

REFERÊNCIAS

ADAMI, Carli Thais; GUIMARÃES, Mônica Andréia Carvalho. Violência obstétrica: Uma abordagem jurídica sobre a violação dos direitos da mulher e sua penalização. **Revista Brasileira de Educação e Inovação da Univel (REBEIS)**, n. 1, v. 1, Edição Especial, jul./set.,2021.

ALONSO, Danielle. **Violência Obstétrica**: conceituações e considerações sobre sua implicação no parto. Volta Redonda, 2018.

ARBEX, Sergei Cobra. **Violência obstétrica:** advogado de Shantal explica consequências penais. Migalhas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/359535/violencia-obstetrica-advogado-de-shantal-explica-consequencias-penais>. Acesso em: 08 set. 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). **Nota de repúdio à nova caderneta da gestante.** Notícias, 18 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/posicionamentos-oficiais-abrasco/nota-de-repudio-a-nova-caderneta-da-gestante/66072/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

BALZANO, Cristina. **O parto é da mulher!:** guias de preparação para o parto feliz. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Gutenberg, 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 22 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Zenaide diz que caderneta da gestante legaliza violência obstétrica.** Rádio Senado, 11 de maio de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/05/11/zenaide-diz-que-caderneta-da-gestante-legaliza-violencia-obstetrica>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 2.232, de 17 de julho de 2019.** Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.232-de-17-de-julho-de-2019-216318370>. Acesso em: 03 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007. **Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/lei/l11634.htm. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2082, de 2022.** Ementa: Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para tipificar a violência

obstétrica como crime e estabelecer procedimentos para sua prevenção. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154237>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. **Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 30 set. 2022.

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: 30 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1962378 – Rio Grande do Sul**. Relatora: Laurita Vaz, Sexta Turma, Julgamento: 15/03/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1480220158>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Amazonas. **Apelação Cível nº 06208865820158040001 – Amazonas**. Relator: Airton Luís Corrêa Gentil, Terceira Câmara Cível, Julgamento: 29/04/2019, Publicação: 29/04/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-AM/attachments/TJ-AM_AC_06208865820158040001_ca142.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1664544998&Signature=M%2FZWYyGW61TWF8%2BOL7E%2FmUKzNwBg%3D. Acesso em: 22 set. 2022.

BIO, Eliane. **O corpo no trabalho de parto**: o resgate do processo natural do nascimento. São Paulo: Summus, 2015.

BONFIM, Denise. **Caso Shantal**: o que é violência obstétrica, como identificar e denunciar. IG Saúde, 2021. Disponível em: <https://saude.ig.com.br/2021-12-14/caso-shantal-o-que-e-violencia-obstetrica.html>. Acesso em: 08 set. 2022.

DIONISIO, Emilly Negrello; BARBOSA, Izabela dos Santos. **A violência obstétrica no âmbito jurídico**. Revista eletrônica da ESA/RO (2020). Disponível em: https://revistaesa.oab-ro.org.br/gerenciador/data/uploads/2021/07/EMYLly-NEGRELLO-DIONISIO_IZABELA-DOS-SANTOS-BARBOSA.pdf. Acesso em: 24 ago. 2022.

DUARTE, Nathalia. **Shantal Verdelho explica motivo de não ter reagido à violência obstétrica durante o parto**. Purepeople, 2022. Disponível em: https://www.purepeople.com.br/noticia/shantal-verdelho-explica-motivo-de-nao-ter-reagido-a-violencia-obstetrica-no-parto-da-filha_a336609/1. Acesso em: 09 set. 2022.

DUTRA, Juliana Cardoso Dutra. **Violência Obstétrica**: mais um exemplo de violação aos Direitos das Mulheres. – Santa Rita, 2017.

GUIMARÃES, Liana Barcelar Evangelista; JONAS, Eline; AMARAL, Leila Rute Oliveira Gurgel. Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins. **Revista Estudos**

Feministas, Florianópolis, 26(1): e43278, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/BPdk4Rs9YqDNcnhMKrFdmJh/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 ago. 2022.

HORA, Aline Bareto; SANTOS, Anne Karolyne Silva; OLIVEIRA, Cristiane Santana; FEITOSA, Maiza Gonzaga de Oliveira; TELES, Weber de Santana; SILVA, Max Cruz; CALSANS, Taissa Alice Soledade; BARROS, Ângela Maria Melo Sá; TORRES, Ruth Cristini; AZEVEDO, Marcel Vinicius Cunha; ANDRADE, Ana Fátima Souza Melo; JUNIOR, Paulo Celso Curvelo Santos; DEBBO, Alejandra; SILVA, Maria Hozana Santos. A importância do papel do enfermeiro na humanização do parto: verificação completa. **Research, Society and Development**, v. 10, n. 13, e266101321253, 2021, (CC BY 4.0) | ISSN 2525-3409. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v10i13.21253>. Acesso em: 25 ago. 2022.

LANSKY, Sônia; SOUZA, Kleyde Ventura; PEIXOTO, Eliane Rezende de Moraes; OLIVEIRA, Bernardo Jefferson; DINIZ, Carmen Simone Grilo, VIEIRA, Nayara Figueiredo; CUNHA, Rosiane de Oliveira; FRICHE, Amélia Augusta de Lima. Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 8, p. 2811-2824, ago. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018248.30102017>. Acesso em: 24 ago. 2022.

LOUREIRO, Anna Laura. **A judicialização da violência obstétrica**. Fundação Educacional do Município de Assis –FEMA. – Assis, 2020.

MARINHO, Kamila. **Você sabe o que é violência obstétrica**. Câmara Municipal de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/voce-sabe-o-que-e-violencia-obstetrica/>. Acesso em: 23 set. 2022.

MARQUES, Silvia Badim. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Cadernos Ibero-americanos de Direitos Sanitários**, Brasília, 9(1): jan./mar., 2020.

MARTINS, Tais. **A vitimologia e o sistema da violência**. Curitiba: Contentus, 2020.

MATOS, Widson Davi Vaz de. **Atuação assistencial dos profissionais de enfermagem**. Belém: Neurus, 2022.

MENEZES, Dayane Gomes de Oliveira. **Violência obstétrica no Brasil: fundamentos jurídicos acerca do direito da proteção da gestante e parturiente**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 maio 2022, 04:18. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58276/violencia-obstetrica-no-brasil-fundamentos-juridicos-acerca-do-direito-da-proteo-da-gestante-e-parturiente>. Acesso em: 30 set 2022.

MODENA, Regina. **Conceitos de violência**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.

MORAIS, Leicimar. **Responsabilidade penal médica: os limites da responsabilização penal do médico**. Instituto de Direito Penal, 2021. Disponível em: Acesso em:

<https://direitoreal.com.br/artigos/responsabilidade-penal-medica-os-limites-da-responsabilizacao-penal-do-medico>. 29 set. 2022.

MOREIRA, Aline Karem. **Violência Obstétrica**: um estudo sobre a responsabilidade civil e penal de seus agentes. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jan. 2021, 04:40. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/56041/violencia-obstetrica-um-estudo-sobre-a-responsabilidade-civil-e-penal-de-seus-agentes>. Acesso em: 30 set. 2022.

OLIVEIRA, Maísa Silva de Melo. **Humanização do parto**. Nasce o respeito: informações práticas sobre seus direitos. Organização, Assessoria Ministerial de Comunicação. Redação por Andréa Corradini Rego Costa. Revisão Técnica, Comitê Estadual de Estudos de Mortalidade Materna de Pernambuco. Recife: Procuradoria Geral de Justiça, 2015.

OLIVEIRA, Luaalica Gomes Souto Maior de; ALBUQUERQUE, Aline. Violência obstétrica e direitos humanos dos pacientes. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXII, n. 75, p. 36-50, maio/ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos**. Paris/França, 06 e 08 de abril e posteriormente 20 e 24 de junho de 2005. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

ORTEGA, Anna; PROVENZI, Júlia. **Modos de assistência ao nascimento explicitam os diferentes aspectos que compõem a humanização do parto**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Jornal da Universidade, 2021. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/jornal/modos-de-assistencia-ao-nascimento-explicitam-os-diferentes-aspectos-que-compoem-a-humanizacao-do-parto/>. Acesso em: 25 ago. 2022.

PAES, Fabiana Dal'mas Rocha. Violência obstétrica, políticas públicas e a legislação brasileira. **Revista Consultor Jurídico**, 8 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-08/mp-debate-violencia-obstetrica-politicas-publicas-legislacao-brasileira>. Acesso em: 18 set. 2022.

PASSOS, Geycielle Batista Dias. **Violência obstétrica**: comparativo entre países da América do Sul com o Brasil. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília/DF, 2020.

SANTOS, Andreza Santana. **Uma análise da violência obstétrica à luz da teoria do bem jurídico**: a necessidade de uma intervenção penal diante da relevância do bem jurídico tutelado. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2018.

SANTOS, Alexandre Martins. **Responsabilidade civil do médico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora DOC, 2014.

SPACOV, Lara Vieira; SILVA, Diogo Severino Ramos da. Violência obstétrica: um olhar jurídico desta problemática no Brasil. **Derecho y Cambio Social**, n.º 55, Fecha de publicación:

01/01/2019. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Derecho-y-Cambio_n.55.23.pdf. Acesso em: 26 ago. 2022.

SILVA, Gabriel dos Santos. **A importância do direito contra a violência obstétrica**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia/GO, 2022.

SILVA, Izabel Simão Alves; SANTOS, Maria Alice Ezaquiel da Silva; PEREIRA, Maria de Fátima Lopes Ferreira Pereira; FERRAZ, Rivelí De Souza Ribeiro. **Percepção social de puérperas sobre violência no trabalho de parto e parto**: revisão integrativa. Faculdade Integrada de Pernambuco. – Recife/PE, 2016.

SOUZA, Flávia Guimarães. **Reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro e no estado de Santa Catarina**. Universidade do Sul de Santa Catarina. Tubarão, 2021.

SOUZA, Alessandra Varrone de Almeida Prado. **Resumo de direito médico**. Leme, SP: JH Mizuno, 2020.

TOCANTINS. **Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018**. Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3385-2018_53238.PDF. Acesso em: 02 set. 2022.

TOCANTINS. **Lei nº 3.674, de 26 de maio de 2020**. Altera a Lei nº 3.385, de 27 de julho de 2018, que dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3674-2020_51664.PDF. Acesso em: 27 ago. 2022.

VASCONCELLOS, Gabriela Sousa. **Violência obstétrica e a responsabilidade criminal no Brasil**. Pontifícia Universidade Católica de Goiás Escola de Direito, Negócios e Comunicação Núcleo de Prática Jurídica, Goiânia 2022.

ZANARDO, Gabriela Lemos Pinho; CALDERÓN, Magaly Uribe; NADAL, Ana Hertzog Ramos de; HABIGZANG, Luísa Fernanda. Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. **Psicologia & Sociedade**, 29, (2017).

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: SILVA, Claudiane Souto da; TONELLA, Livia Helena. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DE LEIS ESPECÍFICAS**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 out 2022, 12:26. Disponível em: Acesso em: 26 out 2022.

A NOVA LEI DO ABUSO DE AUTORIDADE E OS IMPACTOS CAUSADOS NAS INSTITUIÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

VALDENILSON PINHEIRO DA SILVA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário do Norte (UNINORTE)

SALIM GUIMARAES SENA

GIRLAINE CANDIDA DE SÁ

(coautores)

DAVI GENTIL DE OLIVEIRA

(orientador)

RESUMO: Através desse estudo iremos evidenciar os pontos importantes na nova Lei do Abuso de Autoridade para o Estado de Direito, com uma comparação à norma anterior que tratava do tema em questão e os avanços trazidos pela nova lei, permeando a evolução da democracia, que originou-se no desejo pelo bem comum, até os dias onde essa busca atual ainda persiste. Entendemos que para isso deve-se resguardar as instituições democráticas, respeitando os limites da Lei, os princípios constitucionais, o necessário processo legal, o contraditório e a ampla defesa, tão necessários para a sociedade. Análises relevantes serão realizadas a partir da nova legislação onde abordará os benefícios nas garantias individuais, trazendo evolução, tanto pela antiguidade da lei quanto pela atual, e pelos momentos de polarização perpassados em nosso país.

Palavras-chave: Abuso. Autoridade. Estado.Democratico.Direito

ABSTRACT: Through this study, we will highlight the important points in the new Law on Abuse of Authority for the Rule of Law, with a comparison to the previous norm that dealt with the subject in question and the advances brought by the new law, permeating the evolution of democracy, which originated if in the desire for the common good, until the days where this current search still persists. We understand that, for this, democratic institutions must be protected, respecting the limits of the Law, constitutional principles, the necessary legal process, the contradictory and the broad defense, so necessary for society. Relevant analyzes will be carried out based on the new legislation, which will address the benefits of individual guarantees, bringing evolution, both due to the antiquity of the law and the current one, and the moments of polarization permeated in our country.

Keywords: Abuse. Authority. Democratic.State.law

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é examinar as mudanças na nova Lei de Abuso de Autoridade nº 13.869 de 2019, que revogou a Lei 4.898 de 1965, como processo de defesa dos direitos fundamentais, defesa contraditória e suficiente, pilar do devido processo legal, para a defesa das

instituições de um Estado democrático e de direito que são cruciais para salvaguardar os direitos individuais dos cidadãos.

Trata-se de uma norma que suplanta as leis anteriores a 1965 e adapta a legislação aos dias atuais, amplamente debatida no meio jurídico e ratificada nesse contexto, pois trouxe notáveis avanços.

Temas do direito antigo ao novo direito são apresentados aqui, passando por uma época não apenas influenciada pela evolução social e pelo crescente desejo da população de participar da normatização nele envolvida, mas também de um contexto vivido no País, que culminou com o vazamento de escândalos de corrupção e consequentes processos judiciais destinados a responsabilizar agentes públicos e privados neles envolvidos.

Para melhor analisar o tema, esta pesquisa é realizada por meio de revisões teóricas e jurídicas, ainda que por meio de interpretação sistemática, e também por meio de processos encerrados em andamento, a fim de identificar possíveis abusos que possam ocorrer. Novas leis foram editadas, o que pode, em parte, ajudar a atualizar uma norma que não é mais suficiente para garantir os direitos processuais que a Constituição de 1988 valorizava.

2. A ANTERIOR LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE – LEI 4.898 DE 1965

Em 9 de dezembro de 1965, passa a vigorar a Lei 4.898 que regula o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal na prática de abusos cometidos pelas autoridades brasileiras. Apesar de essa lei ter sofrido problemas de aplicabilidade em seu objeto real, ela não deixa de apresentar relevância histórica, principalmente após progressiva abertura do governo aos movimentos populares, com a restauração dos direitos individuais, o que cominou a gerar uma base para as conquistas mais recentes.

Em termos processuais, a apuração dos fatos considerados criminosos já se dava por meio de ação pública e incondicionada, em que há acusação promovida pelo Ministério Público, sendo irrelevante a oposição por parte da vítima ou de qualquer outra pessoa. Daí a sua característica de aplicabilidade na defesa da sociedade como um todo, que é justamente o que se buscou e ainda se busca a discutida legislação atualizada (RÔMULO; ANDREA, 2020).

As peculiaridades da execução na proteção da sociedade como um todo foram buscadas e progrediram a ser buscadas na renovação da lei em discussão.

A pena para os crimes de abuso de poder na época da presente lei primária era de prisão até seis meses e multa, além de eventual perda de cargo público e inabilitação para o exercício de qualquer outro cargo público por um período de até três anos, o que sugere que esse tipo de infração foi então tratado como uma possibilidade menos ofensiva e precisamente neste âmbito sancionatório que o referido direito primário pode ser interpretado como de pouca utilidade.

Uma vez que a sua aplicação foi afetada principalmente pela gravidade da repressão dos abusos cometidos pelos funcionários e práticas lesivas das autoridades, pelo que chegou mesmo

ao ponto de criar um sentimento de impunidade em relação às autoridades com maior poder de decisão.

A finalidade da referida lei é a repressão às condutas que infringem os direitos e garantias do homem que são defendidos pelo Constituição Federal, tal como, o direito a vida, a liberdade de associação, consciência, crença e de locomoção, inviolabilidade de seu domicílio, sigilo de correspondência, garantias asseguradas ao direito do voto, incolumidade física do indivíduo, direito de reunião, garantias legais ao exercício profissional, evitando e protegendo o cidadão contra possíveis imoderações do Estado e de seus agentes públicos, por meio do exercício do poder (SILVA,2020).

Com base nesses fatos, a nova lei de Abuso de Poder pode, portanto, ser vista como mais ampla no sentido de proteger o cidadão de ações abusivas por parte das autoridades, criando situações mais objetivas, por exemplo, em conexão com prisão temporária e escutas telefônicas, direitos a advogados, entre outros pontos relevantes e indispensáveis para o resguardo do Estado Democrático de Direito.

3. O INICIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A democracia surgiu na Grécia antiga, por volta do 5º ao 1º século a.c. Informações sobre ele podem ser obtidas estudando as filosofias de Sócrates, Aristóteles e Platão, entre outros, que desenvolveram a teoria do "estado ideal" em que "os indivíduos que governam o poder inferior e animal em princípio se estabelecerão. Seja o legislador e administrador da sociedade", defendendo ainda que "as mais altas exigências de uma vida moral só podem ser alcançadas na união política do povo". (DE CASTRO, 2016, p. 24).

Em suma, há mais de 2.000 anos, as pessoas acreditam que a melhor forma de organizar a sociedade é baseada na busca do bem comum.

Historicamente, da Grécia antiga ao Império Romano, da Idade Média ao mundo moderno, houve pouca intenção do governo de preservar ou proteger o bem público coletivo. Diante dos repetidos abusos de poder por parte dos governantes durante esses tempos, revolução após revolução irrompeu sob a influência de grandes pensadores e filósofos que começaram a refletir sobre as melhores formas de organização estatal, política e social (RÔMULO;ANDREA, 2020).

As pessoas estão mais envolvidas na tomada de decisões, na descentralização e na busca de proteção coletiva para preservar as liberdades individuais, uma das tendências associadas à defesa dos direitos de todos é a jurisprudência, que considera os direitos como direitos humanos naturais, derivados da natureza humana.

Portanto, eles têm os direitos básicos necessários para viver com dignidade, entre os filósofos e teóricos que defendem esses direitos humanos naturais inalienáveis, Thomas Hobbes defende que "só o direito à alimentação é inalienável", do qual derivam todos os outros direitos (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Essa ideia tornou-se a base para duas grandes conquistas necessárias na esfera política do mundo moderno, o princípio da tolerância religiosa e a limitação do poder estatal, que são muito importantes para o estado liberal de hoje. (HOBBS, 1994, p. 112).

Nesta área do liberalismo John Locke foi outro dos filósofos que inspirou a defesa deste sentido de liberdade pessoal, trabalhando com a mente do mundo moderno. Ele enfatizou três direitos naturais fundamentais: liberdade, propriedade e vida, com a liberdade para defender e garantir o direito de renúncia de um líder. (ALMEIDA e MARCHIORI, 2018, p. 27).

Jean-Jacques Rousseau afirmou que todos os homens nascem livres, fazendo da liberdade parte da natureza humana, ou seja, é natural que o homem queira vir e fazer ou não fazer sem obstáculos, tornando esses direitos inalienáveis, possibilitando assim a garantia de uma sociedade equilibrada, com liberdade e igualdade, sublinha, uma ideia de contrato social firmado entre todos os cidadãos que fazem parte da sociedade, encaixando como ideal de vontade geral, que é soberano e objetivo para o bem comum de todos. (ROUSSEAU, 2017, p. 38).

Como instrumento para conter os abusos dos soberanos, foi introduzida a defesa da tripartição dos poderes e para isso afirma Charles de Montesquieu, onde menciona que "há leis da natureza assim chamadas porque derivam unicamente do nosso ser. Para conhecê-los bem, é preciso considerar o homem antes de fundar uma empresa". Como foi comprovado, através desses pensadores e eventos, eles ajudaram a garantir as liberdades fundamentais de cada ser humano. (Montesquieu, 2000, p. 14).

3.1 A modernização do estado e a garantia das liberdades individuais

A queda dos sistemas e regimes absolutistas ou aristocráticos através de várias revoluções teve um impacto significativo na garantia dos direitos naturais do Estado e do povo modernos, tanto na forma internacional como nos direitos humanos e na positivação constitucional do lado nacional, em relação aos direitos fundamentais.

Colaboração para a institucionalização do Estado na modernidade, Hans Kelsen identificou este Estado já no século XX, como um "sujeito artificial com a personificação do ordenamento jurídico", onde finalmente o direito através do direito passa a desempenhar um papel importante na regulação e organização das sociedades, que é o instrumento através do qual o poder do povo se manifesta, e que primeiramente vincula a todos igualmente. (KELSEN, 2003, p.05)

Então fica claro para nós que a lei representa a vontade dos cidadãos e todos devem respeitá-la de qualquer maneira.

Portanto, em um Estado Democrático de Direito, as próprias autoridades devem estar sujeitas ao respeito à lei, o que já estrutura os direitos fundamentais de ordem individual ou liberdades civis a partir da ideia de igualdade.

3.2 Importância das instituições no estado de direito

O artigo 1º da constituição (1988) afirma por si só que "todo poder deve ser dado ao povo, exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente de acordo com os termos da constituição" (CASSIANO;FABRI 2020)

Partindo desse pressuposto, entendemos que as instituições democráticas participativas no Brasil tiveram, e ainda têm imprescindível papel na relação do Estado com a sociedade, pois é através delas que o Estado democrático garante sua função social, respeitando os direitos básicos e individuais de seus cidadãos, impondo regras, atribuições e os devidos limites ao exercício do poder por parte de cada governante e por consequência aos seus respectivos órgãos jurisdicionais ((CASSIANO;FABRI 2020).

Por meio das instituições democráticas, a população é representada e, principalmente, por meio de sua preservação, os princípios constitucionais são garantidos, independentemente de quem seja o titular do poder público.

As instituições são responsáveis por garantir a democracia, ou seja, a segurança da população, o desenvolvimento econômico, ou seja, a eficácia do Estado em geral, ou outras questões.

Atualmente temos uma crise de saúde global, uma pandemia de coronavírus chamada Covid-19, que afeta todo o planeta Terra, e no Brasil, além dessa crise de saúde, também temos uma crise política e institucional gravíssima que se arrasta ao longo dos anos, aparentemente próximo de seu auge, o que desencadeou repetidos desrespeitos às instituições democráticas.

Precisamente em tempo de crise, porém, a transparência e a estabilidade das instituições devem ser regadas e protegidas sobretudo contra todos os interesses, e para isso é necessário que o poder executivo, o corpo legislativo e o que chamamos especificamente de ato judicial com base em seus valores, que garante a proteção do Estado Democrático de Direito. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Somado a estes fatos, temos que a democracia brasileira ainda não está totalmente consolidada no que diz respeito aos seus princípios, como a igualdade por exemplo, e por isso pode-se causar um sentimento de afastamento da representatividade institucional. Isso se nota, inclusive quando decisões judiciais que refletem a uma dissonância com o que se espera de uma interpretação constitucional. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Portanto, justamente à luz de todos esses pontos, fica claro que para garantir a sobrevivência dos interesses comuns, da democracia e, portanto, das instituições, os processos judiciais devem ser realizados absolutamente sem exceção, de forma independente e justa, respeitando o devido processo legal, o que é importante em um país que valoriza a democracia como meio de poder.

4. A INICIAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Esse princípio do devido processo é tão importante que, além de constar nas constituições da maioria das nações soberanas de nosso planeta, também consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O chamado devido processo legal, é basicamente, o princípio que garante a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei, respeitando todas as garantias constitucionais, e que em caso de descumprimento de uma destas, torna-se causa de nulidade do mesmo. Podendo ser considerado até mesmo um dos mais importantes princípios constitucionais, pois é deste que derivam outros, como o tipificado no Art. 5º, LIV da Constituição de 1988, onde traz que, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". (RÔMULO;ANDREA, 2020).

É importante ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do julgamento justo não está relacionado apenas ao princípio da legalidade, mas também à legitimidade, por meio da qual existe a legitimidade da jurisdição, onde a jurisdição é entendida como poder. e ativismo, ou seja, estamos novamente falando em respeitar as definições institucionais.

4.1 O direito ao contraditório e a ampla defesa

Como exemplo de respeito ao princípio do devido processo legal, legal e juridicamente, temos o princípio do contraditório, que é conceituado pela expressão "audiatur et altera pars", que significa "o outro lado também deve ser ouvido", onde as decisões do tribunal não são afetadas pelo fato de o acusado não ter tido a oportunidade de se expressar.

Com base no texto constitucional pátrio, NERY JUNIOR, (1995, p.122) sustenta que tanto o direito de ação, quanto o de defesa, constituem manifestações do princípio do contraditório. Mas não aponta distinção entre contraditório e ampla defesa. Na sua monografia Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, reserva uma seção para tratar do princípio do direito de ação, onde afirma que qualquer expediente gerado de óbice ao exercício de defesa, atenta contra o princípio da ação. (ARAÚJO, 2020).

Nos comentários ao art. 297 do Código de Processo Civil, FIGUEIRA JR. (2000, p.194) faz distinção entre a ampla defesa e o contraditório, concebendo-os como subprincípios do devido processo legal, este oriundo da expressão inglesa "due process of law". (ARAÚJO, 2020).

GRACO FILHO (1996, p. 56-58) afirma que a ampla defesa consiste no oferecimento de condições com possibilidade de o réu contrariar, dentro das previsões legais, a acusação, enquanto o contraditório é o meio de efetivação da ampla defesa. (ARAÚJO, 2020).

A ampla defesa consiste em assegurar ao réu a possibilidade de trazer ao processo todos os elementos para o esclarecimento da verdade, que inclui a omissão. O contraditório ressaí como a exteriorização da ampla defesa (ARAÚJO, 2020).

5. A NOVA LEI DO ABUSO DE AUTORIDADE

Em 05 de setembro de 2019, foi votada e aprovada a nova lei nº 13.869/2019, também conhecida como Lei do Abuso de Poder, que revogou a antiga lei e trouxe alterações à Lei da Prisão

Temporária, às escutas telefônicas em Direito Penal e ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A nova lei que entrou em vigor a partir de 03 de Janeiro de 2020 impõe 45 tipos de condutas abusivas contra os agentes públicos. (BRASIL, 2019).

Tem-se atrelado a criação dessa nova lei ao momento em que o país vem vivendo, de grandes investigações, notoriamente a maior delas é a Lava Jato, e um possível oportunismo de sua criação (FREITAS, 2019). Tem seu surgimento atrelado a iniciativa do processo legislativo com o Projeto de Lei do Senado Federal - PLS nº 85/2017, sendo aprovada em regime de urgência pelo Senado, seguiu para a Câmara dos Deputados, onde se tornou o PL nº 7506/2017, sendo apresentada no dia 14/08/2019 requerimento de urgência e 13 inclusão na ordem do dia, sendo aprovada no mesmo dia em sessão deliberativa extraordinária.(SILVA,2020).

Das 53 condutas que vieram originalmente com o texto proposto, 45 tornaram-se efetivas, e as punições por abuso de autoridade podem chegar a quatro anos de detenção, multa e indenização . (SILVA,2020).

Entre as novas medidas desta lei estão à punição de agentes por decretar condução coercitiva de testemunha ou investigado antes da intimação judicial, promover escuta ou quebrar segredo de justiça sem autorização, divulgar gravações sem relação com as provas que se pretenda produzir, continuar interrogando o suspeito que escolher permanecer calado ou que tenha solicitado a presença de advogado, interrogar à noite quando não se configura flagrante, e procrastinar investigação sem justificativa .(SILVA,2020).

Portanto, todos devem agir de acordo com as disposições da constituição, e, a nova legislação sobre abuso de poder não deve causar medo naqueles que têm o dever de agir especificamente para proteger os interesses da sociedade, para manter a lei e a ordem como sempre fazem ou deveriam fazer dentro dos limites da legalidade, moralidade e justiça.

Apesar do revanchismo que tomou conta do debate sobre o tema, é inegável que a Lei nº 4.898/1965 estava repleta de tipos de crimes vagos, gerais e indefinidos e pode ser considerada ainda pior considerando o correto desenvolvimento do trabalho da instituição.

Além disso, devido ao clima tenso que tomou conta do país, extrapolando do cenário político e entrando também em um ambiente jurídico, onde a polarização em todas as áreas causou efeitos alarmantes, institucional, pelo menos para algumas autoridades, ações e medidas questionáveis a legislação mais do que atualiza a anterior, também especifica melhor, procurando aderir aos limites legais estabelecidos para verificação de acordo com os princípios constitucionais, especialmente no tribunal.

Nos últimos anos, presenciamos vários exemplos desses abusos se acumulando, com desrespeito as instituições e por vezes causando danos irreparáveis à vida de investigados em ações que levantaram a bandeira do clamor popular pelo combate a corrupção. No entanto, nas

quais antes mesmo de qualquer decisão interlocutória, já se decretava uma espécie de condenação moral, através de ações midiáticas, divulgação de conteúdos de interesse exclusivo das investigações e 8 exposição de nomes sem qualquer cuidado com a imagem daquele que, de início, ainda é investigado. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Como exemplo clássico da gravidade dos efeitos devastadores que uma investigação inquisitiva pode causar, temos o caso do então reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) Luiz Carlos Cancellier de Olivo, que no dia 14 de setembro de 2017 foi preso e se tornou o símbolo de um esquema de corrupção milionário dentro da universidade. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Um escândalo noticiado pelos maiores jornais do Brasil, com sua imagem usando o uniforme laranja de presidiário viralizada nacionalmente. Posteriormente a Polícia Federal informou que a sua prisão se deu sob acusação de suposta obstrução a investigação, não diretamente implicada no suposto desvio de milhões de reais, mas a essa altura o estrago a sua imagem já seria irreversível. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

A diretoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), à época, emitiu nota criticando essa espetacularização do processo penal. Já na OAB estadual de Santa Catarina, o então presidente Paulo Marcondes Brincas frisou que as reputações construídas duramente, ao longo de anos de trabalho e sacrifícios, podem ser completamente destruídas numa única manchete de jornal. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Ante a todo o contexto, ressalte-se que aqui não se buscou a defesa do caso específico do ex-reitor, muito menos fazer algum juízo de sua culpa ou inocência, o que se busca com todo o explanado é demonstrar que as investigações, sejam elas quais e contra quem forem, devem respeitar a legislação, ao devido processo legal com todo seu direito ao contraditório, ampla defesa e preservação da imagem do indivíduo investigado (RÔMULO; ANDREA, 2020).

6. APLICANDO A LEI

A aplicabilidade desta lei constitui um importante instrumento de garantia não apenas do cidadão contra os abusos, mas também dos agentes públicos, uma vez que diversos parâmetros tendentes a conceder, proteger e garantir autoridades e o exercício legítimo das funções públicas. É neste sentido que temos a importância da aplicabilidade desta lei. É neste sentido que temos a importância da aplicabilidade desta lei. Primeiramente, o novo dispositivo deverá conviver e aproximar os crimes de violência arbitrária e prevaricação vista do Código Penal. (SILVA, 2020)

Em sua nova aplicabilidade tema revogação da velha lei e do artigo 350 se o regramento muito distinto sobre o dolo no abuso de autoridade, o novo estatuto exige a vontade de "prejudicar", "beneficiar" ou simplesmente agir por "mero capricho", ou seja, um dolo específico (artigo 1º, §1º, da Lei 13.869/2019) (SILVA, 2020)

Ainda neste sentido, tem-se também a incorporação dos elementos da violência arbitrária à nova Lei, tendo em visto que as condutas de ambos os tipos se alinham. (SILVA, 2020).

As condutas descritas na Lei 13869/19 caracterizam e tipificam os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agentes ou servidores, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, quando praticadas com a finalidade de prejudicar outrem ou beneficiar a si ou a terceiro, ou ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. (SILVA, 2020).

As normas penais são criadas com eminente função de proteger os bens jurídicos. Sabe-se que a Administração Pública esta a serviço do cidadão e, ambos, têm direito a interagirem sem conflitos, se a Administração Pública entra em conflito interno, ou seja, sofre ataques de seus próprios servidores, entregara ao cidadão um serviço ineficiente e se o conflito acontece entre o cidadão e o agente público, seus direitos constitucionais são violados. (SILVA, 2020).

É para sanar esse tipo de conflito que existe a Lei de Abuso de Autoridade. Assim, diz-se, que é dupla a objetividade jurídica nos crimes da Lei em estudo.

Há uma objetividade jurídica mediata, que está ligada ao regular funcionamento da administração, ou seja, apesar de sua atuação se dar através de atos administrativos, não são absolutos, pois regram-se pela legalidade. Fora desta, os atos são um nada jurídico, nulos ou anuláveis. Impõe-se, portanto, que se proteja tal legalidade, para que a administração possa atuar. Existe também a objetividade imediata, que é a proteção dos direitos do cidadão, protegida e estatuída pela Carta Federal, resguarda os direitos fundamentais, valendo-se como direitos anteriores e superiores ao Estado. (SILVA, 2020).

7. A IMPORTANCIA DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal é visto como ultima ratio, ou seja, se reserva a criminalizar as condutas realmente consideradas inadmissíveis, como por exemplo, deve-se considerar o abuso de autoridade, uma vez que o conceito penal de funcionário/servidor público engloba as autoridades em geral. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Portanto, se o agente público pode agir somente dentro dos parâmetros legais, aquele que extrapolar estes ditames, tirando proveito e abusando de sua condição de representante do Estado, em absoluto, merece ter sua conduta criminalizada. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Este fato é muito difícil de comprovar, além de exigir um objetivo específico que demonstre absoluta hiperatividade do agente.

É importante lembrar que os crimes descritos nesta lei estão repletos de situações jurídicas em que há proteções claras, pois em um estado de direito que funcione eles nem precisariam ser criminalizados a menos que os abusos se repitam. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

Entre as novidades apresentadas na nova norma está a determinação de que sejam consideradas criminosas as interceptações telefônicas e as quebras de segredo de justiça sem autorização judicial. (RÔMULO;ANDREA, 2020).

A normativa atual também criminaliza a ação de constranger preso com violência ou ameaça; entrar em imóvel alheio ou submeter outrem a interrogatório policial durante a noite; divulgar gravação sem relação com a prova; prestar informação falsa; estender injustificadamente investigação; negar ao interessado acesso aos autos; antecipar dados ou atribuição de culpa em meio de comunicação antes de concluídas as apurações, dentre outras. (RÔMULO; ANDREA, 2020).

De acordo com a legislação vigente, a pretensão tornou-se mais exaustiva em seu artigo 9º, que novamente exigia um propósito específico para articular uma possível detenção ilegal, que deve ser comprovada inclusive pelo Ministério Público.

Vejam os pela leitura do artigo 3º da lei anterior, onde se apontava que constituía abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de locomoção, de forma genérica, percebendo-se que tal subjetividade poderia ser amoldável a toda e qualquer prisão preventiva. Já pela lei vigente, as ações se tornaram mais taxativas em seu artigo 9º, exigindo, novamente, o dolo específico para a configuração de possível prisão ilegal, devendo este ser inclusive provado pela acusação. (RÔMULO; ANDREA, 2020).

Assim, garante o direito de duas autoridades judiciárias pensarem e decidirem sobre a mesma questão em situações completamente opostas. É claro que alguns dos novos tipos de crimes foram influenciados pelo já mencionado momento de polarização, até mesmo atos paralelos e obviamente violentos, como vemos no artigo 10, que trata de condutas coercitivas que sem aviso prévio se tornaram desarrazoadas.

Com respeito aos princípios constitucionais, fica claro que não se pode conduzir uma pessoa, seja testemunha ou suspeito, para prestar esclarecimento a qualquer autoridade sem que esta antes nunca tenha sido intimada a comparecer para fornecer o seu depoimento, livre do constrangimento obrigacional. Desse ponto, a condução coercitiva criada pela Operação Lava Jato configuraria abuso de autoridade. (RÔMULO; ANDREA, 2020).

Daqui para frente, o comportamento coercitivo criado pela Operação Lava Jato significaria abuso de poder por meio da comunicação, incluindo mídias sociais, ou indiciamento antes que as investigações sejam concluídas e as acusações sejam apresentadas.

A Lei de Abuso de Autoridade, dentre tantas previsões traz ainda a punição de agentes públicos que promoverem escuta telefônica ou quebrar segredo de justiça sem prévia autorização judicial, e divulgar gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, outra situação já presenciada em algumas ocasiões em tempos recentes. (RÔMULO; ANDREA, 2020).

Totalizam quarenta e cinco artigos o documento normativo que tipificou as novas condutas definidas como abusos de autoridade, ressaltando-se por fim o artigo 43, que veio a alterar a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, a qual passou então a vigorar acrescida do seu art. 7º-B, onde agora constitui crime a violação do direito ou prerrogativa de advogado, previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º da referida Lei. (RÔMULO; ANDREA, 2020).

8. SANÇÕES PREVISTAS PARA OS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE

Quem decide cometer um crime previsto na Lei de Abuso de Poder recebe sanções em três áreas de responsabilidade, ou seja, por exemplo, um réu que cumpriu pena criminal não está isento de responsabilidade na área cível e/ou administrativa.

Esse afastamento pode ser explícito com o seguinte exemplo. Um Público que foi absolvido das acusações de abuso, mas foi demitido de sua função, estará sendo responsabilizado administrativamente e absolvido criminalmente. (SILVA,2020)

São consequências da decisão judicial:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, devendo o juiz, a requerimento do ofendido, fixar na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos por ele sofridos;

II - a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos;

III - a perda do cargo, do mandato ou da função pública.

Parágrafo único. Os efeitos previstos nos incisos II e III do caput deste artigo são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença. (SILVA,2020).

9.DISCORRENDO SOBRE OS DEBATES CONSTITUCIONAIS

Várias ações inconstitucionais diretas foram levantadas contra a nova lei de abuso de poder, e as ADIs 6238, 6239, 6240, 6266, 6302 são bons exemplos ilustrativos desse argumento. Basicamente, três tipos principais de argumentação são tratados nas ações, a saber:

1) os termos não definidos nos dispositivos normativos são incompatíveis com a Constituição porque violam a lei penal e permitem abusos;

2) violam o princípio da proporcionalidade;

3) caracterizam a criminalização da hermenêutica - os três blocos principais são ilustrados com vários exemplos e "batidos".

Algumas das construções argumentativas mais comuns são dadas como exemplos curtos. Por exemplo, a ADI 6.240 diz que "A Lei 13.869/2019, a lei do abuso de poder, não traz uma definição clara e objetiva do conceito de abuso de poder, o que não permite expressar com precisão seu conteúdo e alcance, pois nesse sentido, não existe uma lei racional, proporcional, moral e, sobretudo, constitucional, que "execute os crimes de abuso de poder" e apresente outros dispositivos entre aqueles a serem punidos.

Cidadãos que estejam em conflito com os interesses coletivos definidos no ordenamento jurídico estabelecido nos artigos 27.º, 29.º e 31.º da Portaria prevêem pena privativa de liberdade e multa e a autoridade que atuar no exercício das suas funções com base na tarefa que lhe foi atribuída. Utilizados contêm múltiplas conclusões sobre estas instruções", o que afeta e limita o princípio da eficiência e promove a "destruição da autoridade fiscalizadora (que nega o princípio da competência).

Com um forte poder livre que mina a autonomia inerente da prática tributária" contra uma missão pública desproporcional aos pilares do Estado Democrático de Direito.

Muito semelhante é a ADI 6239, por exemplo, argumenta-se que a alegada inconstitucionalidade do artigo 9º decorre do fato de que "criminaliza a conduta do juiz e expõe uma verdadeira avaliação do cumprimento dos deveres de um juiz típico", formando assim uma hermenêutica doselementos típicos de um crime como "saída" e "aparentemente", o que seria subjetivo e aberto.

Por fim, a fundamentação do ofício da ADI 6238 segue a mesma linha de raciocínio, pois discute-se que "os tipos de crimes criados pela Lei nº 13.869/2019 são muito imprecisos, vago e aberto, o que permite às mais diversas interpretações do mesmo, o que acabaria por constituir um abuso de poder. Talvez nunca tenha havido uma tentativa mais ousada de atacar as instituições democráticas.

A finalidade da Lei nº 13.869/2019 é criminalizar o trabalho dos servidores públicos (...) pela abertura e subjetividade dos tipos de crimes estabelecidos". Remédios, e que os Juízes devem ser processados pelo exercício regular de sua jurisdição, como quando são tomadas decisões sobre prisões que são posteriormente reformadas.

10. UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL ADEQUADA DOS CRIMES DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

A partir dessas ações, fica claro que a aparente abertura semântica dos tipos de crimes, resultando na criminalização das atribuições típicas do poder, é um dos fundamentos mais importantes para argumentar a inconstitucionalidade da nova lei de abuso de poder. É esta afirmação que deve ser analisada para compreender bem a matéria, é necessário analisar a consistência interna do referido material legislativo e seu complemento constitucional.

Assim, o capítulo mais importante da Lei é o primeiro que trata de suas disposições gerais. Trata-se do artigo 1º, que deve ser interpretado como a verdadeira pedra angular do direito ao abuso de poder, não só pela grave limitação da disposição, mas também pelos debates legislativos que a cercam. Este artigo tem três pontos principais, a saber:

1) define abuso de poder apenas quando um funcionário abusa grosseiramente do poder que lhe foi conferido;

2) estipula que o agente público deve ter especial intenção de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiros, ou ainda agir por mero capricho ou satisfação pessoal, quando

cometer características de tipo penal, cria expressamente cláusula protetiva que é aplicada sob a condição de que não há nenhum crime hermenêutico: "Diferenças na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas não configuram abuso de poder."

Estas três seções orientam a interpretação e aplicação da Lei nº 2, os parâmetros, como uma reclamação baseada em divergências de interpretação ou sem demonstração de intenção, são ilegais. Min. José Coêlho Ferreira.

O caso dizia respeito a uma investigação preliminar conduzida nas Forças de Defesa. A certa altura, o advogado, que estava interessado porque estava sendo interrogado como testemunha, pediu para ver todo o arquivo antes de depor. O dirigente sindical decidiu levar o assunto à comunidade jurídica, que, conversando com o departamento militar, percebeu que o acesso não poderia ser concedido devido à possível contaminação da audiência. A autoridade do sindicato segue a declaração *ipsis letteris*. Ele é então investigado pela polícia militar por um suposto delito nos termos do artigo 32 da Lei nº 32. A decisão do Supremo Tribunal Federal da Polícia Militar de expedir liminar contra agente federal e encerrar inquérito policial militar está correta, pois carece de finalidade específica.

O crime não se caracteriza por uma mera negação com base no parecer jurídico do assessor militar, especialmente porque a fundação preparou que o sigilo é essencial para as etapas posteriores e é necessária uma intenção válida. Na prática, a aplicação do tipo de crime a um caso individual deve ser analisada a partir dos três pontos mencionados acima.

Assim, o crime significa negar ao interessado o acesso aos documentos de pré-inquérito de uma infração penal, civil ou administrativa, além do direito de consultar documentos relativos à investigação em curso ou à realização de investigações futuras, a obrigação de confidencialidade, o que é essencial porque sua finalidade específica é prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou mesmo agir por mero capricho ou satisfação pessoal.

Sem uma simples descrição das circunstâncias e sem referências ou provas de um fim especial, a base legal para a investigação ou atividade criminosa permanece vazia.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Digamos que tente a construção do argumento de que a lei do abuso de poder, de forma estreita e mal interpretada, desinforma e perturba mais do que a nova lei ilumina.

É possível e necessário interpretar melhor a lei, não entendendo-a como um obstáculo à ação pública, mas como um limite democrático e constitucional. No final das contas, nenhuma agência governamental tem o direito de abusar dos poderes que lhe são conferidos em suas operações para dano ou ganho ou por mero capricho ou gratificação pessoal.

Para o paradigma do Estado de direito, não importa qual autoridade seja, porque nada está acima da lei e, portanto, nenhum órgão pode alterar a lei por interesses ou propósitos pessoais.

Este é o cerne do paradigma constitucional a que somos forçados, e é também o cerne da nova Lei de Abuso de Poder.

O Judiciário chama a atenção para a possível inconstitucionalidade do abuso de poder. Um conhecido jurista argumenta que o que ele diz é uma lei que impede a jurisdição e a independência de um juiz criminal. Afirma que nenhum grau inconstitucional pode querer ditar as coordenadas mentais de um juiz ou tribunal colegial, conhecer a descrição e definição da regra geral ordinariamente aplicada nesta ou naquela jurisdição”.

No entanto, como já explicado, pode-se argumentar que a Lei 13.869/19 foi alterada em momento inapropriado devido a um conflito de horário com a Operação Lava Jato, o que dá a impressão de arma da classe política contra as autoridades usuárias da lei. No entanto, a lei não limita a autonomia das autoridades na prática, mas impede fortemente potenciais abusos, ao contrário, reconhece que o Estado pode justificar o desejo de justiça a qualquer momento a todo custo, cruzando fronteiras legais e abusando de seus cidadãos.

Afinal, a maioria dos funcionários de segurança pública e funcionários de tribunais, sejam eles juízes, ministros e outros funcionários de tribunais, agem com tranquilidade, aparentemente direta e honestamente, sem sequer pensar em cruzar fronteiras - Responsabilidades Autoritárias

No entanto, como em todos os campos, existem aqueles que agem ilegalmente, em detrimento do bem comum, em detrimento dos interesses da sociedade, e por qualquer motivo buscam satisfação pessoal e controlam a legislação em seu favor. É importante de fato, o perigo que a nova lei provavelmente trará é que ela não será suficiente para combater os abusos que prejudicaram os direitos de muitas pessoas devido às ações ilegais das autoridades.

Por fim, percebemos que não é necessário falar sobre a inconstitucionalidade da nova lei, pois não há mal em estabelecer os limites do exercício de qualquer poder, pelo contrário, é, sem dúvida, uma garantia para ambos os atores públicos, que tornam-se ainda mais confiantes em suas ações quando se sabe até onde se estende sua autoridade, e principalmente para os cidadãos para aqueles que têm mais garantias de proteção contra excessos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

hermeneutica-e-a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>. Acesso em 28 de abril de 2020;

<https://www.google.com.br/search?q=R%C3%94MULO%3BANDREA%2C+2020+lei+de+abuso+d+e+autoridade&sxsrf>

Thomas Hobbes. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

CHAUÍ, Marilena. Convite à filosofia. 9 ed. São Paulo Ática, 1997;

DE CASTRO, Doacir Gonçalves. O Estado na Teoria Política Clássica. Platão, Aristóteles, Maquiavel e os contratualistas. 1ª Ed. Editora Inter Saberes, 2016;

CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019, comentada artigo por artigo. Porto Alegre: Editora JusPODVIM, 2020;

ROUSSEAU, Jean Jacques, Discurso sobre economia e política. Tradução de Maria Constança Peres Pissarra. Rio de Janeiro: ed. Digital, 2017;

DE MONTESQUIEU, Charles. O Espírito das Leis, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000;

KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito, 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003;

MOREIRA FILHO, Guaracy, Código Penal Comentado, 2 ed. São Paulo: Riddel, 2012;

ORTEGA, Flávia, Crime de hermenêutica e a Nova Lei de Abuso de Autoridade;

Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/812321379/crime-de-hermeneutica-e-a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em 28 de abril de 2020;

<https://www.google.com.br/search?q=R%C3%94MULO%3BANDREA%2C+2020+lei+de+abuso+d+e+autoridade&sxsrf>

Nelson Nery Júnior Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994

PINHEIRO, Igor Pereira, CAVALCANTE, André Nunes, CASTELO BRANCO, Emerson Nova Lei do Abuso de Autoridade Comentada; Nova lei do Abuso de Autoridade Comentada; <https://www.migalhas.com.br/depeso/309812/abusos-das-autoridades-ou-da-lei>; Acesso em 01 de novembro de 2022;

BRITTO, Ayres, Parecer, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-29/parecer-ayres-britto-integrara-adi-ajufe-lei-abuso>; Acesso em 01 de novembro de 2022;

A RELAÇÃO ENTRE A AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO PODER PÚBLICO QUANTO ÀS MEDIDAS PROTETIVAS E O NÚMERO DE FEMINICÍDIO

MARIA LUIZA VIEIRA ROCHA DIAS:

Acadêmica do curso de Direito da
Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)

YURI ANDERSON PEREIRA JURUBEBA

(coautor)¹⁹⁵

RESUMO: O presente artigo vem apresentar as dificuldades na aplicação e efetivação das medidas protetivas de urgência, as quais estão previstas na Lei 11.340/06. Paralelo a isso, serão apresentados os tipos de violência pelas quais as mulheres vítimas de violência doméstica sofrem. Estas se distribuem em: física, moral, sexual, patrimonial e psicológica. Apesar da lei Maria da Penha tratar da proteção da mulher diante das agressões domésticas, ela apresenta falha ao manter as medidas protetivas que foram criadas. Este é o ponto em que o debate gira em torno, pois é observável que pela falta de fiscalização e eficácia das MPU's há o descumprimento, o que acarreta no sofrimento repetitivo da vítima já fragilizada e que acabou desamparada. Assim, a lei 11.340/06, marco histórico na jurisprudência brasileira, será apresentada em sua forma mais prática, pois é aí que se encontram suas falhas diretamente ligadas à sociedade, a qual carece de sua eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, violência doméstica, mulher, medidas protetivas, fiscalização.

ABSTRACT: This article presents the difficulties in the application and implementation of emergency protective measures, which are provided for in Law 11.340/06. Parallel to this, the types of violence that women victims of domestic violence suffer will be presented. These are distributed in: physical, moral, sexual, patrimonial and psychological. Although the Maria da Penha law deals with the protection of women against domestic aggression, it fails to maintain the protective measures that were created. This is the point that the debate revolves around, as it is observable that due to the lack of supervision and effectiveness of the MPU's there is non-compliance, which leads to the repetitive suffering of the victim already weakened and who ended up helpless. Thus, Law 11,340/06, a historic landmark in Brazilian jurisprudence, will be presented in its most practical form, since that is where its failures are directly linked to society, which lacks its efficiency.

KEYWORDS: Law 11.340/06, Maria da Penha Law, domestic violence, women, protective measures, oversight.

1 INTRODUÇÃO

¹⁹⁵ Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Assessor Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

O tema supramencionado foi escolhido devido à grande problemática sofrida pelas mulheres em pleno século XXI. A violência jamais deveria ser um meio de solução de conflitos, de subjugação ou de manutenção do patriarcado, contudo é o meio utilizado por muitos parceiros de mulheres para os fins mencionados ou outros. Os índices constatados durante o período da pandemia fazem o importante papel de denotar e evidenciar aquilo que já era de grande conhecimento: os parceiros, quando em casa, agredem suas companheiras de inúmeras formas diferentes.

O presente artigo tem como intuito elucidar os fatores que desencadeiam a ineficiência das medidas provisórias de urgência. O crescente aumento do número de casos de violência doméstica é o principal motivo que norteia o estudo apresentado.

O jornal Correio Braziliense do DF apontou, em 03 de março de 2021, com dados da CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) do Femicídio, que em 100% dos casos os agressores eram reincidentes em violência doméstica, ou seja, um tratamento cauteloso por parte do Estado poderia trazer resultados melhores a uma porcentagem vergonhosa e que demonstra, nitidamente, o reflexo da ineficácia do serviço judicial de fiscalização de medidas protetivas.

A criação da Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, foi e é a norteadora dos direitos das mulheres no que diz respeito à violência sofrida por ser mulher. Nesse viés, o intuito da pesquisa é analisar o desenrolar prático e teórico que a lei mencionada provocou no sistema jurídico, demonstrando sua função, suas falhas e possíveis melhorias, a fim de abarcar cada vez mais as necessidades daquelas que sofrem entre quatro paredes e muitas vezes em silêncio.

A Lei Maria da Penha é de suma importância para a garantia dos direitos da mulher e para a sociedade como um todo. Tendo em vista seu caráter de justiça frente a situações que se desenvolveram em meio ao patriarcado, onde a mulher tem seu papel submisso e o homem a atuação principal.

Nesse sentido, o artigo tem por objetivo chamar a atenção dos órgãos capacitados, para que busquem uma maior efetivação das medidas. Pois estas carecem de manutenção e fiscalização para que possam realmente surtir efeito protetivo a favor da vítima. A falta da fiscalização se elucida ao ser perceptível o número de casos de violência doméstica mesmo após a aplicação das Medidas Protetivas de Urgência (MPU's).

Há diversas formas em que a violência doméstica se enquadra, as quais se diferenciam entre: física, psicológica, sexual, moral e patrimonial. Esses tipos de violência se desenrolam e se apresentam de diferentes formas às vítimas, causando danos muitas vezes imperceptíveis. Desse modo, todas as cinco violências supracitadas podem ocorrer no ambiente doméstico, caracterizando tudo aquilo defendido pela Lei 11.340/06.

O presente estudo irá analisar legislação e doutrina, para finalmente elencar os fatores que comprovam a ineficácia apontada e, por fim, apresentar o agravante pandêmico ocorrido entre 2020 e 2021 devido ao vírus da COVID-19.

2 A LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06)

2.1 Contexto histórico

No século XIX, a mulher já vinha de um ideal de mãe, dona de casa, reprodutora e mantenedora do lar. As mulheres, nessa época, eram pertencentes ao pai, obedecendo-o de todas as maneiras, até que ela se casasse e passasse a pertencer a seu marido, seguindo os mesmos termos. O sexo feminino era um objeto de troca para reprodução, manutenção de poder, transação comercial e até política (GREGORI, 2006).

Tais comportamentos desencadearam infelizes costumes enraizados na mentalidade patriarcal, a qual possui uma posição bem colocada para o homem e para a mulher: ele em posição de comando e protagonismo e ela como posse e subordinada. Na modernidade, o machismo se revela nos tipos de violência sofridos pela mulher em seu lar apenas por ser mulher.

A busca por reconhecimento social da luta das mulheres contra a violência doméstica no Brasil é um assunto notadamente novo; os primeiros indícios práticos deste entrave se apresentaram por volta dos anos 80. Neste período, os grupos SOS-Mulher, criados para dar amparo às mulheres vítimas de violência doméstica, atendimento psicológico e instrução jurídica, deram início a um modelo necessário à sociedade em geral. Da mesma forma que a mulher carece de esclarecimentos quanto às situações abusivas que podem vir a ocorrer, a sociedade como um todo precisa de uma mudança de mentalidade quanto ao papel e relevância da mulher enquanto ser humano e parte de uma comunidade (PASINATO, 2015).

Na mesma década, em 1985, foi criada a primeira Delegacia Da Mulher em São Paulo, a qual abriu portas para muitas mulheres em situação de vulnerabilidade em seus lares. O atendimento prestado nestas unidades cresceu aos poucos, de forma tímida, e hoje o Brasil conta com 400 delegacias especializadas ou núcleos de atendimento especializado em delegacias comuns, segundo o Mapa das Delegacias da Mulher desenvolvido pelo Instituto Azmina (AZMINA, 2022).

Frente às dificuldades sofridas na legitimação dos direitos das mulheres, em 2003, foi criada a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), a qual possuía o objetivo de ampliar a política de enfrentamento à violência contra a mulher. Assim, a SPM se empenhou na articulação dos serviços que se conectaram para dar o suporte àquelas mulheres desamparadas e em situação de violência, garantindo recursos e serviços bem estruturados para a implementação de políticas públicas de enfrentamento da lide (SPM, 2019).

Em 2006, o Brasil deu passos concretos rumo às garantias à segurança feminina. A mulher que deu nome à lei Maria da Penha sofreu agressões durante seis anos e dupla tentativa de homicídio, crimes estes cometidos por seu cônjuge e que acarretaram em sua paraplegia. Maria da Penha Fernandes era farmacêutica e na primeira tentativa de homicídio foi atingida por um tiro de espingarda, deixando-a paraplégica e, poucos dias depois, sofreu a segunda tentativa por meio de descargas elétricas enquanto tomava banho. Ambas as situações decorreram de inúmeras agressões até chegarem ao ponto do seu marido tentar matá-la, assim como em muitos outros lares pelo Brasil, o último estágio da violência doméstica acaba sendo o feminicídio. Após 19 anos e meio de luta por justiça às mulheres que sofrem o mesmo, em 7 de agosto de 2006, foi aprovada

a Lei nº 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha, a qual viria a proteger as mulheres no âmbito doméstico e familiar ao punir seus agressores com devido rigor. (BRASIL, 2006)

A abrangência desta lei criou um marco político na luta pelo direito das mulheres no Brasil ao estabelecer a violência contra a mulher como um problema de políticas públicas e mudar a abordagem jurídica neste âmbito ao definir novos patamares (PASINATO, 2015).

2.2 Aplicabilidade

A Lei Maria da Penha tem como objetivo não só a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e punição para o cometimento das violências previstas na lei, mas também a redução dos casos. A norma trabalhada engloba preceitos constitucionais e de tratados internacionais, como mencionado na primeira linha da lei em estudo:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago. de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006)

As medidas trazidas pela lei fornecem todos os tipos de serviço necessários ao suporte à mulher que enfrenta a problemática da violência doméstica. Nestes suportes, pode-se incluir policiamento, saúde, assistência social e psicológica. Tais medidas serão aplicadas às vítimas cadastradas e aos novos casos apresentados pelo Ministério Público, segundo os artigos 25 e 26 da Lei 11.340/06.

A violência contra a mulher se tornou um acontecimento global e notório ao se analisar os dados apresentados pela Organização Pan Americana de Saúde (OPAS), os quais indicam que aproximadamente uma em cada três mulheres (35%) em todo o mundo sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros durante a vida.

A Lei 11.340/06 vem para regular e minimizar os seus fatos geradores, os quais foram necessários para que a lei fosse moldada às necessidades da sociedade e como um instrumento de mudança no âmbito jurídico. A norma veio de uma luta e descaso sociais frente ao sofrido pelas mulheres na esfera do lar. Sendo assim, a norma veio como uma mudança não só jurídica, mas uma mudança na sociedade como um todo.

Assim, na pós-modernidade, a luta das mulheres contra a violência doméstica ganhou mais voz e aos poucos o amparo jurídico necessário para dar suporte às vítimas e punição aos agressores. Desse modo, a Lei Maria da Penha vem como uma garantia necessária frente aos direitos da pessoa, a fim de tentar efetivá-los de forma que proteja aquelas desamparadas.

3 DIFERENTES FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A lei Maria da Penha, apresenta diferentes formas de violência às quais a mulher pode ser submetida. Essa violência, qualquer que seja a forma como aconteça, pode ser perpetrada por um agressor ou mesmo uma agressora, tendo em vista que o relacionamento homoafetivo, entre duas mulheres também pode ser enquadrado na lei discutida (DIAS 2015, p.58).

Apesar de não elencar os crimes gerados pela violência doméstica, a lei 11.340/06 arrola as formas de violência que podem ser sofridas pelas mulheres por meio da condição de vulnerabilidade que experiencia através da atitude do/a agressor/a. Deste modo, a lei define em seu art. 5º "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". (BRASIL, 2006).

O art. 7º da Lei Maria da Penha lista os tipos de violência contra a mulher, as quais são: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Estas estão presentes nos incisos de I a V e podem ser apresentadas de forma concomitante ou isolada, contudo, de ambas as formas é caracterizado como violação aos direitos humanos da mulher.

3.1 Violência física

A violência física contra a mulher é tida como qualquer conduta que venha a ofender a integridade física da mesma, provocando dolosamente marcas físicas aparentes ou não na vítima. Tendo em vista que a violência nem sempre ocorre primeiramente com esse tipo de agressão, na maioria das vezes o agressor inicia suas investidas criminosas através da violência psicológica e moral, evoluindo para a violência física, a mulher nesse momento está fragilizada tornando-se presa fácil para a violência física (SCARANCE, 2015).

De acordo com o art. 7º, inciso I da LMP, a violência física contra a mulher é entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Segundo dados fornecidos pelo Governo Federal por meio do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (BRASIL, 2019), em 2019, foram registradas 11.132 denúncias feitas ao Ligue 180 (Central de Atendimento à Mulher). Das quais, 7.854 foram físicas, 2.401 morais e 877 psicológicas.

Como é notório, há uma grande disparidade no número de denúncias acerca da violência física. Isto se dá devido à maior facilidade de percepção deste tipo de violência, a qual deixa marcas na mulher agredida, marcas estas que podem ocorrer reiteradas vezes e de formas mais graves, até que a mulher consiga fazer uma denúncia. A forma qualificada da lesão corporal foi dada devido à aclamação da lei 11.340/06, a qual diminuiu a pena mínima e aumentou a pena máxima, passando de seis meses a um ano para três meses a três anos. O §9º do art. 129 do Código Penal versa sobre a violência doméstica e passou a definir:

[...] § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (BRASIL. Decreto-Lei n.2.848, de 7 de dez.de 1.940. Código Penal, Brasília, DF, dez. 1940).

Assim, a legislação que visa melhorar e garantir justiça às mulheres vítimas reforça cada vez mais sua atuação perante os interesses femininos.

3.2 Violência psicológica

A segunda forma de violência apresentada pela lei é a mais difícil de ser identificada pela vítima por ser mais velado e não visto como algo incorreto ou injusto. A violência psicológica se enquadra na Lei Maria da Penha devido aos graves prejuízos à saúde psíquica da mulher. O art. 7º inciso II prevê:

[...] II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago. de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006).

Pode-se dizer que nesta forma de violência, a mulher é destruída silenciosa e internamente, visto que o agressor tende a agredir psicologicamente de forma progressiva. Inicialmente de forma suave, como um cuidado, até chegar ao ponto de a vítima não perceber que não possui mais controle sobre suas escolhas, convívios e trejeitos. Tudo isso devido a um agressor manipulador e que, normalmente, se deleita da inferioridade psicológica em que deixa a vítima.

Assim, a mudança comportamental drástica da mulher pode simbolizar um possível relacionamento abusivo, no qual a mesma pode não se identificar em tal situação.

3.3 Violência sexual

A violência sexual abrange diferentes situações e condições, tendo em vista todas as formas de agressões que incluem o âmbito sexual. O estupro quando há casamento, namoro ou afins, também revela esse tipo de violência, o aborto forçado, além da violência contra a integridade corporal da mulher, como mutilações da genitália e outras formas grotescas dessa violência, como por exemplo, a exigência de exames que comprovem a virgindade da mulher como bem define (CUNHA 2018).

Diretamente ligada às tentativas de ter relações sexuais forçadas e indesejadas, a violência sexual cometida pelos agressores gera temor às vítimas, as quais se sentem obrigadas a cometer

atos que não querem ou não se sentem confortáveis ou não possuem forças para combater o ato forçado.

A lei trata em seu art. 7º da LMP:

[...] III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago. de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006).

A violência tratada neste tópico possui vasta abrangência, tendo em vista que seu ato gera danos psicológicos e afeta a integridade física sofrida pela vítima. Em suma, a vítima acaba suportando, por consequência, outras duas formas de violência: física e psicológica.

3.4 Violência patrimonial

O inciso IV da Lei nº 11.340/06 define, de forma clara, a violência patrimonial como:

[...] IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago. de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006).

A violência patrimonial pode ser configurada por dano, destruição, diminuição de objetos, bens ou valores pertencentes à vítima, geralmente correlacionada com os outros modos de violência, conforme nos ensina Rogério Sanches.

Desse modo, a violência supramencionada é de suma importância ser citada e amparada pela Lei Maria da Penha, visto sua violação aos direitos patrimoniais da mulher.

3.5 Violência moral

Entende-se por violência moral, aquela em que o agressor atribui, falsamente, à vítima qualquer conduta criminosa, fatos que afetem sua reputação ou ofenda sua dignidade enquanto mulher.

O inciso subsequente é o que versa acerca da violência não-visual tratada:

[...] V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago.de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006).

Desse modo, o artigo 7º da Lei 11.340 finaliza integrando ao rol de crimes contra a mulher, a calúnia, difamação e injúria, todas diretamente atreladas à honra da mulher vítima desta violência.

4 MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI 11.340/06

A Lei Maria da Penha apresentou diversas inovações legislativas, as quais possuem o intuito de resguardar o polo vulnerável na relação doméstico-familiar. Dentre elas é notória a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, medidas protetivas de urgência (MPU's), entre outras.

A fim de garantir os direitos fundamentais das mulheres vítimas, o legislador, por meio das medidas protetivas, atribuiu natureza híbrida às MPU's, as quais englobam tanto a esfera criminal quanto a cível. O intuito disso é de que a mulher possa solucionar todos os problemas jurídicos que forem necessários em relação ao seu agressor em um só processo.

O art. 14 da lei em questão prevê:

Art. 14. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago.de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006).

A finalidade da lei 11.340/06 é garantir todos os direitos fundamentais à mulher, de forma especial a jurisdicional, assim como a liberdade.

O art. 22 da lei em pauta apresenta as medidas de urgência que obrigam o agressor, ou seja, são as restrições determinadas ao agressor a fim de fazer com que ele não represente ameaça à vítima novamente. Essas medidas são listadas, nos incisos I, II e III, como suspensão da posse ou restrição do porte de armas, afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida e a proibição de determinadas condutas, dentre elas a aproximação e contato com a vítima, bem como a frequência de determinados lugares. (BRASIL,2006)

Em busca de garantir segurança à vítima e a seus familiares, as medidas protetivas apresentam caráter preventivo e punitivo. O legislador buscou abarcar a situação como um todo e facilitar o acesso à denúncia, para que as mulheres fossem encorajadas a denunciar, na certeza de que seriam devidamente amparadas

Para que as medidas supracitadas sejam aplicadas, a vítima ou terceiro que tenha conhecimento dos fatos precisa denunciar às autoridades policiais, a fim de que seja encaminhada ao poder judiciário e o juiz competente emita, no prazo de 48 horas, as providências a serem tomadas em favor da vítima. Ademais, as medidas podem ser solicitadas ao Ministério Público, o qual fará o requerimento ao juiz.

Da mesma forma que há legislação direcionada especificamente ao agressor, a Lei Maria da Penha também dispõe de especificidades ao tratamento da vítima. Importante salientar que o previsto na lei possui rol exemplificativo, deste modo, o juiz pode facultar por impor medidas não previstas na letra.

Os artigos subsequentes, de números 23 e 24, elencam as medidas que serão tomadas a fim de proteger a agredida:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos.

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.(Incluído pela Lei nº 13.882, de 2019)

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago.de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006).

As MPU's direcionadas à mulher são, em sua maioria, de caráter cível, e, assim, criou mecanismos de impedimento e remoção a fim de zelar pela integridade da vítima.

O combate à violência doméstica necessita das medidas protetivas, no entanto, é essencial que os órgãos responsáveis pela fiscalização das mesmas ajam de forma correta, cautelosa e constantemente, pois seu intuito é garantir direitos básicos à segurança da mulher.

5 INEFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA

5.1 Fatores que dificultam a efetivação das medidas protetivas

A promulgação da Lei Maria da Penha trouxe diversas medidas que se destinavam à proteção das mulheres e à reeducação do agressor e, assim, dar fim ao ciclo de agressões sofridas pelas vítimas em seus domicílios.

A intenção de garantir segurança às mulheres por parte das MPU's é clara na letra da lei. Contudo, a concessão das MPU's não significa que a ofendida estará efetivamente protegida, vez que não há programas ou políticas públicas estruturadas para atendê-las e capazes de impedir novos atos de violência (CARVALHO, 2017).

O Estado tem encontrado dificuldades na execução da fiscalização das medidas protetivas implantadas. Estas são parte vital da manutenção do sistema de proteção às mulheres vítimas, mas sem o devido policiamento e controle se torna ineficaz. Além desta problemática, o sistema ainda possui deficiência ao não apresentar delegacias especializadas, assistentes sociais e casas de abrigo suficientes ao suporte, ou seja, um rombo na estrutura essencial ao funcionamento das medidas.

Posto isso, apesar do grande avanço que é a lei 11.340/06, ainda há muito o que melhorar na prática, o que inclui as políticas públicas de conscientização e entendimento da população como um todo. Segundo a Organização Marco Zero:

A dificuldade em denunciar a violência se soma à falta de políticas públicas. Durante o ano de 2020, menos de 3% do orçamento que seria usado para iniciativas para mulheres pelo Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos foi, de fato, gasto, segundo levantamento da Gênero e Número. Isso se reflete na realidade das vidas das mulheres. (NA PANDEMIA, TRÊS MULHERES FORAM VÍTIMAS DE FEMINICÍDIOS POR DIA, Marco Zero, 2021.

Disponível em: <<https://marcozero.org/na-pandemia-tres-mulheres-foramvitas-de-feminicidios-por-dia/>> Acesso em: 23 de abril de 2022).

A falta de investimento acarreta as falhas citadas anteriormente, as quais dificultam o atendimento de qualidade à vítima, bem como a manutenção do seu requerimento. Como é sabido, para que uma medida protetiva seja eficiente é necessário um acompanhamento a longo prazo, a fim de garantir que todas as medidas, tanto para a vítima quanto para o agressor, sejam seguidas. Desse modo, é indispensável o incentivo do Estado para que a fiscalização seja feita de modo adequado e que todo o suporte seja de qualidade, a fim de que a vítima seja acolhida e não corra o risco de cair em sofrimento novamente (SOUZA, 2014).

É de grande valia que a vítima receba todo acolhimento e orientação por parte dos órgãos responsáveis. Estes devem ser capacitados para compreender o ciclo da violência e a importância do tratamento multidisciplinar, para que a mulher entenda a situação na qual estava inserida e o que pode fazer para não se encontrar da mesma forma. O fim do ciclo de violência doméstica é um conjunto de orientações recebidas pela vítima e das medidas impostas ao agressor. Desse modo, a mulher não cairá na chamada vitimização, termo usado para conceituar sofrimento continuado e repetitivo, que compreende a sistematização da violência.

A revitimização da mulher também é um fator que demonstra a ineficiência das medidas protetivas da lei Maria da Penha, pois a vítima revive o sofrimento devido à precariedade do sistema responsável por seu suporte e atendimento. Ademais, a postura tomada por parte das autoridades competentes faz com que a vítima descredite que pode sair da situação em que se encontra e se mantém inerte (FERNANDES, 2015).

Ademais, outro fator que inviabiliza a eficácia das medidas protetivas da lei Maria da Penha, é justamente o fato do não acompanhamento do Ministério Público ao caso, isso enfraquece as medidas, tendo em vista o poder que este órgão público tem perante a sociedade, levando em consideração a capacidade que o órgão possui em relação à defesa como também proteção da vítima. A participação do Ministério Público nos casos de violência doméstica e familiar é de suma importância, pois o mesmo pode solicitar proteção policial e serviços públicos em prol da vítima, portanto este órgão público precisa ter acesso aos autos de maneira imediata para que o processo flua com maior rapidez e segurança. (FERNANDES, 2015).

O Ministério Público, órgão comum e representante da sociedade, tem papel fundamental no amparo à mulher e seus familiares, por isso sua distância no tratamento quanto às MPU's dificulta o sentimento de segurança por parte da vítima. Desse modo, o amparo necessário é enfraquecido quando não há uma cobrança e atuação presente por parte dos representantes jurídicos da ofendida.

É notório que o crime de descumprimento de decisão judicial que concede medida protetiva traz em seu elemento secundário a punição de três meses a dois anos. A pena máxima do delito se equipara à infração penal de menor potencial ofensivo, sendo cabível, em tese, a Lei dos Juizados Especiais. Contudo, considerando que está incluído no âmbito da Lei Maria da Penha, e seu artigo 41 dispõe a impossibilidade de aplicação da Lei n.º 9.099/95 aos casos que envolvam violência doméstica ou familiar, o mesmo ocorre com o artigo em apreço (CUNHA, 2018).

Diante da situação de reincidência da violência doméstica, é ainda mais evidente a ineficácia das medidas protetivas. Sem a fiscalização adequada não há como garantir a integridade da mulher, logo, a mesma fica à mercê da vontade do/a agressor/a. Por este fator é que a discussão acerca do rastreamento do agressor é sempre posto em pauta, visto que aparenta ser a medida de mais fácil constatação da segurança da vítima e do descumprimento das medidas por parte do/a agressor/a (SOUZA, 2014).

Em 2018, a Lei 11.340/06 sofreu algumas alterações a fim de abarcar melhor a situação relativa aos descumprimentos das medidas protetivas de urgência

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL. Lei n.11.340, de 7 de ago.de 2006. Lei Maria da Penha, Brasília, DF, ago. 2006, incluído pela Lei nº 13.641, de 2018).

Portanto, de acordo com as mudanças feitas, o descumprimento das MPU's é crime afiançável, a qual só pode ser deferida por autoridade judicial, além de poder incidir outras sanções sobre a inobservância.

5.2 O impacto da covid-19 na efetivação das medidas protetivas

O infeliz advento da pandemia do vírus da COVID-19 iniciado em março de 2020, desencadeou o sofrimento de milhares de mulheres pelo Brasil. Neste período, o isolamento social era medida obrigatória à população e, assim, as famílias foram obrigadas a conviver mais tempo juntos.

Há dois pontos principais a serem tratados sobre este determinado período: a dificuldade da vítima em poder relatar a violência devido ao fechamento dos serviços responsáveis e impossibilidade de se locomover; e o contato constante entre vítima e agressor, aumentando os casos de violência.

Segundo ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2021), apenas entre março de 2020, mês que marca o início da pandemia de covid-19 no país, e dezembro de 2021, último mês com dados disponíveis, foram 2.451 feminicídios e 100.398 casos de estupro e estupro de vulnerável de vítimas do gênero feminino.

Os dados mensais de feminicídios no Brasil entre 2019 e 2021 indicam que houve um aumento dos casos entre os meses de fevereiro e maio de 2020, quando houve maior restrição nas medidas de isolamento social. Em 2021, a tendência de casos seguiu muito próxima àquela verificada no ano anterior à pandemia, com média mensal de 110 feminicídios. (FBSP, 2021)

É notável o impacto causado pela pandemia sobre os números de feminicídio e violência doméstica. Importante salientar que os dados representam os casos que foram denunciados às Polícias Cíveis das 27 Unidades da Federação, ou seja, ainda há os muitos casos em que a violência não se converteu em denúncia ou ações formais.

Junto à crise sanitária veio a crise econômica, advinda da paralisação do comércio e da sociedade como um todo. Em decorrência disto, muitas pessoas perderam seus empregos e enfrentaram o *lockdown* com problemas financeiros e ajuda mínima do Governo. Um agravante a mais para tornar o ambiente doméstico um lugar ainda mais hostil.

Durante este período conturbado da comunidade mundial, sair de casa significava se expor a um vírus letal, mas permanecer significaria sofrer ainda mais agressões. As mulheres se viam sem saída para escapar da violência, além de não terem o devido resguardo quanto a possíveis medidas protetivas, as quais tinham sua aplicação dificultada devido às medidas de restrição quanto à COVID-19. Desse modo, além das vítimas pelo vírus, a pandemia gerou vítimas por meio da violência.

A partir disso, a pandemia escancarou os frágeis mecanismos normativos, os quais já não funcionavam de modo integrado como necessário, deixando as mulheres ainda mais vulneráveis. O diretor-geral da OMS, Adhanom Ghebreyesus, declarou:

A violência contra as mulheres é endêmica em todos os países e culturas, causando danos a milhões de mulheres e suas famílias, e foi agravada pela pandemia de COVID-19, mas, ao contrário da COVID-19, a violência contra as mulheres não pode ser interrompida com uma vacina. Só podemos lutar contra isso com esforços sustentados e enraizados - por governos, comunidades e indivíduos - para mudar atitudes prejudiciais, melhorar o acesso a oportunidades e serviços para mulheres e meninas e promover relacionamentos saudáveis e mutuamente respeitosos. OPAS/OMS. Devastadoramente generalizada: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência. 2021. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia>>. Acesso em: 03 de abril de 2022.

A violência praticada pelo parceiro é de longe a forma de violência mais prevalente contra as mulheres em todo o mundo (afetando cerca de 641 milhões). No entanto, 6% das mulheres em todo o mundo relatam ter sido abusadas sexualmente por alguém que não seja seu marido ou parceiro. Dados os altos níveis de estigma e subnotificação de abuso sexual, o número real provavelmente é significativamente mais alto. (OMS, 2021)

Infelizmente, no Brasil não foi diferente dos dados apresentados em âmbito mundial. O ano de 2021 marca a retomada do crescimento de registros de estupros e estupros de vulnerável contra meninas e mulheres no Brasil, que apresentaram redução após a chegada da pandemia de Covid-19 no país. Foram registrados 56.098 boletins de ocorrência de estupros, incluindo vulneráveis, apenas do gênero feminino. Isso significa dizer que, no ano de 2021, uma menina ou mulher foi vítima de estupro a cada 10 minutos, considerando apenas os casos que chegaram até as autoridades policiais. (FBSP, 2021)

Apenas no primeiro semestre de 2021, cerca de 152 mil medidas protetivas foram deferidas em 24 estados, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Isso elucida o grande contingente de denúncias e mulheres necessitadas de ajuda no período pandêmico.

Contudo, o aumento das MPU's não significa que as mesmas foram devidamente fiscalizadas e garantidas. Tendo em vista a situação como um todo e as medidas de prevenção contra a COVID-19, a fiscalização por parte dos órgãos competentes ficou ainda mais prejudicada devido à redução de policiais e funcionários públicos disponíveis. Ainda assim, a disponibilidade de pessoas não era de modo presencial e sim, em sua grande maioria, virtual.

A pandemia fez com que organizações sociais de ajuda - como a Associação Fala Mulher, juntamente com as entidades estatais, precisassem encontrar mecanismos eficientes para atender as mulheres em situações de violência doméstica. Ocorrências eletrônicas, requisição de medidas protetivas pela internet, redes de apoio pelo *whatsapp*, dentre outros meios, foram algumas das formas encontradas para dar suporte a essas mulheres.

6 CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha é uma legislação de grande valia à sociedade brasileira como um todo. Com o desenvolver do presente trabalho, foi possível notar a gama de previsões estabelecidas pela lei em questão, as quais, apesar de estarem arroladas, não possuem, necessariamente, uma atuação efetiva em favor da sociedade feminina vítima da violência doméstica.

Como já explicado anteriormente, as MPU's visam garantir a integridade física, psíquica, moral ou patrimonial da vítima, evitando a aproximação do agressor dela. Assim, o magistrado fixa uma limitação em metros, o que não é fácil de ser observado, bem como não se pode exigir do agressor que ande com uma fita métrica para seguir à risca a medida imposta (CARVALHO, 2017).

As lacunas apresentadas na lei se apresentaram solucionáveis, por isso, devemos estar sempre atentos, como comunidade, a cobrar para que o Estado aplique, de forma eficaz, as medidas protetivas. Estas foram criadas com o intuito de produzir efeitos em favor de nós mesmos, por isso, nada mais justo do que os maiores interessados buscarem uma mudança necessária na aplicabilidade das MPU's.

Com isso, é perceptível que a ineficiência das medidas protetivas já se inicia na fase extrajudicial junto ao atendimento policial sem o devido acolhimento e compreensão da cautela

necessária à situação tão vulnerável. Assim, a vítima é cada vez mais exposta a situações desconfortáveis, quando deveria estar amparada e acolhida.

Entende-se, portanto, que o Brasil ainda não possui estrutura suficiente para garantir a segurança pessoal da ofendida, verificando-se que os casos de violência doméstica e familiar praticados contra a mulher são cada vez mais abusivos e desumanos. Infere-se disso que a Lei Maria da Penha por si só não é suficientemente hábil para solucionar a questão em debate, cabendo ao poder público, juntamente com a sociedade, buscar mecanismos que possam garantir a sua real eficácia (CARVALHO, 2017).

Por fim, o presente trabalho foi exitoso ao apresentar o desenrolar da Lei 11.340/06 na sociedade brasileira, tanto como marco na luta contra a violência doméstica, quanto como uma legislação falha em sua aplicação. Desse modo, a estrutura necessária é dever do Estado garantir à comunidade, para que a justiça seja plenamente alcançada em favor daquelas sofridas e para que outras mulheres não se tornem potenciais vítimas.

REFERÊNCIAS

Associação Fala Mulher. 2022. Disponível em:

<<https://associacaofalamulher.wixsite.com/associacaofalamulher/servicos>>. Acesso em: 11 de maio de 2022.

BRASIL. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 20 de maio de 2022.

BRASIL. Lei 13.827, de 13 de maio de 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2022.

CARVALHO, Amanda Kelly de Lima. **A (In)eficácia da Lei Maria da Penha e aplicabilidade de suas medidas protetivas de urgência**. Digitado. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Tabosa de

Almeida – ASCES/UNITA, 2017, 28p. Acesso em: 22 de maio de 2022.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. **Violência Doméstica**: 7ª Edição. Ed: JusPodivm, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2ªed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio)** / Valéria Diez Scarance Fernandes – São Paulo Atlas, 2015. Acesso em 07 de abril de 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Violência Contra as Mulheres em 2021.** 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf>>. Acesso em: 09 de abril de 2022.

Mapa das Delegacias da Mulher, 2022. Disponível em:
<<https://azmina.com.br/projetos/delegacia-da-mulher/>>. Acesso em 09 de abril de 2022.

MARCOZERO. **Na pandemia, três mulheres foram vítimas de feminicídios por dia.** Disponível em: <<https://marcozero.org/na-pandemia-tres-mulheres-foramvitas-de-femicidios-por-dia/>>. Acesso em: 23 de abril de 2022.

OPAS/OMS. **Violence Agains Women.** 2021. Disponível em:
<<https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women>>. Acesso em: 02 de março de 2022.

OPAS/OMS. **Devastadoramente generalizada: 1 em cada 3 mulheres em todo o mundo sofre violência.** 2021. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/noticias/9-3-2021-devastadoramente-generalizada-1-em-cada-3-mulheres-em-todo-mundo-sofre-violencia>>. Acesso em: 03 de abril de 2022.

PASINATO, W. Coordenadora. **Diretrizes nacionais Feminicídio. Investigar, processar e julgar com a perspectiva de gênero. As mortes violentas de mulheres.** Brasília: (sn), abr. 2016.

QUEIROZ, M. C. Martins. **Violência Doméstica e a Ineficiência Da Aplicabilidade Das Medidas Protetivas Presentes Na Lei 11.340/06 Lei Maria Da Penha.** 2021. 20. Direito e Relações Internacionais - Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS), Goiânia, 2021.

SCARANCE, V. D. F. (2015). **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade.** São Paulo: Atlas S.A.

Secretaria de Políticas para as Mulheres - SPM, 2019. Disponível em:
<<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/arquivos-diversos/sobre>>. Acesso em: 10 de abril de 2022.

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À PROPRIEDADE PRIVADA: ESTUDO DO PROJETO NOVO RECIFE, CONFORME A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

FELIPE DE ANDRADE SÁ: Advogado da União da Advocacia-Geral da União (AGU), Consultor-Geral Substituto da Consultoria Jurídica da União no Estado do Acre, com atuação na Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual (e/CJU) de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão de Obra

WAGNER S. HANASHIRO

(orientador)

RESUMO: A definição do direito de propriedade vem, ao longo do tempo, perdendo seu caráter individualista, o qual foi formado com base nos direitos privado e patrimonialista. Com as mudanças das formas de Estado e, principalmente, com a chegada do Estado Social, a propriedade passou a ter um *status* mais relevante na busca por uma sociedade mais justa, condicionando-se às exigências constitucionais, legais e a sua função social. Com o surgimento do neoconstitucionalismo, a Constituição ganhou onipresença, suas normas e valores foram irradiados para todos os ramos do direito. Não foi diferente com o Direito Civil, que também passou por um processo de constitucionalização. A atual Constituição Federal aponta a linha de que só é garantido o direito à propriedade quando este atender a sua função social. Hoje, com a incansável busca por parte dos agentes econômicos de um domínio econômico no mercado relevante, questiona-se se a garantia da propriedade privada e a sua função social estão realmente sendo compatibilizadas na realidade social brasileira e, mais especificamente, na cidade do Recife, capital pernambucana. Nos últimos anos, este município vem se destacando com um relevante crescimento econômico e inovações urbanísticas. O interesse econômico das relações cíveis é limitado pela busca do bem comum e social, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana. Quando essas relações entre os particulares e entre os particulares e o Estado afetam os interesses municipais urbanísticos e sociais, a Lei nº 10.257/2001, Estatuto da Cidade, é violada, o que atinge, conseqüentemente, os valores da nossa Constituição Federal. Essa relação conflituosa é o ponto central deste trabalho monográfico, sobretudo em relação ao Projeto Novo Recife, questionado sob o seguinte ponto: se a sua concretização está amparada pelas normas constitucionais da função social da propriedade urbana, pelo Estatuto da Cidade e pelas normas ambientais e urbanísticas correlatas, ou se este é apenas mais um projeto grandioso e irresponsável dos grandes empreendedores, levados a efeito visando somente interesses particulares das partes envolvidas, em evidente desrespeito ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Propriedade Privada. Função Social da Propriedade. Projeto Novo Recife. Estatuto da Cidade. Interesse urbanístico.

ABSTRACT: The definition of the right of property has, over time, losing its individualistic character, which was formed on the basis of private and patrimonial rights. With the changes of state forms, and especially with the advent of the welfare state, the property now has a more relevant in the search for a more just society, conditioning themselves to legal requirements and social function. Getting the neoconstitutionalism, the Constitution gained ubiquity, its norms and values were irradiated for all branches of law and was not different with the Civil Law, which went through a process of constitutionalization. The Federal Constitution indicates that the line is only guaranteed our right to property when it meet its social function . Today, with the search for greater economic power, we wondered whether this guarantee the exercise of the right to private property and this constitutional principle of the social function of property are being considered in the Brazilian social reality and, more specifically, in Recife. In recent years, this county has been increasing with higher economic growth and innovation. The economic interest of civil relations have to be limited by the pursuit of the common good and social, in accordance with the principle of human dignity. In Recife, where these relationships civilians treat municipal interests extended to the population, the Law n. 10.257/2001, the City Statute, it must be observed that the values of our Constitution are achieved. This is what happens with questions about Project New Recife: the introduction of the constitutional foundations on private institutes of law traditionally has been taken into account in urban development in the city of Recife.

Keywords: Private Property. Social Function of Property. New Reef Project. City Statute. Urban Interest.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 1.1 Apresentação. 1.2 Problemática. 1.3 Hipótese. 1.4 Justificativa. 1.5 Objetivos. 1.5.1 Objetivo geral. 1.5.2 Objetivos específicos. 1.6 Metodologia. 2 EXPLANAÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA ACERCA DA PROPRIEDADE PRIVADA NA CULTURA OCIDENTAL. 2.1 Origem e evolução da propriedade privada. 2.2 Utilizações das propriedades privadas, no Brasil, levando em consideração os limites constitucionais vigentes: do império à atualidade. 2.3 A função social da propriedade urbana. 3 A POLÍTICA URBANA PARA AS PROPRIEDADES PRIVADAS. 3.1 Divisão de competências dos entes federativos sobre a política urbana: o pacto federativo. 3.2 A política urbana como reguladora do direito à propriedade privada: competência municipal no desenvolvimento urbano. 3.3 O impacto normativo do estatuto da cidade e do plano diretor na política urbana. 3.4 O modelo ideal de construção e crescimento. 4 O ESTUDO DO PROJETO NOVO RECIFE EM CONFORMIDADE COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, O ESTATUTO DA CIDADE E O PLANO DIRETOR. 4.1 Principais pontos do estatuto da cidade e do plano diretor. 4.2 A origem do Projeto Novo Recife. 4.3 O projeto novo Recife em conformidade com o estatuto da cidade e o plano diretor do Recife. 4.4 Considerações acerca das demais normas infraconstitucionais relevantes ao Trabalho. 4.5 A situação atual do Projeto Novo Recife. 4.6. O Projeto Novo Recife: opiniões especializadas. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

1.1. Apresentação

Na busca por um desenvolvimento econômico a todo custo, os particulares e o Poder Público terminam por não executar projetos urbanísticos que objetivem o favorecimento de toda a sociedade, mas, apenas, de uma pequena parcela da população.

A pretensão da presente monografia é debater, à luz dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, do devido processo legal, da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, a adequação do Projeto Novo Recife, concepção elaborada pelo Consórcio Novo Recife, aos fins sociais e de interesse público, além de analisá-lo quanto à legalidade do seu procedimento de elaboração e aprovação pelo Poder Público.

Ademais, serão estudados os direitos e garantias que a Constituição Federal oferece para a propriedade privada e os limites estabelecidos para seu uso pela própria Carta Magna e por legislações infraconstitucionais, relacionando-os com o Projeto Novo Recife.

1.2 Problemática

A polêmica envolvendo o Projeto Novo Recife, cujo foco é a construção de um conjunto de 12 prédios em uma região que interliga a zona sul ao centro do Recife, já é antiga. Desde 2012, quando surgiu o movimento de resistência Ocupe Estelita, que a obra vem sendo amplamente questionada pela sociedade civil da capital pernambucana.¹⁹⁶

Além das supostas irregularidades envolvendo as aprovações administrativas do projeto e das respectivas leis que viabilizam a construção, há ainda o medo de que a identidade arquitetônica e cultural da cidade seja descaracterizada pela desproporção dos prédios em relação às edificações históricas em seu entorno.¹⁹⁷

O Consórcio Novo Recife Empreendimentos, a primeira vista, oferece um projeto urbanístico imobiliário que promete revolucionar o centro da cidade do Recife, modernizando e, ao mesmo tempo, visando conservar o passado, oferecendo um atrativo para todas as classes sociais, melhorando o sistema viário e a segurança da localidade.

O Projeto Novo Recife afirma ter como finalidade a adequação das necessidades de crescimento econômico aos ensejos da população, buscando efetivar a função social da propriedade urbana com a destinação útil a uma propriedade privada de grande importância para a cidade do Recife.

No entanto, para que o referido Projeto seja concretizado, deve-se atender a limites impostos não só pela Constituição Federal, mas, também, por leis federais, estaduais e municipais,

196 **PADRÃO**, Márcio. Veja evolução do projeto Novo Recife e a disputa com o Ocupe Estelita. UOL Notícias Cotidiano, São Paulo, 02/06/2015. Disponível em: < <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/02/veja-evolucao-do-projeto-novo-recife-e-a-disputa-com-o-ocupe-estelita.htm>>. Acesso em 15/08/2015.

197 *Idem, Ibidem*

o que se põe em dúvida quando analisado os trâmites de elaboração e aprovação do empreendimento. Além disso, o negócio imobiliário deve atender o interesse público.

As irregularidades apontadas no procedimento de aprovação do Projeto Novo Recife tornam duvidosa a sua licitude, o que, caso comprovadas, impedirão a urbanização e modernização da região do Cais José Estelita, local onde se pretende implementar o Projeto.

Assim, o problema que se vislumbra é a necessidade de que o empreendimento proposto pelo Consórcio, proprietário do terreno onde se pretende construir, se adeque aos planos urbanísticos da cidade do Recife, de modo que a identidade arquitetônica, histórica e cultural da cidade não seja descaracterizada. Além do mais, é necessário que todo o processo administrativo que culminou na recente aprovação do Projeto Novo Recife respeite os ditames legais e infralegais, sob pena de nulidade.

1.3 Hipóteses

Por meio da utilização da técnica documental proveniente de fontes primárias, como legislação e jurisprudência, e fontes secundárias, como livros e acesso a banco de dados na internet, fez-se um levantamento e análise do Projeto Novo Recife e sua adequação ao ordenamento jurídico e à função social da propriedade urbana.

Sem dúvidas, o Projeto Novo Recife é uma iniciativa inovadora. Ao ser realizado com respeito aos limites constitucionais, legais e administrativos, tem grande possibilidade de modernizar o centro do Recife, tão esquecido no desenvolvimento das políticas públicas pelo governo municipal.

Contudo, para que esse megaempreendimento possa, efetivamente, trazer benefícios a todas as partes envolvidas e atinja seu fim social, é necessário que a iniciativa privada, o poder público e a sociedade civil trabalhem em conjunto, dialoguem e entrem em consenso, de modo que a identidade arquitetônica, histórica e cultural da cidade não seja descaracterizada. Ao agir assim, inevitavelmente, o bem-estar de toda a sociedade será alcançado, e não apenas de uma minoria economicamente privilegiada.

1.4 Justificativa

Raquel Rolnik, urbanista e professora da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, retrata com propriedade o Projeto Novo Recife e sua repercussão:

Uma grande mobilização da sociedade civil no Recife contra um megaempreendimento imobiliário, a ser construído em terreno que pertenceu à Rede Ferroviária Federal (RFFSA), merece atenção, pois tem a ver com processos em curso em várias cidades brasileiras hoje.

Em tempos de crescimento desenfreado dos preços dos imóveis, especialmente em nossas metrópoles, e “expulsão” de moradores de menor

renda para as periferias, a discussão sobre o destino de terras públicas é fundamental. Essas terras são praticamente a única oportunidade que temos de desenvolver projetos públicos, não lucrativos, em área bem localizada.¹⁹⁸

E continua a citada autora:

Os protestos que vemos hodiernamente no Recife são relativos ao futuro de um terreno de 100 mil m² no centro da cidade, o Cais José Estelita, que foi arrematado à União por um consórcio formado por quatro grandes construtoras, em leilão realizado em 2008. Formado por Moura Dubeux, Queiroz Galvão, Ara Empreendimentos e GL Empreendimentos, o consórcio pretende implementar na área o chamado Projeto Novo Recife, que prevê a construção de 12 torres residenciais e comerciais, com cerca de 40 andares.

Por todos os seus impactos – sociais, ambientais, paisagísticos e no patrimônio histórico e cultural –, o projeto Novo Recife tem sido alvo de muitas críticas. Além de toda a movimentação da sociedade civil, cinco ações o questionam na Justiça.¹⁹⁹

Tal panorama convida a uma análise percuciente dessa problemática, que trata da análise do direito fundamental à propriedade e suas garantias e limitações, além da função social da propriedade prevista na própria Constituição Federal e em normas legais.

1.5 Objetivos

1.5.1. Objetivo geral

O objetivo do presente trabalho é o debate e análise do Projeto Novo Recife, à luz dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, dos direitos fundamentais, principalmente o direito à propriedade, da função social da propriedade, da legislação pátria e do interesse público.

Além disso, pretende-se alertar a população sobre os riscos do crescimento econômico e urbano a qualquer custo, em desrespeito aos valores constitucionais e ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico da cidade.

1.5.2 Objetivos específicos

A apropriação dos bens dispostos na natureza e na sociedade é a base necessária para as relações jurídicas humanas e sua sobrevivência. Esta conduta existia desde os agrupamentos mais

198 ROLNIK, Raquel. Uma outra cidade é possível?. Blog da Raquel Rolnik, São Paulo, 06/06/2014. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2014/06/06/uma-outra-cidade-e-possivel/>> Acesso em: 20/08/2015

199 *Idem, Ibidem*

primitivos. Bem verdade que a propriedade primitiva possuía uma natureza comunal, mas que passou a ser individualizada, com a individualização das sociedades.²⁰⁰

No primeiro capítulo, buscar-se-á traçar a evolução do instituto jurídico da propriedade, a passagem da sua concepção individualista para a socialista, sempre em conformidade com as formas de Estado. Falar-se-á, também, da evolução do conceito de propriedade no Brasil, com início em Portugal, com *as Sesmarias*, até o advento da função social da propriedade privada.

No capítulo seguinte, será abordada a divisão de competências dos entes federativos sobre a política urbana, com enfoque no município e seu papel no planejamento urbano e, ainda, o impacto normativo do Estatuto da Cidade e do Plano Diretor nesse desenvolvimento. A propriedade, nesse tópico, terá um enfoque urbanístico, ou seja, a sua proteção pelo Estado está condicionada à busca, de forma prioritária, pela ordenação adequada do meio urbano.

Ficará notório que a determinação do direito de propriedade privada urbana é fruto dos planos urbanísticos, gerais e especiais, citados neste trabalho, e de outros procedimentos e normas legais, que definem a qualificação urbanística para cada área, determinando, assim, o objetivo da propriedade.

No último capítulo, será objeto de estudo o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei nº 10.257/01, que objetiva o ordenamento da propriedade urbana, tutelando interesses públicos e favorecendo o desenvolvimento das funções sociais da cidade.

A partir do Estatuto da Cidade, será feita uma análise do Projeto Novo Recife e de sua adequação à política urbana e às demais normas que tratam da urbanização das cidades, principalmente na esfera municipal, além de sua conformação à função social da propriedade.

1.6 Metodologia

O método hipotético-dedutivo permeia o desenvolvimento da pesquisa, que se desenvolve inicialmente de modo investigativo com o estudo do Projeto Novo Recife.

O presente trabalho tornou-se viável devido às diversas matérias e artigos publicados sobre o empreendimento proposto para o Cais José Estelita, causadores de polêmicas e debates acirrados na população pernambucana, principalmente da cidade do Recife.

Ademais, levou-se em consideração opiniões doutrinárias a respeito do direito urbanístico e da função social da propriedade, assim como os dados de processos judiciais que possuem como objeto a discussão sobre o Projeto Novo Recife.

A partir de dados fornecidos pelo Consórcio Novo Recife e pela sociedade civil, também foi realizada uma comparação com outros modelos de urbanização, além da análise do Projeto

SENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. p. 21.

quanto ao cumprimento dos mandamentos constitucionais e legais, em especial a função social da propriedade urbana.

2 EXPLANAÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA ACERCA DA PROPRIEDADE PRIVADA NA CULTURA OCIDENTAL

2.1 Origem e evolução da propriedade privada

Dois grandes grupos buscam explicar a origem da propriedade: um que afirma ser fruto de um direito natural coletivo, o qual todos tinham o direito de possuí-la, nascido do estado de natureza, anterior e independente ao surgimento do Estado, não tendo, assim, qualquer valor econômico individual e outra que condiciona o nascimento da propriedade à constituição do Estado.

Locke se filiava à corrente que enquadrava a propriedade como um direito natural, na qual a situação do estado de natureza se caracterizava não pela ausência desta, mas pela sua universalidade²⁰¹. Por outro lado, Hobbes, Rousseau e Montesquieu consideravam a propriedade como direito positivista, visto que seu usufruto se realiza conforme a constituição estatal²⁰².

Será visto, com a continuidade do capítulo, que o conceito de propriedade caminha junto à evolução do Estado, a política adotada pela sociedade e o momento histórico em que estes se encontram, o que fez superar a concepção de propriedade como espécie do direito natural.

Foi no Império Romano onde a primeira forma de propriedade privada surgiu. As terras eram divididas em faixas, para que o indivíduo cultivasse, estando seu "domínio sobre a terra" condicionado até onde durasse a colheita. Surge, com o tempo, a ideia de propriedade coletiva familiar, restando admitidos limites individuais, relacionados ao que podemos chamar, hoje, de direitos de vizinhança, originando a noção de que o direito de cada um vai até onde se inicia o de outrem. Nesta época, a função social da propriedade não existia²⁰³.

Na Idade Média, surge o conceito de propriedade feudal, cujo domínio direto da propriedade pertencia ao senhor feudal (proprietário) e o domínio útil ao vassalo, que podia apenas explorá-la, criando certas obrigações de caráter financeiro e militar deste em relação ao suserano. O rei era o senhor do reino e detentor do instrumento de poder, a terra, visto que as rendas eram predominantemente derivadas do solo. Diante disso, a Coroa conseguiu formar imenso patrimônio rural, cuja propriedade se confundia com o domínio da casa real, sob as circunstâncias de que não havia distinção entre o bem público e o particular, privativo do rei²⁰⁴.

²⁰¹DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

²⁰²MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

²⁰³FIUZA, César. **Direito civil curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 717.

²⁰⁴FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2012. p. 18.

A propriedade do rei, terras e tesouros, se confundia nos aspectos públicos e particulares. As rendas e despesas eram empregadas, sem discriminação normativa prévia, nos gastos da família real ou em obras de serviços de utilidade geral.

A crise de 1383/1385 fez nascer uma nova dinastia, a dinastia de Avis, dispersando-se o poder real em domínios, constituindo uma camada autônoma, formada de nobres proprietários. Portugal se dividia em circunscrições administrativas e militares, as terras ou tenências, cujo superior governo cabia a um chefe, o *tenens*, e a função pública cabia aos nobres, com a jurisdição privativa sobre os moradores e a completa isenção de tributos²⁰⁵.

Resta concluir ser a monarquia portuguesa, uma “monarquia agrária”²⁰⁶, pois as rendas do soberano fluíam, na parte mais considerável, da terra. Porém, já era Estado patrimonial, e não mais feudal, já que a terra obedecia a um regime patrimonial, doada não mais com a obrigação de serviços ao rei, não raro concedida com a expressa faculdade de aliená-la. O domínio não compreendia, no seu titular, autoridade pública, monopólio real ou eminente do soberano.

Em meados do século XIII, desponta o comércio marítimo. A atividade comercial e marítima que resultou do povoamento da costa e da exploração do mar é o que definia o gênero de vida nacional português. A produção vinda de uma economia natural cedeu lugar às manufaturas, ocasionando a expropriação das terras dos produtores. Rompe-se de vez o mundo feudal dando caminho ao capitalismo²⁰⁷.

A aguda crise agrária inspirou a *Lei das Sesmarias*, de 1375, ditada com forte influência burguesa e que, mais tarde, seria transmitida ao Brasil. Ela pregava a concessão de terrenos que não tinham dono, sem afastar uma possível intervenção do rei. A aquisição da terra se dava mediante cultivo, fiscalizado pelo soberano e sua justiça, ou seja, a plena propriedade não excluía a obrigação de arrotear a terra²⁰⁸.

No início do século XVI, a Europa impôs à América suas trocas, seu estilo comercial, seu sistema de exploração, sua organização latifundiária. No Brasil, colônia de Portugal, não foi diferente. O monopólio real não se exerceu diretamente, mas mediante concessão. O rei permaneceria comerciante, sem envolvimento direto, mas vigilante e com o aparelhamento estatal a serviço de seus interesses. A concessão de terras era feita mediante carta de privilégio, na forma de antigos modelos portugueses. Sendo assim, o Brasil, tal como a Índia, seria patrimônio do rei de

²⁰⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012. p. 18.

²⁰⁶ *Idem, Ibidem*. p. 19.

²⁰⁷ *Idem, Ibidem*. p. 24.

²⁰⁸ *Idem, Ibidem*. p. 68.

Portugal e sua colonização foi obra do Estado português, com as capitanias hereditárias que representaram delegações públicas de poderes, sem exclusão da realeza²⁰⁹.

Dessa base inicial, constituída realmente da aristocracia portuguesa, o sistema foi ampliado aos senhores de terras e latifundiários, sob o argumento de que a terra era, mesmo sob o domínio português, o principal e mais importante meio de produção. Com o influxo da escravidão e a extensão da pecuária, o regime das *Sesmarias*, depois de perder o caráter administrativo que foi infundido por Portugal, gerou diferente de seus propósitos iniciais, uma grande propriedade. O fim deste regime estava decretado pela exaustão dos bens a distribuir. Diante disso, em lugar dos favores do poder público, a terra iria ser adquirida pela herança, doação, compra e, sobretudo, pela posse. O modelo das *Sesmarias* serviu para consagrar as extensões latifundiárias, porém, já no fim do século XVIII, estas só seriam outorgadas se não superiores a três léguas. A evolução deste instituto chegou ao fim. Passou de concessão administrativa a domínio, de domínio à posse, até o novo estatuto promulgado em 1850, que consagrou o sistema de compras de terras devolutas. Com o tempo, o ouro começou a ganhar destaque no Brasil colônia, mas o modelo patrimonialista absolutista permaneceu, porém, um pouco mais atenuado pelos processos de comércio com o particular. O rei continuou sendo senhor das terras, riquezas. A mina era propriedade dele, que, para colher vantagens, cedia a uma pessoa economicamente habilitada para lavrá-la²¹⁰.

Por volta do século XVIII, o direito absoluto de propriedade ganhou relevância, juntamente com outros direitos fundamentais, já sendo introduzidos em algumas constituições escritas. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1798, considerou a propriedade como direito intangível, inviolável e sagrado. O Código de Napoleão, Código Civil francês de 1804, traçou, posteriormente, uma concepção ainda mais individualista, que perdeu força no século XIX, com o impacto da industrialização²¹¹.

A vida econômica passou a ser, em grande parte, regulada pelo Estado através de dispositivos legais que visavam à diminuição dos pilares individualistas, em uma tentativa de humanização da propriedade privada. A sociedade capitalista, no Ocidente, ficou caracterizada pela propriedade burguesa dos meios de produção e da exploração do trabalho assalariado, perdendo a produção o caráter individual. Com a Revolução Industrial, o Estado liberal já não mais respondia à sociedade. Concentrava-se a renda nas mãos de poucos e aumentava-se a exclusão social. Passou-se, então, a ter necessidade de um conceito de justiça social.

A Constituição de Weimar, de 1919, inspirou outras constituições, sendo fundamental ao Estado Social, pois, não só reconheceu o direito de propriedade individual, como também estabeleceu um dever, de uso social²¹².

209 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012. p. 127.

210 *Idem*, *Ibidem*. p. 151; 270.

211 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 517.

212 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 58.

O caráter até então individualista da propriedade privada foi afastado diante do advento do Estado Social que, aderindo ao princípio ativo da justiça social, inseriu-a em um contexto de igualdade material, condicionando seu uso às exigências legais e sempre em prol do bem comum.

2.2 Utilização das propriedades privadas, no Brasil, levando em consideração os limites constitucionais vigentes: do império à atualidade

O nosso primeiro ordenamento jurídico foi uma extensão do direito português. Na época da colonização, isso era latente. De fato, as fontes do direito brasileiro foram as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, com forte influência dos direitos romano, germânico e canônico, razão pela qual possuía, o nosso direito, caráter fortemente patriarcal e patrimonialista. As Ordenações se estenderam até a República brasileira²¹³.

A obra política e econômica da colonização tinha como ponto de apoio a distribuição das terras. Aí se fixava o centro da colonização, calcada sobre a agricultura, que era capaz de unir populações e criar riquezas de exportação. A monarquia portuguesa, ora colonizadora, encontrou, em sua tradição, um modelo: as *Sesmarias*, dando início à história territorial do Brasil.

Há, sem dúvida, no plano das capitanias hereditárias, boa parte de atividades entregues à iniciativa particular, mas sempre sob o feitiço português. Eram delimitadas a certos campos, tuteladas e estimuladas, ou seja, era o início de uma iniciativa privada “de estufa”, dentro da estrutura mercantilista portuguesa, sem nenhum traço de autonomia. Foi assim que surgiu o sistema latifundiário brasileiro²¹⁴.

As capitanias, constituídas na base do sistema político-administrativo do reino, com as adaptações sugeridas pela extensão brasileira, assentavam sobre a carta de doação e o foral. A primeira determinava ao rei dispor de determinada porção de território e conceder atributos da autoridade soberana e o segundo atribuía os direitos, foros e tributos que deveriam ser pagos ao rei. Seguiu-se o mesmo modelo da *Lei das Sesmarias*.

O capitão e o governador seriam um colono com suas terras próprias e privilégios outorgados, assim como os tradicionalmente outorgados aos comerciantes ligados à metrópole. Sobre essa qualidade, sobressaíam as suas funções públicas que, à medida em que se destacavam, transformavam a capitania em província. Os capitães fundavam vilas, para agregar, em um núcleo de vigilância, as atividades comerciais e estruturar o sistema fiscal²¹⁵.

O direito de propriedade vem previsto nos textos constitucionais brasileiros desde a Constituição Imperial. As leis portuguesas continuaram em vigência, ao mesmo tempo em que teve

²¹³FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012. p. 146.

²¹⁴*Ibidem*. p. 139.

²¹⁵FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012. p. 146.

início uma atividade legislativa brasileira, prevendo um direito à propriedade em toda a sua plenitude e que até já garantia indenização ao proprietário, caso o poder público por ela exigisse²¹⁶.

A ideia da função social da propriedade tomou vulto apenas com o fim da Primeira Grande Guerra, entrando como princípio fundamental de direito, para o conteúdo das novas Constituições, que foram sendo elaboradas, aspirando um maior progresso.

Tivemos, assim, consagrada a Constituição de Weimar de 1919, na conhecida forma de seu art. 153: “a propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites serão fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser igualmente no interesse geral”²¹⁷.

Daí por diante, tornou-se uma nova tendência do direito constitucional a limitação ao direito do proprietário, e a insatisfação com a concepção absolutista, formulada na Revolução Francesa em contraposição aos atentados feudais.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte Francesa em 1789, condicionou diretamente o nascimento de quase todas as Constituições escritas dos Estados Democráticos de Direito ocidentais. A partir desses reconhecimentos, os direitos humanos passam a ser normas jurídicas²¹⁸.

As primeiras declarações se caracterizavam pelo valor individualista dos direitos fundamentais, pois o Estado era Liberal de Direito, onde o individualismo predominava sobre todas as formas de organização e o Direito não podia ficar de fora dessas ideias e de suas práticas, daí surgiram, no século XX, os direitos fundamentais referentes à vida, liberdade individual, segurança, igualdade e à propriedade, chamados de primeira geração.

Com efeito, a Constituição Imperial do Brasil, de 1824, foi a primeira a introduzir a declaração de direitos fundamentais individuais em suas normas, como parte nuclear do sistema nela positivado.

Rezava o artigo 179, XXII, da Constituição Federal de 1824:

É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir uso, e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização²¹⁹.

²¹⁶ *Idem, Ibidem*. p. 152.

²¹⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 69.

²¹⁸ CAMPOS JÚNIOR, Raymundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 30.

²¹⁹ CAMPOS JÚNIOR, Raymundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 34.

A Constituição de 1891, baseada no pensamento liberal da época, também consagrou a total plenitude da propriedade, salvo por desapropriação necessária ou útil à ordem pública, tratando da matéria em seu art. 72, §17: “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia”²²⁰.

A Declaração dos Direitos Fundamentais foi necessária, embora não suficiente, pois novas conquistas sociais foram acontecendo, levando a novas formulações jurídicas, razão pela qual surgem os direitos sociais, culturais e econômicos, direitos de segunda geração, ligados ao princípio da igualdade, que ampliaram aqueles de primeira geração.

Durante a passagem do Estado Liberal para o Social, o direito civil passou por algumas mudanças determinadas por pensamentos voltados para a coletividade. Os códigos civis perderam a posição central, basilar do sistema, que passou a pertencer às constituições. Esses direitos fecundaram a justiça social e o Estado passou a buscar o bem-estar social.

Os direitos fundamentais de terceira geração surgem como criação de uma justiça social universal. A solidariedade social, juridicamente concebida e exigida, enaltece o constitucionalismo e dá nova interpretação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vedando a utilização da propriedade contra o interesse social, estava a Constituição de 1934, garantindo todos os demais direitos ao seu uso, sendo a primeira a cuidar dos interesses sociais, ainda que de maneira pouco eficaz²²¹.

A Carta Política de 1937 não se guiou pela Constituição anterior, excluindo a noção de função social da propriedade, mas não deixou de consagrar esse princípio, assegurando em seu art. 122, § 14: “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e seus limites serão os definidos nas leis que lhe regulam o exercício”²²².

Rodeada de ideias democráticas, com o fim da Era Vargas, a Constituição de 1946, diferentemente da anterior, condicionou o direito de propriedade ao bem-estar social, podendo, por meio da lei, ser feita “justa” distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos²²³.

²²⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012. p. 532.

²²¹ CAMPOS JÚNIOR, Raymundo Alves de. *op. cit.* p. 35.

²²² MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 91.

²²³ CAMPOS JÚNIOR, Raymundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 35.

A Constituição de 1967 incluiu a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e social, que coexiste com o da propriedade como direito individual consagrado no art. 153, §22:

É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em títulos da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior²²⁴.

A Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (a Constituição de 1969) explicitou o princípio da função social da propriedade, definido para o alcance da justiça social e do desenvolvimento nacional, condicionando o exercício dos poderes do proprietário, mediante critérios de política legislativa.

O nosso atual ordenamento, a Constituição Federal de 1988, garante, no Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu capítulo I, Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, na leitura dos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, um amplo direito de propriedade, com limitações sociais, econômicas e políticas, buscando efetivar sua função social, passando a ser princípio da atividade econômica, conforme também prevê o artigo 170:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]. II - propriedade privada; III - função social da propriedade; [...]²²⁵.

Fundado em valores e princípios constitucionais, o atual Estado Democrático de Direito define a propriedade e a autonomia da vontade, não mais como o único pilar das relações jurídicas privadas, estas têm que ser baseadas, também, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que vai orientar a aplicação de todas as normas que compõem o sistema jurídico, inclusive no que diz respeito aos demais direitos e garantias fundamentais.

A constitucionalização das relações jurídicas privadas levou às discussões sobre os aspectos social, coletivo e de convivência entre as pessoas e, ainda, sobre o papel do Estado na efetivação desses direitos, submetendo, não só o cidadão, mas também o poder público aos limites impostos por este princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais individuais e coletivos.

²²⁴MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 94.

²²⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

A propriedade, muito embora prevista entre os direitos individuais, não poderá ser considerada assim na sua integralidade; não é o puro direito individual. Os princípios de ordem econômica e função social são limitadores de sua finalidade. O proprietário tem um poder-dever, onde, de um lado estão seus poderes sobre a propriedade (direitos reais): *jus utendi, jus fruendi e jus abutendi* 226 e, de outro, o dever de utilizá-la de acordo com o interesse coletivo. Os direitos individuais de cada cidadão devem existir simultaneamente com os interesses superiores do Estado, quais sejam os interesses coletivos.

No âmbito do nosso direito Constitucional positivo, não mais é cabível essa concepção da propriedade como um direito absoluto. Deveras, nossa Constituição consagra o Brasil como um Estado Democrático Social de Direito, o que implica afirmar que também a propriedade deve atender a uma função social. Essa exigência está explicitada logo no inciso XXIII do artigo 5º, e reiterada no inciso III do artigo 170.227

Por fim, com a Constituição de 1988, a questão do direito de propriedade deixa de envolver regulamentação exclusivamente privatista, individual, baseada no Código Civil, e passa a ser um direito, não apenas privado, que considera os direitos do indivíduo apenas, mas um direito privado de interesse público.

Ressalta-se que a concepção de propriedade, assentada na Constituição, abrange não apenas o tradicional domínio sobre as coisas corpóreas, mas também a própria atividade econômica, englobando controle empresarial e domínio sobre ativos imobiliários. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

O direito à propriedade, então, teve que se adequar aos princípios gerais que sustentam o Estado Democrático de Direito: a igualdade, a legalidade, a justiça social, a soberania popular, entre outros. Assim, não há como sustentar um direito de propriedade absoluto e subjetivista. Temos que utilizar o postulado da proporcionalidade para que consigamos uma ponderação entre os direitos individuais e os coletivos diante de casos concretos.

2.3 A função social da propriedade urbana

Foi no início do século XX que León Duguit, publicista francês e idealizador da teoria da função social da propriedade, entendeu e divulgou a ideia de que a propriedade é resultado da evolução social e de que o direito do proprietário é limitado pelo fim socialista que lhe é imposto como dever, em virtude da situação particular de detentor da riqueza em que se encontra²²⁸.

226 CAMPOS JÚNIOR, Raymundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 138.

227 PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado* / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 11. Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2013

228 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 52.

Modernamente se tem assegurado a existência da propriedade como instituto político, mas o conteúdo do direito de propriedade sofre inúmeras limitações no direito positivo, tudo para permitir que o interesse privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade.²²⁹

Em decorrência de decisões da jurisprudência e das inúmeras leis restritivas de seu exercício, beneficiando os interesses mais gerais, foi conferido a este instituto uma noção jurídica nova, passada despercebida até a Teoria de Duguit.

Outra concepção de função social que não passou despercebida foi a da Igreja Católica a qual estabeleceu as diretrizes do pensamento cristão sobre a propriedade, objetivando humanizar o tratamento legislativo e político desse instituto, condicionado ao bem comum²³⁰.

A doutrina da função social da propriedade traz consigo o objetivo de dar sentido mais amplo ao conceito econômico da propriedade, encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens, para satisfação das necessidades do seu proprietário e da comunidade envolvente, em oposição ao velho conceito civilista de propriedade. A norma que dispõe sobre esta função da propriedade cria o ônus do proprietário privado para a sociedade. Esse dever, imposto sobre o sujeito, significa que sua atuação deve trazer um resultado vantajoso para a sociedade, para que esse poder individualizado seja reconhecido legalmente²³¹.

A Constituição Federal só garante o direito à propriedade a quem atenda à sua função social, de acordo com o que determina o direito positivo, segundo as peculiaridades de cada situação. No Título VII, Da Ordem Econômica e financeira, em seu capítulo II, que trata da política urbana, nos artigos 182, § 4º, inc. III e 184, *caput*, fica notório esse encargo, tanto é que autoriza a desapropriação, modalidade drástica de intervenção na propriedade privada, de propriedade que não cumpra a sua função social:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...].

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: [...]. III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo

229 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 29. Ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

230 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 57.

231 DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, ano 7, jul./set., 2002. p. 59.

de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais²³².

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. [...]233.

O proprietário tem que explorar e cuidar do seu domínio, dando-lhe utilidade, beneficiando de certo modo a coletividade, ou o seu direito de propriedade não vai se justificar, devendo sofrer restrições, que estão previstas no ordenamento, para que ocorra a sua ressocialização. Ou seja, sofrerá imposição de penalidade o proprietário que for inerte e deixar de destinar seu imóvel para os fins definidos no Plano Diretor da cidade.

No sentido de que a propriedade deve visar uma função social é que a Constituição Federal diferencia as propriedades urbanas e rurais, atribuindo a cada uma delas um regime jurídico próprio, sobre o qual o princípio da função social atua de maneira específica em acordo com a destinação do bem²³⁴.

O artigo 182 prevê, exclusivamente para o proprietário urbano, o parcelamento ou edificação compulsórios e, por consequência de uma não utilização ou subutilização do bem, as sanções (IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública). Ou seja, nega ao proprietário o direito de não uso da sua propriedade. Isto vem definido também no Plano Diretor da Cidade, conforme o parágrafo segundo deste mesmo artigo: "§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor"²³⁵.

Entende-se que o poder do proprietário de utilizar seu bem fica limitado ante o interesse coletivo. Mas a função social não surge como limite ao exercício do direito de propriedade, e sim como princípio incidente sobre o conteúdo, impondo comportamentos positivos.

Diferente do artigo 182, o artigo 186, também da Constituição Federal de 1988, estabelece os requisitos do direito de propriedade dos bens rurais, para que este atenda a função social:

232BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

233 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

234CAMPOS JÚNIOR, Raymundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 98.

235BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *op. cit.*

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores²³⁶.

A exploração da propriedade rural tem que ser feita de modo a favorecer o proprietário e os trabalhadores, com aproveitamento adequado e racional dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, podendo ser desapropriada, pela União, para fins de reforma agrária, se não estiver cumprindo com sua função social.

A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo²³⁷.

Importante diferenciar a função social da propriedade e as limitações do poder de polícia, que são como um conjunto de condições impostas ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social. É através dele que fica assegurado o bem-estar da coletividade, mediante o condicionamento e a restrição ao uso da propriedade individual, quando esta conflita com o interesse geral²³⁸.

As limitações administrativas são externas ao direito de propriedade, ou seja, dizem respeito somente ao exercício do direito pelo proprietário e se explicam pela simples atuação do poder de polícia; enquanto que a função social integra a estrutura e o regime jurídico da propriedade.

Em se tratando das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, foco do trabalho, a primeira delas é a garantia às cidades sustentáveis, ou seja, aptas a fornecer aos habitantes as condições mínimas de bem-estar, lazer, vida saudável, moradia, infraestrutura, segurança, transporte, trabalho, serviços públicos, como, por exemplo, o saneamento, ensino, saúde, coleta de lixo, entre outros. Não apenas o fornecimento, mas que este seja feito de modo a alcançar todos indistintamente. Trata-se de norma programática, já que estabelece ações para o governo, sem esclarecer, contudo, a fonte dos recursos ou como serão as obras realizadas. É um caminho a ser seguido por aqueles que são responsáveis pela política urbana.

Assim, a utilidade da propriedade é aquela em que os bens devem ser dirigidos para a produção de riquezas, visando a atender, harmonicamente, as necessidades do titular do direito e o interesse da coletividade. Isso se configura com a função social da propriedade que condiciona

²³⁶*Idem, Ibidem.*

²³⁷SOARES, Letícia Rodrigues. **Limitações do direito à propriedade**. Disponível em: <<http://guaiba.ulbra.br/seminario/eventos/2009/artigos/direito/salao/528.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2014.

²³⁸DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 125.

o exercício dos poderes do proprietário, tendo em vista a destinação que se configura aos diversos bens, mediante critérios da política legislativa.

De acordo com esse princípio, a função social da propriedade corresponde a um dever do proprietário, na proporção em que, de um lado lhe é assegurado direitos constitucionais e civis de utilizar e dispor do seu bem e, do outro, impõe-se ao mesmo o ônus de utilizá-la de acordo com o interesse coletivo. Os poderes de usar, gozar e dispor, até então conferidos ao proprietário de forma ilimitada no Liberalismo, passaram a sofrer obrigações, tornaram-se relativos. Permanece o direito subjetivo de propriedade, porém, com seu uso condicionado a um dever: a função social.

3 A POLÍTICA URBANA PARA AS PROPRIEDADES PRIVADAS

3.1 Divisão de competências dos entes federativos sobre a política urbana: o pacto federativo

Segundo Gilmar Ferreira Mendes²³⁹, a Constituição de 1988 dedicou inúmeras disposições à disciplina e à conformação do direito de propriedade, seja no âmbito do artigo 5º, seja no de outros capítulos.

O Constituinte de 1988 atribuiu competência legislativa e executiva a todos os entes da federação no que tange ao direito urbanístico, tendo em vista que a todas pessoas políticas interessa a adequação e ordenação do espaço urbano.

A repartição de competências se deu de forma coerente, na medida em que à União foi atribuída a normatização dos assuntos de repercussão e interesse nacionais e aos Estados e Municípios as matérias de interesse regional e local, respectivamente²⁴⁰.

Estabelece o artigo 24, inciso I, da CF/88, a competência concorrente entre a União, os Estados e o DF para legislar sobre o direito urbanístico:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...].

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira / Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional - 8. Ed. rev. E atual - São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴⁰BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades; [...]241.

Cabe à União, então, a competência para edição de normas gerais e aos Estados e Distrito Federal a competência suplementar para edição de leis específicas.

As normas de direito urbanístico asseguram à federação a unidade de princípios necessários à integração e ao desenvolvimento nacionais, mas também permitem aos Estados e Municípios a sua adaptação à realidade destes entes, através da edição de normas que disciplinam as peculiaridades regionais e locais. Essa competência é uma autonomia político-administrativa a eles pertencente.²⁴²

Compete à União o estabelecimento do Plano Nacional de Urbanismo e das normas gerais de direito urbanístico, objetos da Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade.

Aos Municípios, a Constituição assegurou, em seu artigo 30, inciso I, a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, tendo em vista que são eles os entes mais próximos da realidade e peculiaridades da cidade, o que engloba as questões urbanísticas:

“Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; [...]”²⁴³.

Em relação à competência material de execução, o art. 23 da CF/88, afirma ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico²⁴⁴. Por outro lado, o art. 30, também da CF/88, fala que compete aos Municípios promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano²⁴⁵.

Conclui-se que a todas as instâncias da federação é conferida a atribuição de executar a política urbana, estando tal tarefa, contudo, a cargo principalmente dos municípios, entes com melhor capacidade de solucionar os problemas da cidade. Inclusive, a Carta Maior de 1988 instituiu que podem ser utilizados, pelo Poder Público municipal, diversos instrumentos para que haja uma efetivação de políticas públicas urbanas, levando em consideração a função social da propriedade.

²⁴¹ *Idem, Ibidem.*

²⁴² BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 12 set. 2014.

²⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

²⁴⁴ *Idem, Ibidem.*

²⁴⁵ *Idem, Ibidem.*

Assim, conforme o artigo 182 da CF, caso o particular tenha um imóvel urbano sem aproveitamento, sem edificação, subutilizado ou não utilizado, pode ser constrangido pelo município, através dos instrumentos referidos, a dar-lhe finalidade social:

Art. 182. [...]

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais²⁴⁶.

A integração entre os diversos entes da federação revela-se essencial, na medida em que a competência para executar a política urbana é conferida pela Constituição a todos os entes políticos. Assim, a ação governamental deverá ser integrada, de forma a promover a plena realização dos interesses sociais protegidos pelo Estatuto.

3.2 A política urbana como reguladora do direito à propriedade privada: competência municipal no desenvolvimento urbano

A Política Urbana é o conjunto de medidas estratégicas, legislativas e administrativas, que visam a “[...] ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”²⁴⁷, conforme o *caput* do artigo 182 da Constituição. Esta política tem como objetivo ordenar o meio urbano, propiciando condições adequadas de moradia, trabalho, recreação e circulação humana.

O direito urbanístico, nesse mesmo contexto, é o ramo de direito público que tem como objeto o ordenamento da propriedade e a organização desta ligada a uma função social, determinada por lei, de modo a poder propiciar o pleno desenvolvimento da sociedade e garantir o exercício do direito à cidadania por todos os que nela vivem.

As imposições urbanísticas de ordem pública buscam ordenar os espaços habitáveis em conformidade com o bem-estar social e a utilidade coletiva. São medidas estatais interventivas, que visam à concretização do princípio da função social da propriedade.

²⁴⁶ *Idem, Ibidem.*

²⁴⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

No interesse do urbanismo, o Estado traça planos que interferem no exercício do direito de construir, ao exigir, à guisa de exemplo, que os edifícios obedeçam a determinado alinhamento. Pode, ademais, obrigar o proprietário a murar seu terreno, a calçar o passeio, a conservar seu prédio a certa distância da rua, entre outras limitações. Enfim, por meio de leis e regulamentos administrativos minuciosos, regula a edificação nas cidades, limitando o direito dos proprietários.

Como já foi afirmado, a todos os entes federativos é conferida a atribuição de executar a política urbana, estando tal tarefa, contudo, a cargo principalmente dos municípios, entes mais capazes de solucionar os problemas da cidade. Por isso, leis orgânicas municipais e as demais normas municipais de ordenação do território urbano são de grande importância nesse mister.

No tocante à propriedade urbana, é facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para a área incluída em seu plano, exigir, nos termos da lei federal, da propriedade do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, tributação progressiva ou desapropriação.²⁴⁸

Não obstante o município, enquanto ente da federação, já tenha sido objeto de regulamentação por constituições anteriores, a questão urbanística só recebeu regramento constitucional pela Carta de 1988, que, além de repartir as competências legislativas e executivas em matéria urbanística, como já dito, dedicou um capítulo específico à política urbana.

A norma constitucional que traça políticas urbanas visa a forçar o proprietário a atribuir ao seu bem uma destinação condizente com o interesse social e urbanístico, devidamente estabelecidos no Plano Diretor. Essa destinação, a ser determinada pelo Poder Público municipal não pode, a bem do princípio da propriedade privada, ultrapassar os limites previstos no art. 182, § 4º, atingindo bens edificados e utilizados²⁴⁹.

O direito de exercer a propriedade sobre um imóvel urbano está submetido a um requisito constitucional, qual seja, o respeito a sua função social. A delimitação dessa função social é objeto do plano direito municipal, competência, de contornos variáveis, de acordo com as necessidades de desenvolvimento urbanístico da cidade.

Infelizmente, hodiernamente, interesses escusos e particulares vêm movendo os próprios detentores do poder na elaboração do ordenamento do solo urbano.

Quando o município, no exercício da sua competência legislativa em direito urbanístico, age por suas leis nesse campo, não estará invadindo o campo de competência da União, porquanto não estará regulando as relações civis do direito de propriedade, que é de fato competência federal, mas sim o seu aspecto urbanístico, de responsabilidade local, fundamentado no princípio da função social da propriedade, que, por defluir de preceito constitucional plenamente eficaz, já predetermina, por si só, o direito da propriedade e seu conteúdo. Somente será admitido o

²⁴⁸MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 97.

²⁴⁹MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 99.

parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas ou de expansão urbana, assim definidas por lei municipal²⁵⁰.

3.3 O impacto normativo do estatuto da cidade e do plano diretor na política urbana

O princípio da função social da propriedade encontra-se na CF 1988, nos dispositivos 182 e 184, que integram o capítulo destinado à política urbana, o qual, por sua vez, está inserido como parte de um título maior, o da ordem econômica e financeira:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. [...]251.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. [...]252 (*sic*).

No processo de criação e execução de políticas públicas, o planejamento urbanístico e o modelo de gestão das cidades exercem papel fundamental. O Plano Diretor, dado o seu caráter de lei geral, dirigida a todos, é o instrumento no qual se encontram definidas as exigências fundamentais para a ordenação da cidade e para que a propriedade urbana cumpra a sua função social.

²⁵⁰*Idem Ibidem*. p. 121.

²⁵¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 maio 2013.

²⁵²*Idem, Ibidem*.

Sendo o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana dos municípios, passou a ser obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes e representa, assim, fonte de validade de qualquer lei urbanística municipal.

Porém, nada impede que as cidades com número inferior ao estabelecido pela Constituição Federal de 1988 adotem o Plano Diretor como meio de garantir que propriedades cumpram a sua função social e assegurar uma adequada política de desenvolvimento urbano.

A participação popular no processo de elaboração e aprovação de planos diretores é requisito constitucional de sua validade. O planejamento urbano participativo é um instrumento de democratização da gestão das cidades e se materializa, principalmente, por meio do Plano Diretor²⁵³.

Essa participação popular representa a expressão mais ativa do exercício da cidadania, por meio da interação direta do querer popular com os processos de tomada de decisão em nível governamental. Tendo em vista que a cidadania é um dos fundamentos sobre os quais se sustentam o Estado Democrático de Direito, conclui-se, pois, que a participação popular, mais que um requisito legal nos processos de planejamento, é verdadeiro pressuposto de legitimidade das normas estatais, e, mais especificamente, das normas urbanísticas.

Com a finalidade de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição, foi promulgada a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade. Sendo lei ordinária federal, este estatuto limita-se a fixar normas gerais, pois as especificidades têm disciplina atribuída aos municípios, que atenderão às necessidades locais.

Essa referida lei urbanística revela-se como um dos principais instrumentos de que dispõe o Poder Público para a efetivação da função social das cidades.

O intitulado Estatuto da Cidade teve sua origem no Projeto de Lei nº 2.191, de 1989, de autoria de Raul Ferraz. De modo geral, a lei contém cinco capítulos: I - Diretrizes Gerais; II - Dos instrumentos da Política Urbana; III - Do Plano Diretor; IV - Da Gestão Democrática da Cidade; e V - Disposições Gerais²⁵⁴.

Os pontos mais relevantes dessa lei são a efetiva concretização do Plano Diretor nos municípios, tornando eficaz a obrigatoriedade constitucional de sua existência nos municípios; a fixação das diretrizes gerais previstas no artigo 182, da CF, para que o município possa executar sua política de desenvolvimento urbano; a criação de novos institutos jurídicos, ao lado do IPTU progressivo, parcelamento em edificações compulsórias, etc.; a fixação de sanções para o prefeito e agentes públicos que não tomarem providências de sua alçada; a instituição de gestão democrática e participativa da cidade; e finalmente, as alterações na lei de ação civil pública para

²⁵³*Idem, Ibidem.*

²⁵⁴BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 02 jul. 2014.

possibilitar que o judiciário torne concretas as obrigações de ordem urbanística, determinadas pela lei, incluindo a elaboração e aprovação do Plano Diretor²⁵⁵.

O Estatuto da Cidade adequa os princípios abstratos a uma realidade concreta e tira do papel as ideias para uma sociedade mais justa. Estabelece as normas gerais para uma política de desenvolvimento urbano eficaz, enfrentando questões sociais urbanas, com todos os desdobramentos e consequências que podem surgir a partir dessa “autonomia”. A lei deve significar, portanto, muito mais do que consta em seu preâmbulo²⁵⁶.

O fundamento deste Estatuto de fato é constitucional, no entanto, a Lei nº 10.257/01 não se restringe a disciplinar os instrumentos de política urbana, impostos pela Constituição de 1988: parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, é também responsável pela criação de institutos até então pouco conhecidos como sendo de sua competência, caso dos direitos de superfície e da outorga onerosa do direito de construir. Alguns de seus institutos, para serem plenamente aplicáveis, ainda necessitam de regulamentação pelo respectivo município, através do Plano Diretor e de leis específicas de sua competência.

O Plano Diretor assegura não apenas o cumprimento das diretrizes gerais, mediante as quais se chegará à efetivação da função social, mas também o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento²⁵⁷.

O artigo 1º, em seu parágrafo único, prescreve de imediato o objeto da Lei nº 10.257/2001: “estabelecer normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”²⁵⁸.

O artigo 2º, da mesma lei, consigna as diretrizes gerais mediante as quais será efetivado o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

O inciso II, do Parágrafo 2º, traz outro ponto importante, o da atuação da gestão democrática das cidades, por meio da população na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as

255MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 214.

256OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 09.

257MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 214.

258BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

seguintes diretrizes gerais: [...]. II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; [...]259.

Cada lei municipal estabelecerá como será essa participação popular, que funciona, de certo modo, como “agente” fiscal e limitador dos planos dos governantes e da parcela mais

economicamente poderosa da sociedade.

O inciso III, deste mesmo parágrafo, trata da cooperação entre governos, com a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social: “Art. 2º. [...]. III - cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; [...]”260.

Essa integração entre os diversos entes da federação é essencial, na medida em que a competência para executar a política urbana é conferida pela Constituição a todas as esferas políticas, mesmo sendo este o dever principal dos municípios. Assim, a ação governamental deverá ser integrada de modo a promover a efetiva realização dos interesses sociais protegidos pelo estatuto e, primeiramente, pela Carta Maior.

A lei também estabeleceu a racional distribuição espacial da população, bem como das atividades econômicas do município, tendo em vista evitar e, até mesmo, corrigir as distorções decorrentes do processo de crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio-ambiente261.

Entre as diretrizes gerais do Estatuto da cidade também estão a necessidade de ordenação do uso e da ocupação do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos; o uso incompatível ou inconveniente, ou que favoreça apenas uma parcela restrita da população. Significa, então, compatibilizar o uso e a ocupação do solo com os princípios constitucionais.

Quando se fala em direito de construir, ou, mais especificamente, em direito de edificar em solo urbano, o texto do citado art. 1.299, do Código Civil de 2002, que aduz: “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”262, deve ser interpretado tendo em vista as profundas transformações não só da realidade urbana, mas, especialmente, das normas constitucionais sobre

259 *Idem, Ibidem.*

260 *Idem, Ibidem.*

261 BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 02 set. 2014.

262 BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

o regime da propriedade. Ademais, não se pode dar à expressão “direito de construir” ou “direito de edificar” o sentido de um direito subjetivo que, em abstrato, caiba ao proprietário do terreno²⁶³.

O texto legal também se preocupa em adequar o uso e a ocupação do solo à infraestrutura urbana existente, de modo a evitar impactos, degradação ambiental e destruição de patrimônio protegido e tombado. O Poder Público deve adotar padrões compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do município para controle da produção e do consumo de bens e serviços e, também, do crescimento urbano. O desenvolvimento urbano deve zelar pela preservação do ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, para gerações presentes e futuras.

Todos deverão suportar o ônus e compartilhar os benefícios da vida em sociedade. A evolução urbana deve existir em todas as áreas da cidade, respeitando a legislação existente para efetivação dos princípios constitucionais.

3.4 O modelo ideal de construção e crescimento

O modelo ideal de urbanismo e desenvolvimento de determinada área urbana seria aquele que não impactasse de forma destrutiva os bairros próximos, nem o patrimônio já existente, preservando-se todo o meio ambiente da cidade, pois eles que formam a identidade do município. Nesse contexto, mecanismos de controle são necessários para que se concretize a proteção da personalidade da cidade, a exemplo das limitações administrativas, espécie de intervenção restritiva nas propriedades privadas.

A orla da cidade de João Pessoa/PB, por exemplo, somente possui prédios de seis andares, no máximo. Limitações desse tipo fazem toda a diferença na preservação da orla metropolitana e no desenho urbano. Outro exemplo a ser citado são as contrapartidas sociais que a Administração Pública pode exigir para a realização de determinados empreendimentos por particulares.

Um modelo antigo, mas que serve perfeitamente de exemplo para os dias atuais, foi a instalação na cidade de São Paulo, a partir de 1912, da Companhia City, com a intenção de implantar loteamentos personificados e com muita área verde. Assim, alguns bairros foram desenvolvendo-se com grandes exigências da loteadora. O Jardim América, o Jardim Europa e o Pacaembu são exemplos que a organização da administração pública em parceria com empresas privadas dão certo, se cumprirem as disposições legais que já existem e que têm utilidade²⁶⁴.

As características desses bairros são as áreas verdes, a variedade de estilos das construções e a urbanização das ruas e praças. Assim, pode-se afirmar que a urbanização nesses bairros é modelo a ser seguido em qualquer lugar do mundo.

²⁶³MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 121.

²⁶⁴MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 124.

Tal foi o sucesso alcançado que a Prefeitura do município de São Paulo, ao elaborar a lei de zoneamento aprovada e sancionada em 1972, enquadrou esses bairros na Zona 1, de uso estritamente residencial, que restringe as construções para uma vez a área do terreno, vedada a edificação de prédios. Os bairros acima também foram tombados pelo Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Artístico, Arqueológico e Turístico do Estado de São Paulo - CONDEPHAAT - SP, em 1986²⁶⁵.

Com essa medida eficaz, a municipalidade, acompanhando o projeto da Cia City, preservou esses bairros, protegendo-os da especulação imobiliária, que destrói a história arquitetônica dos grandes centros urbanos. Desta forma, qualquer demolição ou reforma externa precisa submeter-se ao crivo do órgão já citado. Isso tudo são limitações ao direito de propriedade previstas no Plano Diretor do município de São Paulo, as quais são bastante eficazes.

Por fim, podem-se citar para o cumprimento da função social da propriedade urbana, os seguintes requisitos, encontrados em leis orgânicas de diversos municípios, a exemplo de São Paulo: democratizar o uso da ocupação e a posse do solo urbano, de modo a conferir oportunidade de acesso ao solo urbano e à moradia; promover a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infraestrutura urbana; recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do poder público; gerar recursos para o atendimento das demandas da infraestrutura e de serviços públicos, provocados pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações e para implantação da infraestrutura em áreas não servidas; promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos subutilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa de modo a coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor, entre outros tantos requisitos que vão surgindo, devido ao crescimento populacional e econômico dos centros urbanos.

4 O ESTUDO DO PROJETO NOVO RECIFE EM CONFORMIDADE COM A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, O ESTATUTO DA CIDADE E O PLANO DIRETOR

4.1 Principais pontos do estatuto da cidade e do plano diretor

A partir do Estatuto da Cidade, o direito à propriedade só pode ser exercido à luz do que estabelecem os incisos III e IV do art. 1º da CF/88, a dignidade da pessoa humana em face da ordem jurídica do capitalismo, e a análise do território a partir da dinâmica social²⁶⁶.

Suas diretrizes gerais estão fixadas no artigo 2º:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I- garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento

²⁶⁵*Ibidem*. p. 124.

²⁶⁶FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 58.

ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II- gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III- cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV- planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; [...]; VII- ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; [...]; d) instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; [...]; XII- proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII- audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; [...]; XVI- isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social²⁶⁷.

A política urbana fixada nesse Estatuto tem como objetivo reger a cidade de acordo com as necessidades da pessoa humana, observando-se o piso vital mínimo. A garantia do direito a cidades sustentáveis, destinadas aos habitantes em decorrência de cada um dos deveres impostos ao Poder Municipal, atrai, por consequência, direitos assegurados aos cidadãos, como à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, ao uso de águas, ao esgoto sanitário, ao ar atmosférico, ao descarte de resíduos, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer e à segurança²⁶⁸.

O direito à infraestrutura urbana, fixado no art. 2º, inciso I, do Estatuto assegura, por parte do Poder Público municipal, obras ou atividades destinadas a tornar efetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, fixando de maneira clara, através da Lei, o direito ao espaço urbano construído.

267FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 59.

268Idem, *Ibidem*. p. 90.

Visa não só a proteção do meio ambiente construído como, também, a participação da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades, com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente construído.

Daí restar evidente que o direito à infraestrutura urbana está associado ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EIA, assim como ao Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança - EIV, descritos como instrumentos de política urbana no Estatuto da Cidade e, novamente, no Plano Diretor do Recife.

Outro ponto importante do Estatuto da Cidade é que nenhuma obra ou evento, que possa interromper a circulação de veículos e pedestres, ou colocar em risco sua segurança, será iniciada sem permissão prévia do órgão ou entidade de trânsito com circunscrição sobre a via, criando a exigência de um verdadeiro estudo prévio de impacto ambiental, quando esteja prevista a viabilização de qualquer obra²⁶⁹.

Para os fins previstos no Estatuto, a saber, na execução da política urbana vinculada ao objetivo de ordenar a cidade em proveito da dignidade da pessoa humana, a Lei nº 10.257 estabeleceu alguns instrumentos, com a finalidade de organizar as necessidades dentro da ordem econômica capitalista:

Art. 4º. Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: I- planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; II- planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; III- planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; [...]; V- institutos jurídicos e políticos: [...]; t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; [...]; VI- estudo prévio de impacto ambiental e estudo prévio de impacto de vizinhança. [...]²⁷⁰.

Deu-se relevância ao planejamento municipal, tanto ao plano diretor, como à disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo e a outros instrumentos relevantes para a política urbana, como o zoneamento ambiental, o tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano e o referendo popular e plebiscito.

O zoneamento é uma medida não jurisdicional, oriunda do poder constitucional atribuído ao Estado, centrada em dois fundamentos: a repartição do solo urbano municipal e a designação do seu uso. Na medida em que estabelece importante limitação ao uso do solo particular. O tombamento tem como finalidade garantir a denominada reconversão, dentro de um conjunto de intervenções

269 *Idem, Ibidem*. p. 114; 121.

270 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 141.

arquitetônicas, destinadas a atualizar e preservar o acervo construído, viabilizando um novo fim, respeitando as características fundamentais da construção²⁷¹.

Pelo Estatuto da Cidade resta vedada a prática de se utilizar a propriedade com fins de especulação, tornando-se clara a concepção de que a utilização dos instrumentos ora citados tem como objetivo inequívoco contribuir para a erradicação da marginalização, redução das desigualdades sociais, assim como promover o bem de todos.

O princípio da exigibilidade do estudo prévio de impacto ambiental é um dos corolários do princípio da prevenção, que visa evitar que um projeto, obra ou atividade, justificável sobre o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, revele-se posteriormente nefasto ou catastrófico para o meio-ambiente. Como quer a Carta Magna, o estudo de impacto ambiental é pressuposto da concessão de licença para o empreendedor.

Outros instrumentos importantes que buscam o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, são a outorga onerosa do direito de construir, bem como a permissão de alteração do uso do solo, estabelecidas nos artigos 28 a 31 do Estatuto da Cidade:

Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§1º. Para os efeitos dessa lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§2º. O Plano Diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§3º. O Plano Diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área²⁷².

Trata-se de instrumento que amplia o direito de construir, bem como permite a alteração do uso do solo, sempre mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Deixando claro o legislador que os recursos auferidos com a adoção da outorga onerosa serão aplicados com as seguintes finalidades: execução de programas e projetos habitacionais de interesse social,

²⁷¹ *Idem, Ibidem.* p. 145.

²⁷² FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 176.

ordenamento e direcionamento da expansão urbana, criação de espaços públicos e áreas verdes, proteção diárias de interesse histórico, cultural ou paisagístico, entre outras²⁷³.

Outro importante instrumento de controle do meio ambiente artificial é a operação urbana consorciada, podendo ser implantada com a participação dos proprietários, moradores, usuários e investidores privados. Essas operações podem ocorrer, porém, exige-se que, em cada lei municipal, deva ser incluído também o programa e projetos básicos para a área, programa de atendimento econômico e social para a população e o estudo de impacto de vizinhança. Com essas medidas se procura evitar que as operações sejam somente liberações de índices construtivos para atender a interesses particulares:

Art. 32. Lei municipal específica, baseada no Plano Diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas.

§1º. Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo poder público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental.

§2º. Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas: I- A modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerado o impacto ambiental delas decorrente; II- A regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente²⁷⁴.

O estudo de impacto de vizinhança tem como objetivo compatibilizar a ordem econômica do capitalismo com o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Condiciona os empreendimentos e atividades privadas ou públicas que possam causar significativa degradação ambiental. Esse estudo deverá sempre ser exigido para os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana, definidas em lei municipal, previamente à instalação de obra ou atividade potencialmente ofensiva ao ambiente.

Seu conteúdo deverá ser realizado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento para a tutela da qualidade de vida da população residente na área e sua proximidade. E sempre se dará publicidade ao EIV, o qual será realizado por equipe multidisciplinar:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do poder público

²⁷³ *Idem, Ibidem.* p. 179.

²⁷⁴ *Idem, Ibidem.* p. 180.

municipal. [...] Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental²⁷⁵.

A principal limitação ao direito de propriedade é encontrada no artigo 39 do Estatuto da Cidade, que cuida do Plano Diretor:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, assegurando o atendimento das necessidades quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º desta lei²⁷⁶.

O maior desafio, atualmente, consiste em buscar o equilíbrio entre o desejado desenvolvimento econômico, às vezes levado a efeito a qualquer custo, e a preservação do meio-ambiente e do bem-estar social, o que exige uma radical mudança do modelo de desenvolvimento econômico até então concretizado pelos Estados Soberanos.

O exercício do direito à propriedade urbana, como já dito, passa a ter como pressuposto jurídico o respeito aos preceitos estabelecidos no plano diretor, os quais fazem parte do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as prioridades e diretrizes nele contidas.

O plano diretor deverá conter, no mínimo: delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar a propriedade; outorga onerosa do direito de construir, alteração do uso do solo, consórcios e transferência do direito de construir e sistema de acompanhamento e controle, onde a função social da cidade, através da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade²⁷⁷.

Em resumo, para que efetivamente cumpra sua função constitucional, o plano diretor deverá harmonizar as diferentes regras jurídicas de meio ambiente cultural, meio ambiente artificial e meio ambiente natural, adaptadas concretamente a cada município, respeitando os instrumentos e limites, fornecidos pelo Estatuto da Cidade.

4.2 A origem do Projeto Novo Recife

275FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184-185.

276BRASIL. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Estatuto da Cidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 02 out. 2014.

277FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 193.

O momento econômico pelo qual Recife vem passando se reflete no cotidiano dos cidadãos. Dados demonstram a força do desenvolvimento da cidade e pressionam o Poder Público a pensar em soluções de crescimento urbano, com a ocupação de áreas urbanas que se mantenham sem destinação.

Nesse contexto, o Projeto proposto pelo Consórcio Novo Recife para o Cais José Estelita, ao tentar resgatar uma das áreas mais belas e abandonadas da capital, pretende se tornar, a primeira vista, uma referência de como a cidade pode evoluir sem perder conexão com suas referências do passado, ou seja, sua identidade histórica.

Em setembro de 2008, noticiou-se que prédios e galpões abandonados, oriundos da extinta Rede Ferroviária Federal - RFFSA, no cais José Estelita, teriam sido vendido por R\$ 55 milhões, em leilão oficial. O terreno possui 101.754,27 m² e contém edificações no formato de galpões de armazenamento e outras pequenas benfeitorias que estão sem utilidade e abandonados.

Fernando Bezerra Coelho, secretário de desenvolvimento econômico da época, concedeu declarações no sentido de não acreditar que pudesse haver interessados para a compra da referida área:

Desde abril estamos negociando com a Secretaria de Patrimônio da União (SPU), não conseguimos evitar o leilão, mas o mercado sabe que temos um projeto para aquela área. [...] É uma decisão do governo Federal, que tem o direito de vender, afinal é dono do terreno, mas acho pouco provável, o valor é alto. Caindo, não acontecendo o leilão, a gente volta a negociar.²⁷⁸

O Governo de Pernambuco tinha planos de utilizar o terreno da extinta rede ferroviária para implantar a sede administrativa do executivo estadual. No entanto, umas das justificativas utilizadas pela União para a realização do leilão foi a necessidade de saldar os passivos da RFFSA com os recursos auferidos no certame licitatório.²⁷⁹

Segundo o presidente da ADEMI de Pernambuco, Marcello Gomes²⁸⁰, o terreno tem uma grande vocação urbanística e altíssimo interesse comercial. É uma excelente zona de expansão para a cidade. Tem-se, naquele complexo, a área intermediária entre a zonas sul e norte do Recife, próximo ao centro administrativo e tribunais judiciários, além de possuir uma das mais belas vistas da cidade.

²⁷⁸COELHO, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Histórico do projeto novo Recife e outras propostas**. Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <<http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

²⁷⁹FLORÊNCIO, Amanda, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Análise do desenho urbano e impactos do novo projeto no Cais José Estelita**. Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <<http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

²⁸⁰*Idem, ibidem*

Para muita gente, o local deveria servir para empreendimentos comerciais e prédios residenciais. No entanto, para muitos outros, aquele terreno deveria beneficiar toda a população do Recife e não uma minoria economicamente favorável.

A antiga propriedade da extinta RFFSA não passou por qualquer tipo de reforma, modernização ou conservação, desde a sua alienação ao Consórcio Novo Recife. Por conseguinte, tornou-se uma área abandonada, ponto de venda e uso de drogas, descarte de lixos e ponto de crimes à mão armada.

Com o leilão da área, em outubro de 2008, tornou-se pública a ideia do “Novo Recife”, fruto de uma parceria entre empresas concorrentes com o objetivo de revitalizar a área com negócios imobiliários e integração urbanística, sob a anuência da Prefeitura.²⁸¹

A Queiroz Galvão, a Moura Dubeux, e a GL Empreendimentos são as empresas que irão investir um total de R\$ 400 milhões para revitalizar essa área, ora abandonada. Ali serão implantados residenciais, empresariais e até flats que funcionarão ampliando o serviço de hotelaria. O projeto ainda engloba um grande jardim, grande área verde, entre o cais e os prédios, que serão mais recuados e uma rua paralela à via atual.²⁸²

Milton Botler, coordenador de programas Estratégicos do gabinete do antigo prefeito, João da Costa, explica que a Negociação com os empreendedores se baseou, em parte, por antigos planos que o Governo do Estado tinha para o terreno localizado no Cais José Estelita. O que restou do antigo projeto do Estado foram as antigas linhas gerais relacionadas à malha viária²⁸³.

Ainda disse que, após o leilão, a Prefeitura procurou as empresas para que houvesse uma definição conjunta das diretrizes do Projeto, em tudo o que está relacionado à integração urbana. Foi solicitado ao grupo que fossem criadas, ainda, ruas de acesso que possam cruzar da Avenida Sul ao Cais José Estelita e que o terreno tenha um percentual de 45% de área pública, para que o local não venha a tornar-se um condomínio fechado para a elite econômica do Recife, e empreendimentos para a demanda turística.²⁸⁴

281 FLORÊNCIO, Amanda, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Análise do desenho urbano e impactos do novo projeto no Cais José Estelita.** Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <<http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

282 *Idem, ibidem*

283 BOTLER, Milton, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Histórico do projeto novo Recife e outras propostas.** Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <<http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

284 *Idem, ibidem*

A área é ainda mais estratégica, segundo a prefeitura em gestão no ano de 2009, pois se integra ao complexo turístico cultural Recife/Olinda, que prevê a construção de 1,2 milhões de metros quadrados para recuperação de áreas degradadas no centro da capital, entre outros pontos.²⁸⁵

Em setembro de 2010, João da Costa, então prefeito do Recife, prometeu dar aval para o Bairro Novo Recife. Um dos entraves era o equacionamento viário que seria resolvido com uma doação das empresas de uma área no meio do terreno que serviria para a construção de uma via pública e uma rua interna. Evitando-se assim o risco de impactar a vida da cidade.²⁸⁶

Ainda nesse ano, os grupos envolvidos no Projeto, orçado já em 1 bilhão de reais, na época, aguardavam a reta final de avaliação da Prefeitura para lançarem os empreendimentos por módulos. Até então eram cinco lotes, com moradias cujo metro quadrado está estimado em 4 mil reais. Como os imóveis terão entre 100 e 250 m², os apartamentos terão preço inicial entre 400 mil e 1 milhão de reais. Em uma das pontas, no Cabanga, ficará um empresarial e um flat, com operação de Hotel estilo *Beach Class*, também da Moura Dubeux.²⁸⁷

Próximo ao viaduto, também tem um projeto para o Hotel abrigar um Centro de Convenções de médio porte, com 500 lugares. No térreo dos hotéis serão implantados restaurantes de acesso público. Entre as ações de contrapartida está a recuperação da Igreja de São José²⁸⁸.

O Projeto Novo Recife contém investimentos capazes de resgatar o centro da cidade, imprimir um dinamismo à área e conferir uma destinação social à propriedade.

Depois de concluída a etapa da adequação da via recuada, a prefeitura e as empresas detalharão as chamadas ações mitigatórias. É preciso saber o impacto para a população, e assim definir as ações.²⁸⁹

285 FLORÊNCIO, Amanda, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Análise do desenho urbano e impactos do novo projeto no Cais José Estelita.** Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <<http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

286 *Idem, ibidem*

287 *Idem, ibidem*

288 MELO, Jamildo. Ministério Público Federal entra na justiça contra Projeto Novo Recife. Blog do Jamildo, 2013. Disponível em: <http://jc3.uol.com.br/blogs/blogsjamildo/canais/noticias/2013/02/07ministerio_publico_federal_entra_na_justica_contra_projeto_novo_recife_145719.php>. Acesso em: 02 set. 2014.

289 FLORÊNCIO, Amanda, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Análise do desenho urbano e impactos do novo projeto no Cais José Estelita.** Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <<http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>>. Acesso em: 18 ago. 2014

As ações mitigatórias correspondem a um percentual do total investido. Esse custo é proporcional ao impacto que o projeto causar. Pela lei municipal, 35% da área deve ser destinada a espaços públicos, como praças e parques. E eles estão disponibilizando 45%.²⁹⁰

Em fevereiro de 2013, o Ministério Público Federal ajuizou uma Ação Civil Pública com pedido de liminar para que a justiça federal embargasse as obras, acreditando que ocorreria dano ao pátio ferroviário, área de preservação cultural e, ainda, aos prédios históricos dos bairros de Santo Antônio e São José, que possuem bens tombados pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN. A ação tem como alvo o IPHAN, a Prefeitura do Recife e a Novo Recife Empreendimentos. O MPF pediu que a justiça declarasse nula a aprovação do projeto, emitida pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano - CDU, do Município do Recife em 2012.²⁹¹

Essa medida judicial objetiva que o IPHAN seja condenado a cumprir as suas funções previstas em lei, como preservar a memória ferroviária e proteger os bens tombados no âmbito federal e, além disso, que a Prefeitura da Cidade do Recife abstenha-se de conceder qualquer licença ou alvará para a construção do Projeto, sem a prévia análise do IPHAN, bem como sem o parecer dos demais órgãos responsáveis pelo sistema de transporte ferroviário, pela população, que também deve opinar e os estudos de impacto ambiental e de ordem urbanística. Requisita, ainda, consulta ao DNIT e o estudo de impacto de vizinhança.²⁹²

Tudo isso devido ao projeto não ter sido submetido à análise técnica e aprovação do IPHAN; do DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte; da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, estes dois últimos porque a área é limite de linha ferroviária de operação; além da não apresentação de estudos de impacto ambiental e de vizinhança exigidos, além de os bairros serem históricos e tombados, especificamente o pátio ferroviário das cinco pontas e o conjunto de prédios históricos dos bairros de Santo Antônio e São José, que juntos contém 16 bens tombados pelo IPHAN²⁹³.

Ademais, existe outra discussão acerca dos bens a serem preservados na área: quais seriam os órgãos de preservação e proteção do patrimônio histórico local competente. Uns alegam não

290 FLORÊNCIO, Amanda, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Análise do desenho urbano e impactos do novo projeto no Cais José Estelita**. Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <<http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

291 MELO, Jamildo. **Ministério Público Federal entra na justiça contra Projeto Novo Recife**. Blog do Jamildo, 2013. Disponível em: <http://jc3.uol.com.br/blogs/blogsjamildo/canais/noticias/2013/02/07ministerio_publico_federal_entra_na_justica_contra_projeto_novo_recife_145719.php>. Acesso em: 02 set. 2014.

292 *Idem, ibidem*

293 MELO, Jamildo. **Ministério Público Federal entra na justiça contra Projeto Novo Recife**. Blog do Jamildo, 2013. Disponível em: <http://jc3.uol.com.br/blogs/blogsjamildo/canais/noticias/2013/02/07ministerio_publico_federal_entra_na_justica_contra_projeto_novo_recife_145719.php>. Acesso em: 02 fev. 2014.

ser da competência do IPHAN a proteção dessa área e, sim, da competência estadual. Assim se posiciona o Departamento de Patrimônio da Prefeitura.

O tombamento no âmbito estadual ainda está em fase de detalhamento do perímetro, por isso a Fundação do Patrimônio Histórico e Artístico de Pernambuco - FUNDARPE, ainda não proferiu seu parecer sobre o Projeto.

A diretoria de urbanismo da Secretaria de Controle, Desenvolvimento Urbano e Obras da Prefeitura da cidade do Recife estudou o projeto e elaborou um parecer, sugerindo compensações para aprovação do mesmo, o que acabou ocorrendo no âmbito do CDU, mesmo sobre protestos de arquitetos e estudantes.²⁹⁴

O parecer elaborado afirma que um dos pontos que pesou para a aceitação foi a busca por mais segurança na área. Defendeu-se que variedade de uso e funções nas edificações a serem implantadas é de vital importância para assegurar a boa dinâmica urbana, bem como garantir a utilização pelo público diversificado e um espaço urbano mais seguro. Ademais, assevera que a área do Cais está abandonada e em desuso, e que seria um vazio urbano, prejudicando a dinâmica e a economia da cidade. Representa uma barreira física que desarticula essa região. Afirma que o terreno murado não garante a permeabilidade entre a av. Sul e o Cais José Estelita, impossibilitando a vigilância social e o desenvolvimento local.²⁹⁵

O Projeto Novo Recife ainda se encontra em litígio, mesmo de posse do Alvará de Demolição, emitido pela Secretaria de Planejamento Participativo, Obras e Desenvolvimento Urbano e Ambiental da Prefeitura do Recife, devendo percorrer de forma concatenada os caminhos legais, que são determinados por atos procedimentais, levando-o a uma apreciação final pelas autoridades competentes, caso satisfeito todos os requisitos e exigências legais.

Enquanto isso, um grupo de arquitetos recifenses, insatisfeitos com o destino dado ao centro do Recife, vem desenvolvendo o projeto "#penserecife", para servir como contraponto crítico, mostrando mais uma opção que conjuga interesses financeiros e imobiliários sem prejudicar interesses urbanos. Afinal, a iniciativa privada é necessária, mas o interesse público tem de prevalecer.

4.3 O projeto novo Recife em conformidade com o estatuto da cidade e o plano diretor do Recife

As restrições ao direito à propriedade são adaptações da propriedade privada às finalidades públicas, que são as condições de seu exercício no ordenamento jurídico.

294 **MELO, Jamildo.** Em parecer, URB diz que projeto Novo Recife deixará Cais José Estelita mais seguro. Blog do Jamildo, 2013. Disponível em: <http://blogs.ne10.uol.com.br/jamildo/2013/01/11/em-parecer-urb-diz-que-projeto-novo-recife-deixara-cais-jose-estelita-mais-seguro/>. Acesso em: 02 fev. 2014.

295 *Idem, Ibidem*

O Plano Diretor do Município do Recife, instituído pelo Projeto de Lei nº 15.547, de 1991, já revogado por uma revisão de 2008, pelo então prefeito João Paulo, respeita o disposto no art. 182, da CF/88, assim como o disposto no Estatuto da Cidade e na Lei Orgânica do Recife.

Alguns pontos desse Plano, no que se refere a projetos de urbanização, não foram respeitados. O Novo Recife não está devidamente adequado aos preceitos da ordem pública. Esse também foi o entendimento do juiz José Viana Ulisses Filho, da 7ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco, em ação civil pública movida pelo Ministério Público de Pernambuco, em que foi expedida uma liminar suspendendo o processo do Novo Recife.²⁹⁶

Como fundamentação da decisão, o juízo apontou uma série de falhas de procedimento como: a omissão do encaminhamento do projeto de parcelamento à Comissão de Controle Urbano - CCU e ao Conselho de Desenvolvimento Urbano - CDU; o fatiamento dos processos do projeto, ao submetê-los aos citados órgãos responsáveis dos projetos arquitetônicos, que terminaram sendo avaliados de forma dissociada do parcelamento, ocorrendo subversão da ordem lógica, na medida em que os processos arquitetônicos se encontram imbricados ao projeto de parcelamento; a ausência de participação dos órgãos de preservação do patrimônio histórico e cultural na esfera estadual - FUNDARPE, e na esfera federal - IPHAN, que têm que intervir por se tratar de área em processo de tombamento, integrada por casario e equipamentos que constituem o patrimônio que pertenceu à Rede Ferroviária Federal do NE; licenciamento ambiental sem os devidos estudos de impactos; desprezo pela transparência e participação popular; ausência de consulta prévia ao DNIT, em razão de que parte da localidade abrangida pelo projeto se encontra inserida em faixas de domínio do órgão federal citado, que vem utilizando as linhas férreas, que ainda funcionam no local, em área onde não é permitido construir; e a composição irregular do Conselho de Desenvolvimento Urbano, que é órgão de representação paritária e que, na reunião de aprovação do projeto, encontrava-se com essa representação comprometida pela ausência de preenchimento de vagas pertencentes a membros indicados por organizações não governamentais.²⁹⁷

Considerando, ainda, a importância do CDU, não é razoável que procedimentos, que irão alterar toda a estrutura urbana do centro da cidade, sejam analisados por este órgão de forma fatiada, tendo sido omitido o projeto de parcelamento do solo, e analisado apenas os exames dos processos arquitetônicos.

O Novo Recife Empreendimentos não foi submetido a todos esses procedimentos corretamente, mesmo com grande potencial de causar, com a concretização de seu projeto, um grande impacto, não só na fisionomia geográfica urbana do município, como também no meio ambiente, no adensamento populacional da área e no seu sistema viário.

296 **Info Senge - PE.** Novo Recife é suspenso pela Justiça por irregularidades. Disponível em: <http://www.sengepe.org.br/arquivos/novorec.htm>. Acesso em 15/01/2015

297 **BRASIL**, 7ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco. Novo Recife é suspenso pela Justiça por irregularidades. Recife, 20 de fevereiro de 2013

Ademais, como já foi afirmado, há a necessária participação e intervenção de outros órgãos estaduais e federais no processo de legalização e aprovação do empreendimento, por se tratar de local onde há interesse na preservação do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e alteração do sistema viário, devendo contar com anuência prévia e consentimento dos seguintes órgãos competentes: FIDEM, FUNDARPE, IPHAN e DNIT.

É necessário que o Consórcio, autor do Novo Recife, antes de concluída a análise do projeto, firme termo de compromisso, submetido, previamente, ao IPHAN e ao DNIT, onde se comprometa a compensar e mitigar os impactos ao patrimônio cultural.

Um dos pontos da Ação Civil Pública, impetrada pelo Ministério Público estadual, mostra que o projeto foi protocolado e aceito para análise sem documentos relativos ao parcelamento do solo cuja falta impediria o próprio protocolo do projeto na prefeitura. O projeto foi aceito e seguiu, mesmo que seu processo de parcelamento do solo só viesse a ser protocolado três anos depois.

O Estatuto da Cidade, como já dito no decorrer deste trabalho, estabeleceu as diretrizes gerais de política urbana, democratizando o sistema de desenvolvimento urbano, determinando uma série de exigências a serem cumpridas pelos municípios para a execução de suas políticas públicas, notadamente através de uma gestão democrática com a participação da população e associações representativas dos vários segmentos da comunidade, com o fim de formular, executar e acompanhar planos, programas e projetos.

Também estabeleceu ao poder público municipal a obrigatoriedade de audiência da população no processo de implantação de empreendimentos ou atividades que causem impacto ao meio ambiente paisagístico ou ao patrimônio histórico, cultural, artístico e arqueológico, bem como ao sistema viário, onde se exige a realização dos estudos de impacto ambiental e de vizinhança.

A norma constitucional que traça a política urbana visa forçar o proprietário a atribuir ao seu bem uma destinação condizente com o interesse social e urbano, devidamente estabelecido, primeiramente, no Estatuto da Cidade e, em seguida, no Plano Diretor do Recife.

A função social da propriedade, presente nas diretrizes do Plano Diretor, pode fundamentar destinos diversos para os terrenos, determinando a atividade dos respectivos proprietários e o conteúdo do seu direito. Com tal fundamento, é lícito permitir-se, por exemplo, a inedificabilidade absoluta ou relativa, de certos terrenos ou impor condições à construção, que, em princípio seriam edificáveis, e isto sem desapropriação, ainda que possa ocorrer necessidade de ressarcimento de prejuízos devidamente comprovados²⁹⁸.

A determinação urbanística, traduzida em planos, projetos gerais ou especiais de urbanismo, revela a função social que se impõe à propriedade de terrenos vagos e sem utilidade, que justifica a imposição de edificar em prazo certo. É o que ocorre com a área comprada pelas construtoras para

298 MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 122.

a construção do Projeto Novo Recife. Acontece que essa construção não pode ser feita de qualquer forma, ou acabaria por “tapar um buraco e abrir outro”.

Com o Plano Diretor da Cidade do Recife atualizado em 2008, o empreendimento deveria tornar-se inviável, pois a área requer a utilização dos vários instrumentos, já citados anteriormente, inclusive o macrozoneamento, que estabelece um referencial espacial para o uso e ocupação do solo, em concordância com os outros instrumentos de política urbana.

4.4 Considerações acerca das demais normas infraconstitucionais relevantes ao trabalho

A Constituição de 1988 permitiu à União que editasse normas gerais em matéria de direito urbanístico, respeitando o direito dos municípios de suplementar a legislação federal no que lhe couber. É o caso do município do Recife que editou o seu Plano Diretor; a Lei Orgânica da cidade do Recife; a Lei de Uso e Ocupação do Solo da Cidade do Recife; a Lei Municipal de Parcelamento do Solo Urbano; o Decreto Municipal nº 17.324/96, que regulamenta a CCU e o Decreto Municipal nº 16.940/95 que criou o Regimento Interno do CDU.

Dentro do contexto democrático em que foi aprovada a CF de 88, foi instituído, na cidade do Recife, o Conselho de Desenvolvimento Urbano, órgão municipal paritário, integrado por 28 conselheiros, 14 do poder municipal e 14 da sociedade civil, instituído pela Lei Orgânica do Município do Recife, sendo um importante órgão de controle, avaliação e acompanhamento de planos, como o Plano Diretor, programas e projetos de desenvolvimento urbano, a exemplo do Novo Recife. Ao município cabe promover o controle do parcelamento e do uso do solo urbano, bem como o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento²⁹⁹.

A Lei nº 14.510, de 1983, instituiu a Lei Orgânica do Município do Recife, que foi promulgada em 1990, afirmando o propósito de favorecer o progresso econômico e cultural, estabelecer as bases de uma democracia participativa, proteger e estimular a prática da cidadania, sob os fundamentos dos ideais de liberdade e justiça social, em consonância com a construção de um Estado de Direito e de uma solidária e humana.

O seu título V, capítulo I, trata do desenvolvimento urbano e das políticas públicas municipais, traçando algumas normas acerca da política urbana.

No art. 103, a Lei Orgânica elenca os instrumentos, também contidos no Estatuto da Cidade. Ele prevê o plano diretor, a lei de parcelamento, ocupação e uso do solo, entre outros institutos jurídicos. O art. 104, desta mesma lei, trata do Plano Diretor do Município do Recife:

Art. 104. O plano diretor será instrumento para ordenar a ação do Município no sentido de promover: I - o desenvolvimento do sistema produtivo com a devida integração das parcelas marginalizadas da população, objetivando

²⁹⁹FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, nº 6, abr. mai./jun., 2001. p. 40.

uma justa redistribuição de renda e dos recursos públicos; II - a participação e o controle social nas ações da municipalidade e o amplo acesso da população à informação, no que se refere a planejamento, programas, projetos e orçamento municipal; III - a definição da configuração urbanística da cidade, orientando a produção e uso do espaço urbano, tendo em vista a função social da propriedade; [...]; V - a aplicação dos instrumentos legais de uso do solo, [...]. § 1º São objetivos específicos do plano diretor: I - estabelecer parâmetros de equilíbrio ambiental e mecanismos de controle para seu cumprimento; II - fixar padrões de urbanização, adaptados aos aspectos físicos do território e sociais da população; [...]; VII - fixar os parâmetros de avaliação permanente da evolução urbana. [...] § 3º - O plano diretor definirá áreas especiais de urbanização preferencial, de reurbanização, de urbanização restrita, de regularização, de implantação de programas habitacionais e de transferência do direito de construir. [...].

Alguns outros artigos da Lei Orgânica são de vital importância para o bom funcionamento do desenvolvimento urbano. Entre eles, os artigos que normatizam o parcelamento, uso e ocupação do solo, inclusive pontos da própria Lei nº 16.176/96.

Essa lei estabelece as formas de uso e ocupação do solo da cidade do Recife. As suas disposições se aplicam às obras de infraestrutura, urbanização, reurbanização, construção, instalação de usos e atividades, inclusive aprovação de projetos, como mostra o seu art. 2º:

Art. 2º. As disposições desta Lei aplicam-se às obras de infraestrutura, urbanização, reurbanização, construção, reconstrução, reforma e ampliação de edificações, instalação de usos e atividades, inclusive aprovação de projetos, concessão de licenças de construção, de alvarás de localização e de funcionamento, habite-se, aceite-se e certidões³⁰⁰.

A regulação urbanística, tratada na Lei 16.176/96, considera as características geomorfológicas do território municipal, a delimitação física, bem como a infraestrutura básica existente, o solo e as paisagens.

A Lei Orgânica, em seu capítulo VII, "Da comissão de Controle Urbanístico", trata da CCU, vinculada à Secretaria Municipal de Planejamento Urbano e Ambiental - SEPLAM, que é órgão consultivo, de composição paritária entre representantes do poder público e da sociedade civil, como já citado no decorrer do trabalho. Nesse mesmo capítulo, também é atribuído a essa Comissão algumas funções como, por exemplo, solicitar estudos e pesquisas de avaliação dos instrumentos de gestão urbana e submeter à CDU.

³⁰⁰RECIFE. **Lei nº 16.176 de 1996**. Disponível em: <<http://www.legiscidade.recife.pe.gov.br/lei/16176/>>. Acesso em: 03 jul. 2014.

Essas diretrizes normativas municipais devem atender principalmente aos interesses sociais e precisam ser postas em prática para que atendam aos seus objetivos. As áreas residenciais, industriais, comerciais, para lazer e outras, devem ser ordenadas de modo a promover o desenvolvimento da cidade e de sua população, garantindo a esta qualidade de vida, facilitando-lhe o transporte e o crescimento econômico, preservando o ambiente natural e cultural que agrega e confere às pessoas os ideais comuns³⁰¹.

4.5. A atual situação do Projeto Novo Recife

Diante de todas as manifestações e cobranças da sociedade pernambucana pela mudança do desenho do Projeto Novo Recife, com o objetivo de preservar a identidade histórica e cultural da área, a Prefeitura do Recife cedeu às pressões e apresentou o projeto de redesenho do Novo Recife em setembro de 2014.

Segundo o arquiteto Romullo Baratto,³⁰² o redesenho possui as seguintes características:

Após ocupações, audiências públicas e o recebimento de 297 propostas da sociedade civil, a Prefeitura do Recife apresentou, em setembro de 2014, o projeto de redesenho do Novo Recife - que prevê um conjunto de obras urbanas no Cais José Estelita. As mudanças aconteceram em paralelo à elaboração do Projeto de Lei que institui e regulamenta o Plano Específico para o Cais de Santa Rita, o Cais José Estelita e o Cabanga, citados no Plano Diretor do Recife como áreas com potencialidades paisagísticas, físicoestruturais, culturais e econômicas para implantação de projetos especiais.

A principal mudança foi a redução na altura dos prédios, que passou de 117 metros, equivalente a 40 pavimentos, para 42 metros, apenas 14 andares. A redução, no entanto, não muda a capacidade construtiva do empreendimento, as 12 torres permanecem. Outra alteração foi feita no sistema viário, que passa a ter nove vias, em vez de quatro. A Avenida Dantas Barreto terá acesso direto ao Cais José Estelita através de um calçadão.

Dentro das diretrizes urbanísticas previstas no novo projeto, os empreendedores terão que executar as obras respeitando o uso não residencial no pavimento térreo em, no mínimo, 20% do perímetro de cada quadra, predominantemente nas ruas transversais; usos de comércio e

301 FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 2, nº 6, abr. mai./jun., 2001. p. 40.

302 BARATTO, Romullo. Prefeitura de Recife aprova novo plano urbano para o Cais José Estelita. Arch Daily. 8 Maio, 2015. Disponível em: <http://www.archdaily.com.br/br/766594/prefeitura-de-recife-aprova-novo-plano-urbano-para-o-cais-jose-estelita>. Acesso em: 10/06/2015

serviços de pequeno porte nos parques, preferencialmente utilizando-se dos vagões de trem e demais bens móveis remanescentes do patrimônio ferroviário; uso habitacional de diferentes tipologias, de modo a estimular a diversidade social; uso habitacional de interesse social a ser implantado no entorno imediato do empreendimento, com distância não superior a 300 metros dos imóveis e de corredores de transporte público; usos diversos nos parques de frente d'água, pátio ferroviário e áreas livres sob o Viaduto Capitão Temudo, equipamentos turísticos, equipamentos educacionais, culturais e espaços multiuso para exposições, biblioteca, comércio e serviços de suporte às atividades dos parques.

Após um longo e controverso processo, a Câmara dos Vereadores de Recife aprovou no dia 4 de maio de 2015 o Plano Específico para o Cais Santa Rita, José Estelita e Cabanga, com 23 votos a favor (Projeto de Lei nº 008/201). O projeto foi votado em pauta extra e não estava na ordem do dia, o que levou os opositores ao plano a pedir que a votação fosse adiada para o dia seguinte; pedido negado pelo vereador Vicente André Gomes, presidente da Câmara.³⁰³

Ainda segundo Baratto³⁰⁴, o projeto é dividido da seguinte maneira:

O documento aprovado divide a região em dez zonas mapeadas e delimitadas com especificações para cada forma de intervenção. O parque ferroviário, incluindo os trilhos e componentes do Pátio Ferroviário das Cinco Pontas, o vazio urbano restante da ligação ferrovia-porto e a frente d'água, e a Estação de Tratamento de Esgotos (ETE) Cabanga deverão ser destinados à implantação de parques públicos com programas de parques infantis e píeres, ciclovias ou ciclofaixas, bicicletários, áreas para corrida, caminhada skate e patins, sanitários públicos, quiosques e edificações de pequeno porte destinadas a atividades de suporte aos parques, à biblioteca pública e, ao menos, uma edificação destinada a atividades culturais.

Para essa estrutura, a expectativa é que sejam utilizadas as estruturas e elementos remanescentes do parque ferroviário e a sua integração com monumentos existentes do entorno (Forte das Cinco Pontas, Museu da Cidade e Igreja de São José), equipamentos culturais que serão implantados

Segundo Magno Martins³⁰⁵, com a sanção da Lei 18.138/2015, o Recife terá a sua disposição uma legislação que aplica importantes princípios de qualidade urbana e ambiental, priorizando os espaços públicos (parques, calçadas, ciclovias), eliminando muros e grades,

303 BARATTO, Romullo. Prefeitura de Recife aprova novo plano urbano para o Cais José Estelita. Arch Daily. 8 Maio, 2015. Disponível em: <http://www.archdaily.com.br/br/766594/prefeitura-de-recife-aprova-novo-plano-urbano-para-o-cais-jose-estelita>. Acesso em: 10/06/2015

304 *Idem, Ibidem*

305 MARTINS, Magno. Prefeitura dá sua versão sobre Novo Recife. Blog do Magno. 05, maio, 2015. Disponível em: http://www.blogdomagno.com.br/ver_post.php?id=144705. Acesso em: 22/06/2015

adotando comércio e serviços no térreo de todos os edifícios, reduzindo e graduando a altura no entorno das áreas de proteção histórico-ambiental e determinando práticas construtivas sustentáveis. Afirma o jornalista que essa lei será um instrumento necessário para o desafio da revitalização e requalificação de uma área central e estratégica para a cidade e seus cidadãos.

Com isso, o projeto Novo Recife passou por novos redesenhos para se adequar às exigências da prefeitura previstas na Lei nº 18.138/2015, sancionada pelo prefeito Geraldo Júlio.

No dia 27 de novembro de 2015, o Conselho de Desenvolvimento Urbano (CDU) voltou a discutir o projeto Novo Recife em reunião realizada na prefeitura da cidade. No encontro foi apresentado o documento já adequado à legislação. É a primeira vez que o Conselho, formado por representantes da sociedade civil e do poder público, discute o projeto depois das alterações.³⁰⁶

Posteriormente, no dia 22 de dezembro de 2015, com 21 votos a favor, dois contrários e duas abstenções, o projeto Novo Recife foi aprovado durante reunião do Conselho de Desenvolvimento Urbano do Recife (CDU), na sede da Prefeitura do Recife.³⁰⁷

O Movimento Ocupe Estelita, contrário a construção das torres na área do Cais José Estelita, entre o Centro e a Zona Sul do Recife, protestou durante toda a manhã e organizou novas manifestações em resposta à aprovação.³⁰⁸

A Central Única dos Trabalhadores (CUT) e o Conselho Regional de Economia (Corecon) foram os únicos membros do CDU a votar contra a aprovação do Novo Recife. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) e o Conselho de Arquitetura e Urbanismo (CAU) se abstiveram do voto.³⁰⁹

Recém-exonerado do cargo de superintendente do Iphan, Frederico Almeida representou o instituto na reunião. Segundo ele³¹⁰, a abstenção aconteceu porque não havia material suficiente

306 Diário de Pernambuco. CDU pode aprovar Novo Recife nesta sexta e Ocupe Estelita protesta. 27, novembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/11/27/interna_vidaurbana,612843/cdu-pode-aprovar-novo-recife-nesta-sexta-e-ocupe-estelita-protesta.shtml. Acesso em 15/12/2015.

307 Diário de Pernambuco. CDU pode aprovar Novo Recife nesta sexta e Ocupe Estelita protesta. 27, novembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/12/22/interna_vidaurbana,617746/cdu-aprova-novo-recife-por-21-votos-a-dois.shtml. Acesso em 12/01/2016

308 *Idem, ibidem*

309 *Idem, ibidem*

310 Diário de Pernambuco. CDU pode aprovar Novo Recife nesta sexta e Ocupe Estelita protesta. 27, novembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/12/22/interna_vidaurbana,617746/cdu-aprova-novo-recife-por-21-votos-a-dois.shtml. Acesso em 12/01/2016

para embasar um posicionamento sobre o projeto: "Acho que faltam dados. Existe um trabalho arqueológico sendo realizado e não podemos nos pronunciar se essa análise não foi realizada ainda", justifica Almeida, que considera a votação "inoportuna e precipitada".

De acordo com João Braga³¹¹, secretário de Mobilidade e Controle Urbano, a decisão foi tomada de forma democrática. "Esse projeto vem sendo amplamente discutido com a sociedade há pelo menos três anos e isso nos faz acreditar que a sociedade é favorável à iniciativa. Acredito que a cidade irá crescer com esse empreendimento", pontuou.

Para Leonardo Cisneiros,³¹² integrante do Movimento Ocupe Estelita (MOE), a aprovação do projeto é preocupante. "Essa era a instância em que a população poderia opinar. É um escárnio João Braga dizer que houve participação da sociedade nessa reunião. Só o Coque não representa todo mundo", comenta, referindo-se à participação dos líderes comunitários que participaram do encontro do Conselho.

Após a aprovação do projeto no CDU, o Consórcio Novo Recife tem aproximadamente um ano para dar entrada nos trâmites burocráticos para dar início à construção do empreendimento no Cais José Estelita. Ainda é preciso aprovação de projetos complementares em órgãos como o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea) e o Corpo de Bombeiros.³¹³

Vale ressaltar que a reunião e a aprovação do projeto no CDU só ocorreram devido à decisão judicial prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5ª) que suspendeu a sentença que anulava o leilão do terreno do Cais José Estelita e proibia a análise do projeto do Novo Recife pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano (CDU) da Prefeitura do Recife.³¹⁴

A sentença que havia sido proferida pelo juiz federal Roberto Wanderley Nogueira, no dia 28 de novembro de 2015, anulava o leilão do imóvel e cancelava o projeto, que prevê a construção de 12 torres empresariais e residenciais no Cais José Estelita.³¹⁵

O projeto foi alvo de investigações da Polícia Federal (PF) que confirmou que o leilão do terreno do Cais José Estelita foi fraudado em 2008. A constatação foi resultado da operação Lance

311 G1 PE. Projeto Novo Recife é aprovado pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano. Globo Nordeste. 22, dezembro, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/12/projeto-novo-recife-e-aprovado-pelo-conselho-de-desenvolvimento-urbano.html>. Acesso em: 12/01/2016

312 *Idem, ibidem*

313 *Idem, ibidem*

314 Diário de Pernambuco. TRF suspende sentença que anulava leilão do Estelita. 16, dezembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/12/16/interna_vidaurbana,616543/trf-suspende-sentenca-que-anulava-leilao-do-terreno-do-estelita-e-proi.shtml. Acesso em 12/01/2016

315 Diário de Pernambuco. TRF suspende sentença que anulava leilão do Estelita. 16, dezembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/12/16/interna_vidaurbana,616543/trf-suspende-sentenca-que-anulava-leilao-do-terreno-do-estelita-e-proi.shtml. Acesso em 12/01/2016

Final, no dia 30 de outubro de 2015, adiando a reunião do CDU para discutir o projeto Novo Recife, marcada para o dia dois de novembro.³¹⁶

4.6. O Projeto Novo Recife: opiniões especializadas

Por fim, é de salutar importância analisar as diversas opiniões a favor e contrárias à concretização do Projeto Novo Recife na capital pernambucana.

Nesse sentido, colaciona-se abaixo a opinião de Liana Cirne Lins³¹⁷, professora da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e advogada. Ela é contra o projeto e escreveu um artigo para a seção Contraditório, na versão impressa do Diário de Pernambuco:

O Cais José Estelita precisa e merece ser transformado. A requalificação daquela área, privilegiada e situada em pleno coração da cidade, é urgente. No lugar de galpões abandonados numa área vazia e insegura, queremos parques, comércio, cultura, residências, emprego e renda. Queremos gente e uma cidade pulsando, viva. Queremos desenvolvimento. Por isto rejeitamos o projeto Novo Recife, um projeto que não é novo e nem é bom em nenhum destes aspectos. E embora o consórcio de empresas por trás do projeto tente dissimular atender todos estes requisitos, está seguramente fazendo publicidade enganosa. Aliás, o consórcio responde inquérito no Ministério Público estadual e federal por esta razão.

Tome-se o exemplo do consórcio anunciar a previsão de um parque, omitindo que este é entrecruzado por vias automobilísticas, nas quais nenhuma família se arriscaria a passear. Se o leitor for apaixonado pela história da cidade do Recife e orgulhoso do fato de que a paisagem do Cais José Estelita é certamente um dos mais belos cartões postais do Brasil, provavelmente já terá formado sua opinião contrária ao empreendimento monstruoso que daria as costas para a cidade. Ou defenderá que o projeto se situe em outra região, que não o Cais, marcado por qualidades tão especiais e únicas.

Não é à toa que a quase totalidade de professores de arquitetura e urbanismo da UFPE e da Unicap é crítica ao projeto, até porque a construção das Torres Gêmeas prometeu fazer o mesmo que o projeto Novo Recife promete. E todos sabemos o quanto a área do Cais de Santa Rita permanece igualmente insegura e abandonada. O projeto que se

³¹⁶ *Idem, ibidem*

³¹⁷ LINS, Liana Cirne. CONTRADITÓRIO. VOCÊ CONCORDA COM O PROJETO NOVO RECIFE PARA O CAIS JOSÉ ESTELITA? Não. Diário de Pernambuco Impresso. 13, dezembro, 2015. Disponível em: http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/opiniaao/2015/12/13/interna_opiniaao,133112/nao.shtml. Acesso em 15/12/2015.

anuncia como novo atende a um modelo de habitação que teve seu auge nos anos 90, quando as pessoas se endividavam para investir em espaço. No cenário mundial, projetos como o Novo Recife estão fadados ao encalhe. Justamente por serem ultrapassados. As cidades não crescem mais neste modelo. As exigências e desejos do consumidor mudaram, pois as pessoas querem qualidade de vida. E embora algumas pessoas ainda achem que luxo é o padrão “ostentação”, o novo consumidor sabe que luxo é ter tempo.

Ninguém quer enfrentar intermináveis engarrafamentos na porta da própria casa, como os previstos pelas mais de cinco mil vagas de estacionamento projetadas, numa área sem escoamento viário possível. Além disto, o Novo Recife vai destruir para sempre nossa paisagem urbana e agravar problemas sociais que têm sido ignorados pelo poder público. Isso é culpa do consórcio? Não. A rigor, nem teríamos nada contra o consórcio, não fosse a Polícia Federal ter anunciado a existência de provas contundentes de fraude no leilão da área do Cais e consequente lesão aos cofres públicos, causada pelas empresas que compõem o consórcio Novo Recife e que estão envolvidas no escândalo da Lava Jato. O consórcio, porém, não é responsável pelo plano urbanístico. Essa responsabilidade é da prefeitura. O que pedimos – e que pode ser chamado de “novo” – é a observância de requisitos para uma cidade para pessoas. E para isso ela precisa ser segura, o que não se garante com varandas blindadas, mas com menos segregação social.

É bom lembrar que em contraposição às 200 habitações populares prometidas como medida mitigatória há um déficit habitacional para milhares de famílias, completamente excluídas de qualquer serviço público, que vivem em barracos em condições degradantes, contíguos à área do projeto. Um plano urbanístico decente não pode fingir que essas pessoas não existem ou achar que a solução é empurrá-las para um lugar distante, longe do empreendimento. São “soluções” como essas que têm feito do Recife uma das cidades mais inseguras e perigosas do país, pois quem planta segregação colhe violência.

É preciso respeitar a diversidade de perfis que podem e devem ocupar a região. E, além do mais, valorizar uma de nossas maiores riquezas: a cultural, que tem aptidão para ir além de subempregos e promover empregabilidade que pode de fato promover ascensão social para as comunidades do entorno e alavancar o turismo. Todos nós temos a ganhar com uma melhor urbanização do Cais José Estelita. E, agora, com sentença proferida pela Justiça Federal, datada de 27 de novembro, que declarou a nulidade do leilão fraudulento, determinando que a área pertence à União, ganhamos mais uma vez a oportunidade de, a partir do coração histórico e

geográfico da cidade, desenharmos um novo Recife de verdade, a altura dos nossos desejos, de e para todos nós.

Por outro lado, também há importantes opiniões a favor do citado projeto, como a de Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, diretor da Faculdade de Direito do Recife - UFPE:318

Conheci a área de “cinco pontas” há muitos anos. Meu pai trabalhou na antiga estação, antes de chefiar o jurídico da RFN e da RFFSA, por décadas. Meu irmão mais velho foi engenheiro da via permanente por muitos anos. Fui servidor da empresa, hoje extinta, entre 1975 e 1977. Andei muitas vezes pelo pátio de manobras outrora existente, onde hoje se encontram os resquícios de linhas construídas no pós-segunda guerra, na chamada “área operacional”. É hoje, com certeza, um verdadeiro cemitério, de restos de linhas de 37 e 45 kg por metro.

A velha linha da estrada de ferro do Recife (que daqui partia para o sul) está sepultada por baixo da Av. Sul. A antiga estação de arcos foi destruída, com outras obras de valor histórico, por um enorme equívoco para a construção do inútil viaduto das cinco pontas.

Quase ao lado margeando essa área, em direção à bacia do Pina, foram construídos armazéns pelo Instituto do Açúcar e do Álcool, onde ficava estocado o Açúcar transportado pelas pesadas locomotivas da RFFSA (as GE's diesel, de 70 toneladas) e ali se fazia o transbordo para as composições bem mais leves da APR (Administração do Porto do Recife) que podiam trafegar sobre a “ponte giratória”.

Essa área cedida pela RFN, depois RFFSA se compunha, em cerca de 65% de um terreno só adquirido em desapropriação, ao espólio do Sr. Adalberto Mações, em 1957. Nunca se imaginou, seria um grosseiro erro histórico, que por ali tivesse passado qualquer composição da época do Império.

Saltando no tempo, por espaço chega-se a hoje: Na tentativa de fazer impor aos poderes públicos suas opções sobre o destino da área, grupos da sociedade, pretenderam, inclusive influenciando o Ministério Público Federal ver não implantado projeto para a área não operacional, objeto de leilão realizado em 03.10.2008, por leiloeiro público, por autorização da Caixa Economica Federal. Muito se tem tentado para amoldar o destino do

318 CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Opinião: você concorda com o projeto Novo Recife para Estelita?. Diário de Pernambuco. 13, dezembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/outros/ultimasnoticias/46,37,46,14/2015/12/13/interna_politica,615937/opiniao-voce-concorda-com-o-projeto-novo-recife-para-o-cais-jose-este.shtml. Acesso em 15/12/2015

imóvel à vontade de cada um. São tentativas que representam um ataque à forma de democracia representativa que se tem.

Observem-se os seguintes aspectos: a) os imóveis, em um total de mais de cem foram alienados, por autorização legal, para reduzir o passivo bilionário da RFFSA em extinção. Saliente-se que a lei nunca teve sua constitucionalidade posta em cheque; b) Houve alienação, inclusive com a interveniência da CEF, com utilização do instrumento de alienação fiduciária; c) Adjudicado o imóvel os adquirentes, nos termos da legislação de regência, estão a tentar ver aprovado projeto de reurbanização da área, que possibilitara uma recuperação da degradada área Cabanga-São José; d) terceiros entendem, apesar de não terem representação para tal, mas, ao largo do sistema jurídico, de fixar qual o destino da citada área, não entendendo terem os proprietários direitos decorrentes do art. 5º da CF-1988;

e) a área alienada não tem relevo histórico, sobre ela nunca houve o traçado da imperial “estrada de ferro do Recife”, ou qualquer outro elemento histórico, tanto que não reconhecida como Patrimônio Ferroviário, pelo IPHAN e) é curioso essa pretensão de pessoas que se “acham” mais legitimadas, mais qualificadas que aquelas constitucional e legalmente investidas dos poderes para disciplinarem a política urbana do Município de, ditarem os destinos, à margem da lei, de imóveis públicos e privados.

Poder-se-ia aqui apontar encobertas razões, inclusive políticas, que transparecerão, por certo, no próximo ano. Esses problemas se reproduzirão em todas as futuras tentativas de requalificação de áreas urbanas do Recife, como a da Vila Naval, a do complexo de Salgadinho. Inúmeros aspectos jurídicos poderiam ser apontados para mostrar o vazio e o equívoco que é a pretensão de impedir o soerguimento da área Cabanga-São José.

O espaço aqui é pequeno. Pode-se resumir: a) a área não tem valor histórico; b) a reurbanização proposta implicará em milhares de empregos nas construções e na vida futura do bairro; c) o Recife terá nova área de lazer disponível para a população.

É lamentável ver o prejuízo que um pensar pequeno pode causar à cidade. Tem-se a esperança que vencidos todos os entraves os que os criaram poderão felizes ir penitenciar-se na então restaurada e bela Igreja de São José para depois passearem no gramado à beira da bacia do Pina. Essa é uma fundada esperança.

Assim, observamos que o impasse causado pelo Projeto Novo Recife na sociedade pernambucana está longe de terminar, havendo inúmeras opiniões a seu respeito.

5 CONCLUSÃO

Prevista entre os direitos fundamentais, de fato, a propriedade não é mais considerada como direito puramente individual, principalmente porque se relaciona com as diretrizes de ordem econômica de uma sociedade, o que lhe dá a finalidade de sua realização, qual seja a de assegurar a todos existências digna, conforme os ditames da justiça social.

Essa afirmação nos permite concluir que os direitos individuais coexistem com os interesses superiores do Estado, inscritos nos texto constitucional, os quais coincidem com os interesses públicos e coletivos, não devendo ser violados para favorecimento de uma minoria detentora de maior poder econômico relevante.

Além do direito constitucional, tivemos de fazer incursões no direito civil, no direito administrativo e também nos direitos mais atuais, como o urbanístico e o ambiental. Tal é o entrelaçamento das limitações que se tornou impossível enfrentar as questões aqui abordadas sem fazer ligação entre o direito público e o privado, pois as limitações ao direito de propriedade estão intimamente ligadas à própria evolução desses dois ramos do direito juntos.

O direito à propriedade, na Constituição Federal de 1988, teve que se adequar aos princípios gerais que sustentam o Estado Democrático de Direito, quais sejam a igualdade, legalidade, a soberania popular, justiça social, dentre outros, em favor da Dignidade da Pessoa Humana e da cidadania. Sendo assim, não há espaço, dentro de um Estado Democrático de Direito como o nosso, para um direito de propriedade absoluto e subjetivista.

Em seu artigo 5º, inciso XXII, ao dispor sobre a garantia ao direito à propriedade, a Carta Magna limitou o poder do Estado no campo econômico. Assegurou a propriedade privada sem torná-la, entretanto, intangível sob a ótica do Poder Público.

A limitação de um direito fundamental é possível devido ao fato de que o exercício absoluto de um direito pelo seu titular inviabilizaria o exercício de um direito fundamental de outrem. Haveria, assim, colisão, conflito, choque de direitos fundamentais. Está implícita, assim, a possibilidade de haver, pelos aplicadores do direito, o uso de um juízo de ponderação, com base no princípio hermenêutico da unidade e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Observou-se um deslocamento do direito à propriedade para o direito público, tendo em vista as inúmeras normas, constitucionais e infraconstitucionais, que passaram a condicionar-lhe em prol do interesse coletivo.

Aos poucos, a propriedade começou a representar poder e riqueza. E a busca por esse status contribuiu para revelar o egoísmo e a insensatez humana, como também para formação das distintas classes sociais, com tamanha disparidade.

Por causa dessas disparidades crescentes, as restrições ao direito de propriedade, que antes se limitavam às de vizinhança, agora, representam um papel muito mais social, pois o

atendimento à função social e à preservação do meio ambiente é indispensável à existência e validade do direito de propriedade privada.

Também não basta a simples existência da Constituição e de legislações infraconstitucionais, pois é necessário que cada cidadão seja mais participativo e torná-la ativa e respeitada. Nesse contexto, importante frisar o importante papel que as Organizações não-governamentais vêm desempenhando ao denunciar violações aos direitos humanos, trabalhando em prol da cidadania e atuando em práticas de intervenção social, contribuindo sensivelmente para uma melhor qualidade de vida dos cidadãos, indispensável ao princípio da dignidade da pessoa humana e à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Se há norma constitucional definindo o conteúdo que a função social da propriedade deve assumir e normas infraconstitucionais, condicionando projetos e construções nessas propriedades, não há espaço, regra geral, para uma interpretação que lhe seja diretamente divergente, seja pelo poder judiciário ou pela administração pública.

As restrições impostas à propriedade privada, como condições normais do exercício e da extensão do direito, não importam, necessariamente, diminuição do patrimônio de quem as suporta, nem aumento do patrimônio de quem se aproveita com elas. A restrição só se manifesta quando se verifica um conflito de interesses, não sendo totalmente sacrificado nenhum direito subjetivo, apenas tendo diminuídas algumas faculdades, que, de certa forma, constituem expectativas jurídicas de novas relações com maior interesse público.

As limitações em questão privilegiam o interesse público, ou de utilidade pública, as quais se destinam a impedir que o interesse, arbítrio, ou corrupção do proprietário prevaleça em absoluto sobre o bem comum.

Na busca por um desenvolvimento econômico a todo custo, os particulares e o Poder Público terminam por não executar projetos urbanísticos que objetivem o favorecimento de toda a sociedade, mas, apenas, de uma pequena parcela da população.

O Projeto Novo Recife afirma ter como finalidade a adequação das necessidades de crescimento econômico aos ensejos da população, buscando efetivar a função social da propriedade urbana com a destinação útil a uma propriedade privada de grande importância para a cidade do Recife.

No entanto, para que o referido Projeto seja concretizado, deve-se atender a limites impostos não só pela Constituição Federal, mas, também, por leis federais, estaduais e municipais, o que se põe em dúvida quando analisado os trâmites de elaboração e aprovação do empreendimento. Além disso, o negócio imobiliário deve atender o interesse público.

As irregularidades apontadas no procedimento de aprovação do Projeto Novo Recife tornam duvidosa a sua licitude, o que, caso comprovadas, impedirão a urbanização e modernização da região do Cais José Estelita, local onde se pretende implementar o Projeto.

Caso todo o procedimento que desencadeou no Projeto Novo Recife, ao final, seja considerado legal, devem ser exigidas as medidas de mitigação de impactos, a análise integrada do real interesse desse Projeto para a cidade, com a ponderação de seus danos e benefícios a toda população. Ademais, é preciso transparência para que a população acompanhe todo a realização do empreendimento.

É importante que seja encontrada uma solução para o Projeto Novo Recife, pois, se de um lado contraria o princípio da função social da propriedade a conservação de terrenos vazios nos centros urbanos, por outro não pode haver a realização de um empreendimento urbano que possui ilegalidades na sua realização.

Uma proposta de urbanização, elaborada pelo Poder Público, para ser executado em parceria com a iniciativa privada poderia ser a melhor opção.

Para garantir a mobilidade, tem-se que implantar no Projeto algo que possa integrar essa área abandonada ao tecido urbano, buscando eixos de circulação novos, restaurando os antigos, buscando qualidade das calçadas e demais formas de deslocamento.

Cada empreendimento urbano deve ser analisado no caso concreto, verificando as exigências sociais e urbanas de cada município, mesmo que limitações legais e administrativas tenham que ser levadas em consideração e, assim, ponderar a razoabilidade desses institutos: “de construir” e “do bem comum”.

O grande mérito da nossa atual Constituição foi despertar o interesse de se exercer a cidadania, principalmente com os vários instrumentos de participação social na administração pública.

Por fim, é possível afirmar que o Projeto Novo Recife é rico em propostas, viável em relação às melhorias que promete e que terá o condão de modernizar o centro da nossa cidade, trazendo benefícios econômicos e sociais para toda a população. Porém, pode-se verificar muitas irregularidades nos processos de aprovação deste projeto, assim como a insatisfação de parte da população, a exemplo do Movimento Ocupe Estelita, o qual alega não ter participado dos debates sobre o projeto, e isso, tanto o Plano Diretor do Recife, como o Estatuto da Cidade, garantem, o que deu margem à diversas manifestações e ocupações da área objeto de conflito.

Os confrontos gerados ganharam visibilidade nacional através da imprensa. A possível construção causará impacto em várias áreas, principalmente urbanística, paisagística e ambiental.

Se existem leis e procedimentos a ser cumpridos quanto à política urbana, não há porque o Projeto Novo Recife não obedecê-los. Dessa forma, teríamos a garantia de que o desenvolvimento urbano seria legítimo, legal, organizado e ordenado.

REFERÊNCIAS

BARATTO, Romullo. Prefeitura de Recife aprova novo plano urbano para o Cais José Estelita. Arch Daily. 8 de Maio, 2015. Disponível em: <http://www.archdaily.com.br/br/766594/prefeitura-de-recife-aprova-novo-plano-urbano-para-o-cais-jose-estelita>. Acesso em: 10/06/2015

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOTLER, *apud* CISNEIROS, Leonardo. **Histórico do projeto novo Recife e outras propostas**. Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 maio 2014.

BRASIL, 7ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco. Novo Recife é suspenso pela Justiça por irregularidades. Recife, 20 de fevereiro de 2013

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 ago. 2014.

CAMPOS JÚNIOR, Raymundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 29. Ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Opinião: você concorda com o projeto Novo Recife para Estelita?. Diário de Pernambuco. 13, dezembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/outros/ultimasnoticias/46,37,46,14/2015/12/13/interna_politica,615937/opinio-voce-concorda-com-o-projeto-novo-recife-para-o-cais-jose-este.shtml. Acesso em 15/12/2015

CISNEIROS, Leonardo. **Histórico do projeto novo Recife e outras propostas**. Direitos Urbanos, 2012. Disponível em: <http://direitosurbanos.wordpress.com/2012/04/04/historico-do-projeto-novo-recife-e-outras-propostas/>. Acesso em: 08 set. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da função social. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, ano 7, jul./set., 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

Diário de Pernambuco. CDU pode aprovar Novo Recife nesta sexta e Ocupe Estelita protesta. 27, novembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/11/27/interna_vidaurbana,612843/cdu-pode-aprovar-novo-recife-nesta-sexta-e-ocupe-estelita-protesta.shtml. Acesso em 15/12/2015.

Diário de Pernambuco. CDU aprova Novo Recife por 21 votos a dois. 27, novembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/12/22/interna_vidaurbana,617746/cdu-aprova-novo-recife-por-21-votos-a-dois.shtml. Acesso em 12/01/2016

Diário de Pernambuco. TRF suspende sentença que anulava leilão do Estelita. 16, dezembro, 2015. Disponível em: http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/12/16/interna_vidaurbana,616543/trf-suspende-sentenca-que-anulava-leilao-do-terreno-do-estelita-e-proi.shtml. Acesso em 12/01/2016

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012.

FERREIRA, Dâmares. **O aspecto funcional da propriedade urbana na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, nº 6, abr. mai./jun., 2001.

FELIPI, Emídia. **Informe publicitário sobre o projeto do consórcio Novo Recife**. Circula nas edições do Jornal do Comércio. Diário de Pernambuco e Folha de Pernambuco, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Estatuto da Cidade Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIUZA, César. **Direito civil curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

G1 PE. Projeto Novo Recife é aprovado pelo Conselho de Desenvolvimento Urbano. Globo Nordeste. 22, dezembro, 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/pernambuco/noticia/2015/12/projeto-novo-recife-e-aprovado-pelo-conselho-de-desenvolvimento-urbano.html>. Acesso em: 12/01/2016

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINS, Liana Cirne. CONTRADITÓRIO. VOCÊ CONCORDA COM O PROJETO NOVO RECIFE PARA O CAIS JOSÉ ESTELITA? Não. Diário de Pernambuco Impresso. 13, dezembro, 2015. Disponível em: http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/opiniaio/2015/12/13/interna_opiniaio,133112/nao.shtml. Acesso em 15/12/2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARTINS, Magno. Prefeitura dá sua versão sobre Novo Recife. Blog do Magno. 05, maio, 2015. Disponível em: http://www.blogdomagno.com.br/ver_post.php?id=144705. Acesso em: 22/06/2015

MELO, Jamildo. 224 parlamentares respondem 542 inquéritos, diz congresso em foco: 7 pernambucanos estão na lista. Blog do Jamildo, 2013. Disponível em: <http://jc3.uol.com.br/blogs/blogsjamildo/canais/noticias/2013/02/07/ministerio_publico_federal_entra_na_justica_contra_projeto_novo_recife_145719.php>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. Ministério Público Federal entra na justiça contra Projeto Novo Recife. Blog do Jamildo, 2013. Disponível em: <http://jc3.uol.com.br/blogs/blogsjamildo/canais/noticias/2013/02/07ministerio_publico_federal_entra_na_justica_contra_projeto_novo_recife_145.719.php>. Acesso em: 02 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira / Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional - 8. Ed. rev. E atual - São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PADRÃO, Márcio. Veja evolução do projeto Novo Recife e a disputa com o Ocupe Estelita. UOL Notícias Cotidiano, São Paulo, 02/06/2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/06/02/veja-evolucao-do-projeto-novo-recife-e-a-disputa-com-o-ocupe-estelita.htm>>. Acesso em 15/08/2015.

PAULO, Vicente. Direito Constitucional Descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 11. Ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2013

PREFEITURA DO RECIFE. **Projeto Novo Recife**. Disponível em: <<http://www.recife.pe.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2014.

_____. **Legislação**. Disponível em: <<http://www.legiscidade.recife.pe.gov.br>>. Acesso em: 02 set. 2014.

RECIFE. **Lei nº 16.176 de 1996**. Disponível em: <<http://www.legiscidade.recife.pe.gov.br/lei/16176/>>. Acesso em: 03 jul. 2014.

ROLNIK, Raquel. Uma outra cidade é possível?. Blog da Raquel Rolnik, São Paulo, 06/06/2014. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2014/06/06/uma-outra-cidade-e-possivel/>> Acesso em: 20/08/2015

SOARES, Letícia Rodrigues. **Limitações do direito à propriedade**. Disponível em: <<http://guaiba.ulbra.br/seminario/eventos/2009/artigos/direito/salao/528.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

A EFETIVIDADE DA LEI Nº 12.318/2010 NA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

RENNER BRAGA DA SILVA:

Graduando no grau de bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR³¹⁹

orientador

RESUMO: Laços afetivos entre o casal se desfazem por inúmeras razões, diferentemente do laço afetivo entre pais e filhos, que possui caráter indissolúvel e não deve ser objeto de discussão frente ao contexto da separação do casal. Num mundo ideal é isso que ocorre, as obrigações parentais são mantidas e nenhum dos genitores tenta envenenar os filhos do casal com o propósito de deturpar a imagem que a criança ou adolescente possui do pai/mãe. No entanto, a realidade, por vezes, é o oposto do cenário ideal, uma vez que a mágoa do fim do relacionamento pode alimentar a chamada alienação parental, uma prática de violência psicológica praticada com o único objetivo de punir o outro genitor, ao tempo que também afeta negativamente o filho de diversas formas. Nessa situação, a lei 12.318/2010 surge como ferramenta que visa combater a prática, punindo o alienador e reforçando que os melhores interesses da criança ou adolescente devem ser sempre observados. A pesquisa valeu-se de uma abordagem qualitativa e a metodologia empregada é a revisão bibliográfica e de legislação específica.

Palavras-chave: Família; poder familiar; filhos; alienação parental.

1 Introdução

O presente trabalho objetiva a análise da efetividade da chamada “Lei da Alienação Parental”, lei nº 12.318/2010 no que se refere à prevenção e repressão de ações de alienação parental. Alienação parental se traduz como um transtorno psicológico, como tratam Freitas e Pellizzaro (2011), e pode ser visualizada na prática através de atos que venham a enfraquecer ou destruir a relação entre genitores e filhos.

Os laços entre pais e filhos não se dissolvem com a separação dos cônjuges, ou seja, as responsabilidades para com os filhos (crianças ou adolescentes) se perduram até a maioridade, de modo que a alienação parental, causada por um ou ambos os genitores, interfere diretamente na degradação da relação. De maneira geral, a distorção da imagem do genitor, mas as condutas da alienação não são exclusivas a estes, atua diretamente na relação interpessoal de pais e filhos, e,

³¹⁹ Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins. Especialista em Gestão Pública pela Associação Especialista em Educação. Graduado em Direito pela Faculdade Serra do Carmo. Docente da Faculdade Serra do Carmo.

consequentemente, fazendo com que os genitores não atuem de forma coerente na formação de seu descendente.

A lei é importante no atual cenário visto que direitos fundamentais são afetados, no sentido de que confrontam legislações como a própria Constituição Federal de 1988 e Estatuto da Criança e do Adolescente. O prejuízo causado ao filho do alienador e do alienado se perdura diante da passagem do tempo e pode vir a gerar um ciclo de violência nas relações futuras, de modo que o filho alienado pelo genitor um dia tem a possibilidade de repetir as mesmas condutas enfrentadas no passado.

A relevância desse trabalho se caracteriza uma vez que é direcionado à coletividade, pois a alienação parental causa vícios na sociedade, reforçando, por exemplo, ciclos de violência, usurpação de direitos da criança e do adolescente, e fortalece a ideia de que a separação dos pais é algo que sempre será prejudicial ao convívio dos mesmos com os filhos.

Valendo-se de uma abordagem qualitativa, utiliza-se da exposição de muitos conceitos para que o contexto da família fique bem estabelecido frente ao presente contexto, trazendo inclusive uma breve linha do tempo histórica. Também houve uma análise quanto às características da legislação vigente, relacionando, por fim, os efeitos que a lei nº 12.318/2010 produz ao prevenir e reprimir situações de alienação parental.

Posteriormente, faz-se a exposição das principais inovações que a lei 12.318/2010 propôs, debatendo a atuação da referida lei na prevenção e repressão da alienação parental. Conclui-se o estudo com a demonstração da eficácia da citada lei quanto ao combate a todas as formas de alienação parental. A estrutura do trabalho se dá com a descrição de unidades familiares frente ao direito, tratando especificamente os aspectos do poder familiar e hipóteses em que o mesmo é declarado perdido, extinto ou suspenso, seguindo-se ao tópico de trata da efetividade da lei frente a casos de alienação parental.

2 Descrição da família frente ao direito

Famílias existem desde o início dos tempos, e passaram por diversas construções históricas para chegarem aos modelos que são conhecidos atualmente. Derivadas do laço genético ou afetivo, a família é a primeira forma de socialização que o indivíduo conhece, sendo, portanto, a instituição que irá fornecer os primeiros pilares para que aquele indivíduo em questão esteja apto a começar a desenvolver-se em sociedade.

A palavra "família" se originou do latim *famulus*, que, de acordo com Engels (1984, p. 61) significa escravo doméstico, uma vez que os membros da família eram escravos mantidos pelos chefes das famílias. Essa estrutura primária, onde o homem (pai) era o chefe da família, originou-se na Roma antiga, e estabeleceu o modelo de que ao pai eram concedidas as rédeas da família para que a regulasse da forma que achasse coerente, seguindo os mesmos costumes e crenças religiosas. Surgia o pátrio poder.

Historicamente, laços afetivos não eram determinantes para que houvesse o matrimônio, mas sim interesses patrimoniais. Russi (2018, p. 4) confirma esse fato, pois relata que o poder do

homem mais velho da família era exercido em caráter absoluto, fazendo com que a mulher tivesse tarefas de pouca importância frente ao núcleo familiar.

Com o passar do tempo, evolução e modernização de processos, a questão familiar também sofreu alterações, de forma que também passou-se a aceitar que figuras femininas, como as das mães, se encontrassem em um lugar de liderança mais consolidado. Oliveira (2021, p. 74) demonstra a referida informação da seguinte maneira:

Com a construção de novos arranjos familiares e a aceitação de famílias compostas por mulheres como chefes de seus lares, o que era entendido anteriormente como poder ilimitado e exclusivo da figura paterna, agora se estende a ambos os pais em atribuições de poder-dever

Barroso (2021, p. 2) reforça que:

Os papéis do homem e da mulher no âmbito familiar sofreram significativas mudanças ao longo da história da humanidade [...] no que tange à criação dos filhos, homens e mulheres sempre tiveram responsabilidades diferentes, que se moldavam de acordo com o contexto social vivido. [...] Contudo, a partir de meados do século XIX, esse contexto mudou, dando espaço para que ambos os pais fossem co-responsáveis por todos os assuntos que envolvessem os filhos. Assim, as relações familiares passaram a ser estruturadas por um mútuo auxílio e baseadas na afetividade familiar

Assim, os direitos e deveres dos indivíduos naqueles núcleos familiares agora não mais partiam de decisões do chefe da família, mas eram definidos pelo próprio Estado, sendo inclusive constitucionalizada, portanto, resguardada juridicamente. A Constituição Federal promulgada em 1988 fez considerações acerca da família que fizeram com que a questão do domínio patriarcal se enfraquecesse como ressalta Azeredo (2020, online).

A promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1988 começou a desconstituir a ideologia patriarcal, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial, e trouxe em seu texto princípios importantes relacionados à família, como a dignidade da pessoa humana, bem como o valor jurídico dado à afetividade e à solidariedade familiar. Somado a isso, cuidou de capítulos específicos relacionados à família, à criança, ao adolescente, além da igualdade entre homens e mulheres em direitos e deveres.

Dessa forma, a partir de 1988 as figuras da criança e do adolescente foram fortalecidas, com diretrizes que pretendiam garantir que as figuras estivessem completamente protegidas em seus núcleos familiares. Esse ponto-pé inicial foi valioso para que os arranjos familiares fossem revisto uma vez que trouxe o princípio da igualdade, combatendo diretamente o poder que emanava da

figura masculina na família, e, como consequência, afetou diretamente nas disposições do Código Civil de 1916.

Azeredo (2020, online) especificamente faz a seguinte observação sobre o pátrio poder, exercido exclusivamente pelo pai e assegurado pelo Código Civil de 1916:

O poder familiar passou a ser uma imposição pelo artigo 227 da Constituição Federal brasileira. Quando do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a redação original do artigo 21 se referia ao pátrio poder; ocorre que, o Código Civil de 2002 optou pelo nomen iuris poder familiar (artigos 1.630 a 1.638), para designar o complexo de direitos e deveres que compete aos pais frente a seus filhos menores.

É prevista a partir de 1988 a relação jurídica do poder familiar.

2.1 Poder familiar (conceitos, características, exercício do poder familiar)

Primordialmente, destaca-se que o poder familiar não confere qualquer tipo de vantagem hierárquica ou poderes diferentes aos genitores. Aos pais, é concedida a missão de criar seus filhos, estabelecendo limites, educando-os nos parâmetros de sua própria fé, moral, e valores éticos, sempre observando se encontram-se alinhados com as diretrizes da sociedade onde os núcleos familiares estão inseridos.

Partindo desse ponto, verifica-se que aos pais, adotivos ou biológicos, que detenham o poder familiar são incumbidas uma diversidade de deveres legalmente estabelecidos, como a educação, segurança, saúde e a manutenção do menor sob sua guarda e proteção.

Essa responsabilidade, segundo Cavalieri Filho (2014):

tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 239).

Nesse passo, torna-se imperioso compreender que o “poder familiar” ditado pelo autor e atualmente legislado no Código Civil de 2002, substitui o termo “poder pátrio” utilizado na vigência do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916, embora rompesse as ordenações portuguesas e trouxesse avanços para a normatização do código civil brasileiro, ainda possuía o reflexo daquela sociedade patriarcal e conservadora sobre a ideia de família à época, onde o marido era o chefe da sociedade conjugal.

A constituição da família, naquele período, era totalmente ligada as questões matrimoniais e patrimoniais, onde o homem, o pai, figurava na ponta da pirâmide hierárquica como chefe da família e da sociedade conjugal, exercendo o poder absoluto de decisão sobre a esposa e seus filhos, conforme estabelecia o Código Civil de 1916:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. O direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (BRASIL, 1916, online).

Observa-se que somente na ausência da figura masculina é que a mulher poderia exercer qualquer tipo de poder decisivo sobre a instituição familiar, mas destaca-se que essa possibilidade somente se tornou viável, no curso da evolução legislativa do século XX, quando começou a se alcançar uma igualdade de gênero entre os consortes, em especial, com a publicação do Estatuto da Mulher Casada, como explica Maria Berenice Dias (2016, p. 51):

A evolução pela qual passou a família acabou forçando sucessivas alterações legislativas. A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), que devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho. 25/1250 A instituição do divórcio (EC 9/77 e L 6.515/77) acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia da família como instituição sacralizada.

Quantos aos filhos da prole, as crianças e adolescentes não eram reconhecidos como sujeitos de direito, o Código Civil de 1916 pouco tratava sobre questões de cidadania e direitos, se abstendo a no máximo a dispôs sobre as responsabilidades dos menores de 18 anos, os considerando completamente impossibilitados de discernirem entre o que era certo ou errado, logo, inimputáveis, ressalvando aos pais a responsabilidade civil pelos atos dos filhos menores.

Essa responsabilidade era indireta, subjetiva, se tornando efetiva quando lhes fosse imputada e comprovada a culpa pela vítima do fato danoso, por não terem o cuidado de tomarem as medidas necessárias para que o fato viesse a ocorrer.

A maneira como as crianças e adolescentes eram vistos pela sociedade, pela família e pelo Estado também era diversa de como é atualmente, e somente ao longo do tempo é que passou a ser tratado de maneira ampla.

Um exemplo é o decreto n. 17.943-A, de 1927, denominado de Código de Menores de 1927, foi a primeira lei do Brasil dedicada à proteção da infância e da adolescência, que tratava de importantes questões voltadas ao discernimento, culpa, responsabilidade, penalidade e, inclusive sobre o pátrio poder, nesse fragmento legislativo havia o ponta pé inicial para um Estado que se voltava para as condições físicas, morais e mentais dos menores abandonados e tidos como delinquentes, *in verbis*:

Art. 28. São vadios os menores que:

- a) vivem em casa dos pais ou tutor ou guarda, porém, se mostram refratários a receber instrução ou entregar-se a trabalho sério e útil, vagando habitualmente pelas ruas e logradouros públicos;
- b) tendo deixado sem causa legítima o domicílio do pai, mãe ou tutor ou guarda, ou os lugares onde se achavam colocados por aquele a cuja autoridade estavam submetidos ou confiados, ou não tendo domicílio nem alguém por si, são encontrados habitualmente a vagar pelas ruas ou logradouros públicos, sem que tenham meio de vida regular, ou tirando seus recursos de ocupação imoral ou proibida.

Art. 29. São mendigos os menores que habitualmente pedem esmola para si ou para outrem, ainda que este seja seu pai ou sua mãe, ou pedem donativo sob pretexto de venda ou oferecimento de objetos.

Art. 30. São libertinos os menores que habitualmente:

- a) na via pública perseguem ou convidam companheiros ou transeuntes para a prática de atos obscenos;
- b) se entregam à prostituição em seu próprio domicílio, ou vivem em casa de prostituta, ou frequentam casa de tolerância, para praticar atos obscenos;
- c) forem encontrados em qualquer casa, ou lugar não destinado à prostituição, praticando atos obscenos com outrem;
- d) vivem da prostituição de outrem. (BRASIL, 1927, online).

Como dito, a legislação se voltava aquelas crianças e adolescentes que não possuíam sobre si o exercício do pátrio poder e que se encontravam em situação de extrema pobreza.

No mesmo sentido, a Lei n. 6.697 de 1979, conhecida como “Código de Menores de 1979”, também seguia na mesma direção, passando a somente suavizar os termos “vadios”, “mendigos” e

“libertinos” para aderir a doutrina da situação irregular, considerando nesta situação nos termos do artigo 2º da referida lei:

Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de:

a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;

b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III - em perigo moral, devido a:

a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI - autor de infração penal.

Parágrafo único. Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial. (Brasil, 1979, online)

Não havia distinção entre menor abandonado e o menor infrator, considerando ambos em situação irregular, a serem tutelados pelo Estado. Essa visão somente se alterou com o advento da “Doutrina da Proteção Integral”, consagrada no Brasil com a Constituição Federal de 1988 e com o advento do ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente, onde passou a ser previsto legalmente a proteção integral aos menores de idade, independentemente de sua condição.

A Constituição de 1988 passou a ter uma visão voltada para a criança e o adolescente como um ser ainda em desenvolvimento e sujeito de direitos, consagrando princípios de proteção internacionalmente instituídos. Com isso, a atual concepção do poder familiar passou a ser mais democrática e voltado a melhor interesse dos filhos, de modo a se voltar para a promoção e desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente.

Conforme ensinam Cury, Garrido & Marçura (2002), o ECA consagra essa disposição constitucional ao assegurar a criança e ao adolescente, o direito a vida, a saúde, à liberdade, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à dignidade e a convivência familiar e comunitária, resguardando de toda e qualquer forma de exploração, negligência, discriminação e violência.

Não obstante, quanto ao poder familiar o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que deverá ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, vejamos:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Essa amplitude do poder familiar, emergiu da própria evolução do núcleo familiar, pois em relação ao Código Civil de 1916 o Código Civil de 2002, se mostrou mais adequada ao disposto no artigo 229 da Constituição Federal de 1988 e a própria conjuntura da sociedade, dispondo que ambos os pais “têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988, online).

O Código Civil de 2002 elenca algumas competências que são inerentes aos pais, quais sejam:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002, online).

Como visto, os pais devem zelar pela saúde, educação e segurança dos filhos menores de idade, através do bom diálogo e, quando necessário, castigos leves e moderados, para frear quaisquer comportamentos indesejados os filhos estejam desenvolvendo, observando o bom senso e as noções de maus tratos. Dessa forma, fica claro que o poder familiar decorre dessa necessidade do Estado em garantir que os pais cumpram com seus deveres para com seus filhos menores de idade, visando sempre protegê-los e prepará-los para que se desenvolvam na sociedade por si mesmos um dia.

É necessário afirmar que o poder familiar é um instituto de natureza personalíssima, pois é inerente a ambos os pais e é direcionado único e exclusivamente aos filhos menores de idade, sendo irrelevante a situação do filho em questão ser gerado ou adotado, e, em sendo de caráter personalíssimo, não há possibilidade de ser exercido por terceiros em virtude de uma "cessão".

Com isso, o poder familiar se transveste de um único objetivo: garantir ao menor de dezoito anos o seu bem-estar e as garantias constitucionalmente previstas, e, não mais garantir apenas ao "pai" o controle de sua família.

Ocorre que, na hipótese de descumprimento dos deveres dos pais em relação aos filhos, poderá vir a ocorrer a suspensão, perda ou até mesmo extinção do poder familiar.

Essas hipóteses podem ocorrer quando ocorre a interferência do Estado, que ao perceber que o poder familiar não esteja sendo adimplido da forma esperada, passa a intervir no seio familiar quando os pais ou responsáveis passam a não cumprir com as obrigações para com seus filhos, como lhe é imposto pela lei, como explica Dias (2017, p. 393):

A suspensão, extinção e a destituição do poder familiar constituem sanções aplicadas aos genitores pela infração dos deveres inerentes ao poder familiar, ainda que não sirvam como pena ao pai faltoso. O intuito não é punitivo, visando preservar o interesse da prole, afastando-a de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada a perda, extinção ou destituição do poder familiar quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho.

Apesar do ordenamento jurídico prever a intervenção mínima do Estado no seio familiar, cabe a este auxiliar e fornecer os meios de promover o bem-estar, proteger e assegurar a autonomia para decidir e definir os próprios interesses, sem que haja qualquer mecanismo coercitivo do próprio Estado.

Princípio da Intervenção Mínima do Estado no Direito de Família. Embora se reconheça o caráter muitas vezes publicístico das normas de direito de família, não se deve concluir, no entanto que o Estado deva interferir na ambiência familiar[...]. A Intervenção do Estado deve apenas e

tão somente teor o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições próprias a manutenção do núcleo afetivo. (GAGLIANO E PAMPLONA, 2012, p. 105, 106).

Mas isto não inibe o Estado, através do poder público de intervir quando identificado qualquer ameaça ou concretização de algum dano aos integrantes do grupo familiar, o princípio estabelece apenas um limite para a intervenção do Estado na instituição familiar, para que não traga prejuízos à liberdade e autonomia.

Mas caso os pais não cumpram com o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, poderão perder o poder familiar e inclusive sofrer sanções previstas no Código Penal no que tange ao crime de abandono material e intelectual dos menores, bem como arcar com a responsabilidade civil pelo dano moral relativos aos direitos de personalidade, nas hipóteses adiante minuciadas.

2.2 Hipóteses de suspensão, perda e extinção do poder familiar

Conhecidas as principais características do poder familiar, é necessário abordar as formas nas quais pode ser que ocorra suspensão, perda e extinção do poder familiar. Ressalta-se, desde já, que a questão da destituição, ou perda, é altamente severa, uma vez que só pode ser invocada mediante a ocorrência de descumprimento dos deveres dos pais de uma criança ou adolescente que ainda não tenha atingido a maioridade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente afirma que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” (BRASIL, 1990, online). Conhecida essa informação, resta mais que claro que os direitos da criança e do adolescente, ou seja, da pessoa que ainda não atingiu a maioridade, não podem ser violados sob qualquer justificativa.

Primeiramente, ressalta-se que a situação financeira da família na qual o menor está inserido não pode ser causa absoluta que leve perda, suspensão ou extinção do poder familiar, conforme disposições do art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nessa mesma diapasão, o casamento do pai ou da mãe com outra pessoa também não acomete o instituto do poder familiar.

O procedimento de destituição pode ser iniciado quando o Estado toma conhecimento sobre a situação de ação ou omissão na qual os pais estão faltando para com os filhos, no sentido de permitirem ações ou omissões que afrontem os direitos do menor. Dessa forma, Scaff (2010, p. 10) leciona o seguinte sobre a atuação interventiva por parte do Estado:

Apesar de serem situações que se imaginam excepcionais, concedeu-se ao Estado um enorme alcance de atuação nos casos em que se evidencie ou mesmo se suspeite de negligência quanto à criação dos filhos, não havendo um elenco taxativo que tenha sido determinado pela lei quanto às situações em que pode haver a modificação das situações de poder familiar.

O Estado intervém na relação de pai e filho quando houver quaisquer evidências de que os direitos do menor se encontram em risco de serem afrontados. Ressalta-se que o *status* de vigília do Estado se perdura permanentemente, e, acima de tudo, não pode se privar de agir imediatamente diante da situação, visto que estará ocorrendo omissão indevida, ensejando inclusive a responsabilização civil do ente, pois os melhores interesses da criança não estarão sendo observados.

Existem três situações que colocam o poder familiar em cheque, em virtude do referido descumprimento, sendo elas: suspensão, perda e extinção do poder familiar. O Código Civil prevê que ocorrerá a extinção do poder familiar diante das seguintes situações:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (BRASIL, 2002, online)

Na situação em tela, o artigo 1.635 descreve situações de extinção do poder familiar que não decorrem de ação ou omissão que desabonem os direitos do filho menor. Já no artigo 1.638, o legislador descreveu casos onde as competências definidas no art. 1.634 do Código Civil são desprezadas, ocasionando a perda do poder familiar.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. (BRASIL, 2002, online)

Já o art. 1.637 define as situações que levarão à suspensão do poder familiar.

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que

lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002, online)

Por tanto, a suspensão se traduz em uma restrição temporária justamente na possibilidade dos pais exercerem, e possui caráter temporário pois perdura enquanto não houver observância dos direitos do filho menor em razão das situações descritas no art. 1.637, podendo também ser parcial. Enquanto isso, a extinção se dá com causas que são consequências do passar do tempo e amadurecimento do filho, ou pela adoção.

Já no que se refere à perda do poder familiar, compreende-se que é o reflexo mais severo da destituição do referido instituto, pois a destituição é definitiva, ainda que os pais possam vir a apresentar provas na tentativa de reverter a decisão judicial que retire o poder familiar, no entanto, essa prova deve ser construída de maneira extremamente sólida, pois combaterá uma decisão anterior que tenha compreendido que os interesses do menor não estavam sendo assegurados.

3 As inovações trazidas pela lei nº 12.318/2010 e seu caráter combativo

A lei nº 12.318/2010 é conhecida popularmente como lei de alienação parental. O termo foi inicialmente trabalhado por volta do ano de 1985 por Richard Gardner. Russi (2018, p. 6) aponta que a observação de casos concretos em processos de guarda de filhos menores possibilitou que o fenômeno pudesse vir a ser conceituado e estudado, fomentando que o Estado viesse a ter razões concretas para resguardar os interesses do menor.

Pode-se analisar o fenômeno da alienação parental sob duas perspectivas importantes. Primeiramente, sob o prisma da psicologia, a alienação parental se apresenta através da Síndrome da Alienação Parental, e, conforme lições de Bhona e Lourenço (2015, online) compreende-se:

Síndrome da Alienação Parental (SAP) é definida como uma desordem psiquiátrica, um transtorno no comportamento infantil, fruto da ação abusiva de um de seus genitores. A criança vítima dessa forma de abuso tem sua ligação psicológica com um dos genitores enfraquecida, e em alguns casos destruída. Quando atinge níveis severos, a criança tende a recusar qualquer tipo de contato com esse genitor, apresentando reações extremas de hostilidade a ele e às pessoas que com ele mantém relação.

Já sob o prisma jurídico, a lei traz o conceito claro da alienação parental como sendo o seguinte:

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que

cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

O legislador atribui, inclusive, o ato da alienação parental não apenas aos genitores, deixando claro que a conduta também pode ser praticada, nesse caso promovida ou induzida, de igual maneira por pessoas que detenham a guarda ou vigilância do menor em questão. Considera-se que o objetivo desse art. 2º seja de estabelecer que a conduta não se vincula apenas aos genitores, como ocorre na psicologia.

Froes (2021, online) aborda a diferença entre a SAP e a alienação parental. Veja:

Previamente vamos diferenciar alienação parental e síndrome de alienação parental que são termos dessemelhantes. A alienação parental é o ato em si, ou seja, a prática do ato. Já a síndrome é a consequência psicológica causada pela alienação no menor, ou seja, o resultado do ato praticado. Portanto, a alienação parental e síndrome da alienação parental não se confundem, pois, a alienação pode tornar-se em síndrome, trazendo inúmeras consequências no âmbito familiar.

O principal propósito da referida lei é, portanto, regular as interações, de forma a garantir que os interesses dos filhos estejam protegidos de quaisquer conflitos que possam existir em decorrência da separação dos pais. A imaturidade do genitor que pratica alienação pode vir a refletir na imagem que a criança ou adolescente possui do pai ou mãe, distorcendo-a e fazendo com que o outro genitor passe a ter dificuldades quanto a se relacionar com o próprio filho.

A criança ou adolescente que tem sua relação com um genitor prejudicada em virtude de ações da alienação parental não perde apenas na questão da convivência com o mesmo, mas também tem direitos afrontados, como o art. 227 da Constituição Federal, que trata da convivência do menor com a família e com a comunidade. O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça essa garantia em seu art. 4º.

Gardner (2004, p. 83) identifica oito sintomas a serem observados para que a SAP possa ser atestada, sendo eles:

- 1) campanha desqualificatória em relação ao genitor alienado;
- 2) frágeis, absurdas ou inadequadas racionalizações para essa desqualificação;
- 3) ausência de ambivalência no que diz respeito aos sentimentos direcionados ao genitor alienado (sempre negativos);
- 4) fenômeno do “pensamento independente” (a criança afirma que ninguém a influenciou em sua rejeição ao genitor);

- 5) defesa do alienador no conflito parental;
- 6) ausência de culpa em relação ao genitor alienado;
- 7) presença de relatos de situações não vivenciadas;
- 8) extensão da animosidade a amigos, familiares e demais pessoas relacionadas ao alienado

Já o art. 2º elenca sete incisos para compor o rol exemplificativo de ações que caracterizam alienação parental. Portanto, no direito brasileiro, estará configurada a conduta quando vislumbrar-se as seguintes hipóteses:

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

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010, online).

Quando houver um processo judicial em curso, o julgador também poderá considerar demais situações do caso concreto como hipóteses de alienação parental. Por exemplo, também se considera alienação parental a situação em que um genitor desautoriza o outro com a intenção de que o filho venha a transgredir uma regra estabelecida anteriormente, e que ainda é cumprida quando se encontra na companhia daquele genitor que a estabeleceu.

Salienta-se que um mecanismo muito importante que a referida lei implementou foi a questão da guarda compartilhada. A guarda compartilhada se mostra benéfica pois, além de possibilitar que a criança ou adolescente mantenha um contato ativo com os genitores que se

separaram, fazendo com que o convívio seja saudável e os laços afetivos continuem sendo cultivados, é estabelecida a questão da visitação e se evidencia o papel que os pais devem desempenhar conjuntamente.

A criança ou adolescente que convive com ambos os pais, ainda que separados, continua se desenvolvendo com ambas as figuras presentes, testemunhando a cooperação dos dois em exercerem as funções de pai e mãe. Dessa forma, a guarda compartilhada garante que o menor não vá conviver apenas com o genitor que detém a guarda, enfraquecendo as chances dos laços afetivos serem extintos e possibilitando que o menor venha a construir uma percepção em relação aos pais, evitando, por muitas vezes, o fortalecimento da alienação parental.

A lei 12.318/2010 tem atuado de forma hegemônica no sentido de combater a alienação parental. Dito isto, pode-se visualizar sua atuação através da premissa atenuante de que os pais decidem conjuntamente sobre a criação dos filhos menores que o ex casal possui, uma vez que os conflitos decorrentes da separação não devem ser significativos a ponto de refletir na relação pessoal de genitores e filhos.

A referida lei elenca ações que são reconhecidamente práticas de alienação parental, a fim de que esteja muito claro quais situações não podem ocorrer de modo algum, uma vez que a alienação parental é considerada uma forma de violência psicológica,

Trabalhada toda a questão sobre os pais, detentores do poder familiar mesmo quando não mais na constância do matrimônio ou união estável, e não restando quaisquer divergências no entendimento de que não é possível abdicar voluntariamente do poder familiar, é necessário abordar a questão da guarda compartilhada. A guarda compartilhada é uma forma que o legislador concebeu de melhor resguardar os interesses e asseverar que a convivência com ambos os pais seja mantida.

Por fim, há de se falar na proposta de revogação da lei 12.318/2010. A proposta se fundamenta sob o argumento que a lei teria "se desviado" da função original de proteger as relações entre pais e filhos, pois a alienação parental estaria sendo aligada de maneira vaga e, por vezes, fraudulenta, permitindo que a guarda do menor fosse direcionada a um genitor abusador.

No entanto, essa revogação não merece prosperar uma vez que a lei de alienação parental é um mecanismo poderoso no que se refere ao combate dessa prática, deixando de assistir inúmeras crianças e adolescentes, e fortalecendo a concepção deturpada que muitos adultos acreditam ser coerente de querer que o menor sinta rancor e desprezo por um dos genitores.

4 Conclusão

Conclui-se, portanto, que a lei 12.318/2010 atua de forma efetiva no que se refere à repressão da alienação parental. Valendo-se da normatização de um rol exemplificativo, o texto legal se associa de maneira muito coerente com outros dispositivos brasileiros, como o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e a própria Constituição Federal de 1988.

Ainda é pertinente afirmar que a revogação da lei de alienação parental não é interessante para a sociedade de forma coletiva, uma vez que abre margem para que muitas crianças e adolescentes se encontrem em situação de vulnerabilidade em suas famílias, sofrendo, além do contexto da separação, com o envenenamento das noções de amor e admiração construídos anteriormente por um dos pais, ou até mesmo ambos.

Cabe ao Estado continuar agindo como defensor dos melhores interesses da criança e adolescente, visando que os direitos e deveres, tanto do menor quanto dos genitores, sejam resguardados e jamais sejam estremecidos em razão do término de um relacionamento, e possibilitando que esse menor tenha a melhor relação possível com seus pais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. C. S. **ALIENAÇÃO PARENTAL**: uma abordagem jurídica das sanções prevista na lei 12.318/2010. Revista Científica Multidisciplinar do CEAP, Macapá. v. 3, n.1, jan/jul 2021. Disponível em: <<http://periodicos.ceap.br/index.php/rcmc/article/view/83/63>>. Acesso em 20 jun. 2022.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei Federal Nº 10.406, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10 out. 2022.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei Federal Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 22 set 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CURY, M.; DE PAULA, P, A. G.; MARÇURA, J. N. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3ª ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ENGELS, F. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira. (Coleção Perspectivas do homem, v. 99, série ciências sociais), 1984.

FREITAS, D. P.; PELLIZZARO, G. **Alienação parental**: comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FROES, T.A.M. **Guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341281/guarda-compartilhada-como-forma-de-prevencao-da-alienacao-parental>>. Acesso em 03 out. 2022.

GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. v. 06. 2 ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

GARDNER, R. **The Relationship Between the Parental Alienation Syndrome (PAS) and the False Memory Syndrome (FMS)**. American Journal of Family Therapy, v. 32, n. 2, p. 79-99, 2004.

OLIVIERA, T. R. A. **Análise do Processo de Destituição do Poder Familiar à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente**: os motivos e suas implicações nas famílias. Mosaico - Revista Multidisciplinar de Humanidades, Vassouras, v. 12, n. 3, p. 73-80, set./dez. 2021. Disponível em: <<http://editora.universidadedevassouras.edu.br/index.php/RM/article/view/2849/1729>>. Acesso em 20 jun. 2022.

RUSSI, R. M. **Alienação parental e a supressão legal do artigo que previa a mediação como forma alternativa de resolução de conflitos na lei 12.318/2010**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). 2018. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/rafaela_russi.pdf>. Acesso em 13 ago. 2022.

SCAFF, F.C. **Considerações sobre o Poder Familiar**. Direito de família no novo milênio : estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. Disponível em: <<https://www.cscff.com.br/pdf/consideracoes-sobre-o-poder-familiar.pdf>>. Acesso em 19 set. 2022.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

MARCO POLO VICENTE:
Bacharelado em Direito

JHULIANA COELHO MONTEIRO DA SILVA

(coautora)

RUBENS ALVES SILVA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho terá como objetivo examinar a possibilidade de o dano psicológico ser tipificado como crime de lesão corporal, fornecendo um panorama histórico de temas que perpassam o movimento feminista, construções de gênero na atualidade, formas de violência contra a mulher, argumentos de defesa que podem ser utilizados no combate a violência contra a mulher, até que se conclua sobre como o dano psicológico atende aos requisitos de danos à saúde previstos no artigo 129 do Código Penal, trazendo uma análise de elementos objetivos e subjetivos, aperfeiçoando o crime, quais parâmetros são utilizados nestes casos, informações sobre perícia psicológica, que a teoria do crime se aplica ao caso em discussão e se encerrará com alguns dos processos em andamento no judiciário brasileiro. Esta dissertação se utiliza o método indutivo como método de pesquisa e coleta de dados, pesquisa bibliográfica e documental como meio técnico para analisar quantitativamente os dados e informações existentes em nível nacional.

Palavras-chave: Violência doméstica; violência psicológica; equiparação.

ABSTRACT: The present work will aim to examine the possibility of psychological damage being typified as a crime of bodily harm, providing a historical overview of themes that permeate the feminist movement, gender constructions today, forms of violence against women, defense arguments that can be used in the fight against violence against women, until it is concluded on how the psychological damage meets the requirements of damage to health provided for in article 129 of the Penal Code, bringing an analysis of objective and subjective elements, improving the crime, which parameters In these cases, information on psychological expertise is used, that the theory of crime applies to the case under discussion and will end with some of the processes underway in the Brazilian judiciary. This dissertation uses the inductive method as a method of research and data collection, bibliographic and documental research as a technical means to quantitatively analyze the data and information existing at the national level.

Keywords: Domestic violence; psychological violence; equalization.

1 INTRODUÇÃO

Violência contra mulher existe há muito tempo e continua a crescer a um ritmo alarmante, o que acabou se tornando comum para a maior parte da sociedade em razão de viver em uma sociedade profundamente moldada pelo patriarcalismo, que a têm dominado por muito tempo.

O termo feminicídio surgiu da expressão genocida que é um crime que visa eliminar a existência física de grupos, nacionais, étnico e ou religiosos. Causa primária do feminicídio é o fato de uma mulher ser assassinada simplesmente por ser mulher.

As políticas de combate à violência contra a mulher devem ser implementadas por todo o país com inúmeras recomendações com o objetivo de extinguir a noção de poder que os homens acreditam ter sobre as mulheres.

Segundo essa linha de raciocínio dia 9 de março de 2015, foi promulgada a lei 13104 lei do feminicídio que alterou o código penal brasileiro em seu artigo 121 para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e também a incluiu no rol dos crimes hediondos.

Aplicação do crime de feminicídio fez-se necessário para preencher esse celular de informações e que também poderá contribuir na melhor eficácia da lei da construção de políticas de enfrentamento e afins. A lei do feminicídio acrescenta uma nova categoria do crime de homicídio ao código penal. Dois tipos de homicídio na sessão de crimes a vida no código penal brasileiro. Sendo esses simples e qualificado. A lei do feminicídio introduz um novo qualificador para homicídio simples, tornando a pena mais severa. Homicídio simples podem resultar em penas que variam de 6 a 20 anos de prisão, enquanto homicídios qualificados podem resultar em penas que variam de 12 a 30 anos de prisão.

A lei também modifica a lei de crimes hediondos (Lei nº 8072/90) Nando o feminicídio como crime hediondo, exigindo que o ritual de julgamento seja realizado principalmente por um tribunal do júri. O estudo do feminicídio é de relevante importância, devido à crescente violência em relação de gênero ao longo da história, é preciso que se faça uma análise acerca das leis que foram criadas para amparar as vítimas, necessário uma atenção para os mecanismos que se tem para evitar esse tipo de violência, uma das principais fontes inibidores da violência é a lei e principalmente a violência psicológica.

Anteriormente, conforme analisado ao longo do trabalho, pode concluir que uma lei não predomina sobre a cultura machista e patriarcal da paisagem social brasileira. Ainda se vê bastantes falhas na referida Lei nº 13.104/2015. Apesar de suas deficiências na prevenção do crime e na proteção da mulher, a Lei nº 13.104/2015 iniciou um amplo processo de desconstrução, tornando indispensável a conjuntura social da mulher, estimulando o debate e a disseminação de políticas públicas, demonstrando que esse também é um problema do Estado e da sociedade.

Com a implementação da Lei Feminista, também foi possível ter uma melhor compreensão dos dados relevantes, permitindo ao Estado avaliar e reconhecer a necessidade de políticas públicas de combate ao problema.

A eficiência de uma norma jurídica pode ser de natureza técnica, social ou jurídica. É técnico quando todos os requisitos para a produção de seus efeitos são atendidos.

Como resultado, o governo deve se concentrar em políticas públicas e desenvolver estratégias educacionais, informacionais e leis mais brandas, para promover mudanças sociais e jurídicas mais significativas. Só assim seria possível mudar a atual configuração social, já que estamos diante de um modelo histórico enraizado no machismo

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Desde o nascimento da sociedade, a mulher é considerada uma pessoa inferior, caracterizada pela sucumbência do homem à submissão e ao domínio, sendo constantemente vítima de violência de gênero, legalizada pelas diferenças sociais entre homens e mulheres (NEGRÃO, 2004, p55).

Com base na desigualdade de gênero, a violência contra a mulher faz parte do contexto histórico e social. Para contextualizar a violência, é necessário explicar o conceito de violência de gênero, e a mesma não se limita às mulheres. Segundo Costa e Porto (2014, p. 41), "o conceito de violência de gênero deve ser entendido como uma relação de poder". Com base no mesmo entendimento, Costa afirma (2008, p. 45):

"Quando falamos em relação de Gênero, estamos falando de Poder. À medida que as relações existentes entre masculino e feminino são relações desiguais, assimétricas, mantém a mulher subjugada ao homem e ao domínio patriarcal". (COSTA, 2008, p45). Portanto, gênero deve ser entendido como um componente construído a partir das relações sociais existentes e do papel de mulheres e homens. Este último sempre exerce controle físico e emocional sobre as mulheres, obtendo assim uma relação desigual, em que os homens são os senhores, exercendo maior controle, especificando a subordinação. Na mesma realidade, as mulheres são consideradas vulneráveis e emocionais (SAFFIOTI e ALMEIDA, 1995, p45).

Além disso, as instituições religiosas impõem condições secundárias às mulheres por textos bíblicos e dogmas, assumindo que os homens são superiores e ao recriar o pensamento de que devem ser negativas e submissas, alguns versículos bíblicos conduzem as mulheres a se entregarem à natureza, o que não ajuda a enfrentar a cultura do silêncio da violência.

A cultura patriarcal também acredita que a violência contra as mulheres é dividida por gênero. Nessas sociedades, em comparação com o adultério extinto, as mulheres são privadas de vários direitos, como a propriedade, e punidas com mais severidade do que os homens (RODRIGUES, 2003, p36). Na Grécia antiga, as mulheres não tinham direitos. Em Roma, elas não são consideradas cidadãs, portanto, não podem se candidatar a cargos públicos (FUNARI, 2002). Na colônia brasileira, a Igreja Católica Apostólica Romana proibiu que recebessem educação.

A atual legislação brasileira é fortemente influenciada por Portugal (Lei das Filipinas), que define e regulamenta as funções específicas do homem e da mulher, além de legitimar a violência nas relações estatais e privadas, sempre tenta se sobrepor aos homens.

2.1. Do feminicídio no Brasil

Anterior ao aprofundamento acerca do feminicídio no Brasil é salutar a compreensão inicial acerca da violência de gênero e a violência doméstica, sua tipificação e aplicabilidade, sendo importante a construção destas bases como forma de identificar a origem do ato criminoso da violência contra a mulher que culminam no homicídio.

Em uma conceituação mais ampla, a violência de gênero se constitui na promoção de atos violentos contra outra pessoa ou pessoas em razão do gênero que a mesma apresenta, sendo possível afirmar que tal abordagem contempla todos os gêneros, ainda que historicamente o gênero feminino seja considerado inferior ao masculino, o que determina, portanto, maior incidência de violência do segundo contra o primeiro (LISBOA, 2014).

Em consideração tanto aos objetivos deste estudo quanto ao entendimento universal de que o sistema patriarcal vigente e enraizado na sociedade compreende a mulher como submissa ao gênero masculino, bem como a realidade conhecida de que os casos de violência contra a mulher são bem mais expressivos que o inverso, serão adotados os princípios de compreensão dos conceitos apresentados a partir do conceito de que a violência de gênero acomete as mulheres.

De acordo com Smith e Santos (2017) a violência de gênero se consubstancia primordialmente pela definição apresentada pela Organização das Nações Unidas, a qual a conceitua como a violência direcionada a mulher em razão de sua condição como tal. Segundo Bandeira (2014) a violência de gênero engloba diferentes formas de violência no contexto de vida da mulher, sendo determinante para sua identificação o ato de comparar se tal situação se repetiria caso a vítima fosse um homem. A violência de gênero pode se expressar de diversas formas, como ocorrências físicas, psicológicas, sexuais, entre outras (ALMEIDA, 2014).

Diante da realidade da violência de gênero um destaque possível é a ocorrência destes atos violentos no âmbito do lar da vítima, os quais apontam para a especificidade da violência doméstica deferida contra a mulher. Segundo Fonseca, Ribeiro e Leal (2012) a violência doméstica é caracterizada por atos violentos dentro de casa, com relação estabelecida entre vítima e agressor, em geral familiares e cônjuges, e quando se trata de violência doméstica contra a mulher, tais atos são ainda somados as questões de gênero.

A tipificação da violência doméstica e contra mulher aponta para exposição das diversas nuances destes atos:

Violência física: forma mais usual de violência contra a mulher, caracterizada por todos os atos que firam a integridade física da vítima, com empurrões, murros, socos, pontapés ou ainda surras, entre outros (ZANCAN; WASSERMANN; LIMA, 2013).

Violência psicológica: atos destinados a degradação da saúde mental e emocional da vítima, designada por humilhações, chantagens, manipulação, isolamento, controle de crenças, ações, decisões, entre outros (SANTOS et al., 2014).

Violência sexual: obrigação à mulher de agir sexualmente em conformidade com a vontade do agressor, como a prática sexual sem consentimento, uso de força e intimidação, coerção e chantagem para atos sexuais que a vítima se nega, abarcando ainda a privação do exercício dos direitos sexuais, como uso de anticoncepcionais e aborto (OLIVEIRA et al., 2017).

Violência moral: ações destinadas à calúnia e difamação da vítima com o intuito de ofender sua idoneidade, atos de injúria que tenham como objetivo principal colocar em dúvida a honra e a reputação da mulher (BONNA; SOUZA; LEAL, 2018).

Violência patrimonial: atos que impliquem em danos materiais à vítima, ocasionando tanto o cerceamento de direitos quanto prejuízos concretos, como a retenção de documentos, destruição de objetivos, usufruto de valores da vítima sem seu real consentimento, entre outros.

No estudo acerca da violência contra a mulher a evolução da pesquisa aponta invariavelmente para a possibilidade de maior comprometimento da vítima, atingindo assim o nível máximo de violência, culminando na morte da vítima (VERAS; ARAÚJO, 2018). De acordo com Castilho (2015) o homicídio que tem como vítima uma mulher e que ocorreu em razão de seu gênero, com causas identificadas em função do fato da vítima ser do gênero feminino, tal crime é classificado como feminicídio. Oliveira, Costa e Souza (2016) afirmam que o feminicídio se dá pela perseguição e morte de caráter intencional de pessoas do sexo feminino em razão de sua condição como mulher.

Segundo Barros (2015, p. 1) explica sobre o feminicídio como sendo:

Definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, à destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher.

Em conformidade com Meneguel e Portela (2017) afirma que tal ato pode ser considerado um ato extremo de misoginia, o que define como o sentimento de ódio e repulsa às mulheres ou ainda tudo que tenha relações com o feminino. Segundo Campos (2015) complementa ainda que um raiz de bastante destaque do feminicídio são as imposições do sistema patriarcal, o qual compreender a mulher como inferior ao homem, o que abre possibilidades de práticas como esta.

É possível classificar o feminicídio em três casos, sendo o primeiro o feminicídio íntimo, caracterizado pelo assassinato de uma mulher que tenha relação de parentesco ou ainda afetiva com o agressor; feminicídio não íntimo, em que a vítima e o agressor não tinham qualquer tipo de

relação; e o feminicídio por conexão, no qual uma mulher é assassinada quando da sua intervenção na tentativa de assassinado a outra mulher (MENEGUEL; PORTELA, 2017).

Atualmente no Brasil, os dados de feminicídio apontam para uma problemática cada vez maior. De acordo com o Atlas da Violência – 2021 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (CERQUEIRA, 2021) em 2019 foram contabilizados um total de 3.737 mortes de mulheres, não necessariamente sob a chancela de feminicídio em razão do não registro como tal em certidões de óbito. Porém é importante salientar que dentre este universo, 1.246 homicídios de mulheres ocorreram em suas residências, representando 33% do total e possibilitando a caracterização de feminicídio.

Historicamente o feminicídio tem o primeiro registro catalogado em meados de 1976, ocasião em que Diana Russel utilizou o termo em um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, servindo assim de referência no tema (NOGUEIRA; VERONESE, 2020). No Brasil, o termo ganhou força com a instituição da Lei do Feminicídio (BRASIL, 2015), bem como já vinha sendo discutido desde a instauração da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

3.DO DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO NO COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

No país, o cenário das mulheres ao longo dos séculos XVIII e meados do XIX era justamente aquela por qual Freyre explica (2002, p. 819):

Para esposas e concubinas, que não querem ouvir vozes na sala quando o marido está vivo ou ativo, entre as conversas dos homens, exceto para pedir um vestido novo, cantar Modina e rezar pelos homens; dificilmente sugira ou sugira nada menos gracioso, menos gracioso, não tão amigável; quase nunca interfere nos assuntos dos homens.

A legislação que dominou o ordenamento jurídico brasileiro durante o período colonial foi introduzida pelos portugueses e promulgada pelos estatutos filipinos. Como assegura Montenegro (2015), os decretos filipinos merecem atenção porque, dos três decretos do reino, apenas eles são efetivamente cumpridos no Brasil, enquanto na seção penal duram mais de dois séculos, de 1603 ao Código Penal de o Nascimento de um Império (ANJOS, 2020, p. 19).

Deve-se notar que em 1830 o Código Penal entrou em vigor, removendo algumas das normas estabelecidas na lei filipina. O Código Penal foi promulgado em 1840 para abranger os casos mais graves, seguido pelo Código Civil, que entrou em vigor em 1916” (CORREIA, 1981, p. 155). O Código Penal ou Código Penal de 1830 revogou a “Autorização”. matar a esposa em circunstâncias meramente hipotéticas (Correa, 1981).

No entanto, o Código Penal Imperial não faz distinção entre homens e mulheres e, via de regra, ambos podem ser sujeitos ativos da maioria dos crimes previstos no Código Penal. No entanto, quando o sujeito é passivo, o macho é sempre o macho desta legislação. Por outro lado,

as mulheres têm proposto diferentes classificações para determinados crimes, pois as mulheres só podem ser sujeitas passivas se forem consideradas honestas, virgens ou prestigiosas (MONTENEGRO, 2015).

Em 1940, entrou em vigor o Código Penal, que previa a defesa do homicídio (assassinato de esposa, namorada, noiva e companheiro), crime passionai movido pela possessividade, em que os advogados defendiam suas reputações com justa causa. clientes" (CORREIA, 1981, p. 183).

Embora o Código Penal de 1940 reconheça como circunstâncias agravantes as infrações contra pais, filhos, irmãos ou cônjuges, filhos maiores de 60 anos, doenças e gestantes (CP, art. e aspectos da violência doméstica nos relacionamentos) (CORTÊS e MATOS, 2007). Apesar de o termo Mulher Honesta 1 tenha desaparecido do crime de estupro no Código Penal de 1940, persistiu em dois crimes contra a liberdade sexual até a promulgação da Lei nº 11.106/2005: posse sexual (artigo 215) e Indecência por fraude (artigo 216). Portanto, como aponta Montenegro (2015), nesses crimes, apenas mulheres honestas podem estar presentes no polo passivo.

Tal código está vigente até hoje, embora já tenha sofrido inúmeras alterações, como a forma de toda a sua parte geral e diversas modificações esparsas, tanto na parte geral, quanto na especial (MONTENEGRO, 2015). Em meados do século XIX, as mulheres começaram a ocupar seu lugar na sociedade para quebrar a desigualdade e a dominação dos maridos ou parceiros, e sociedades movidas pelo "machismo" e pelo patriarcado.

Apesar da consolidação dos direitos humanos, o homem ainda é considerado o dono do corpo e da vontade de sua esposa e filhos. "A sociedade protege a agressão de um homem, respeita sua masculinidade, constrói uma crença em sua superioridade" (DIAS, 2019, p. 20). De acordo com Freyre (2002), a legislação brasileira desenvolveu-se lentamente no caminho da igualdade matrimonial. No Brasil, onde a lei defende a subordinação da mulher ao homem em todos os aspectos, pode-se argumentar que foi somente após a constituição federal de 1988 que a mulher casada teve a garantia de sua tão esperada carta de anuência.

A Constituição de 1988 estabeleceu um marco importante na violência doméstica, incorporando o princípio da igualdade entre homens e mulheres (CR, art. 5º, I), inclusive nas relações familiares (CR, art. 226, art. 5º). No entanto, estipula em seu artigo 226, §8º, que o Estado deve garantir assistência à família e mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Em 1995, a Lei nº 9.099/95 instituiu o Juizado Especial Criminal (JECRIM) para crimes menos agressivos com penas inferiores a 2 anos. O objetivo é julgar crimes menos agressivos. Assim, os crimes contra a integridade física, mental e contra a dignidade da mulher são encaminhados ao JECRIM. Para as mulheres, o preço é alto porque significa um grave retrocesso no combate à violência doméstica. (MORAES, 2009).

Em 2002, entrou em vigor a Lei n. 10.455/2002, no qual propiciou um novo texto ao parágrafo único do artigo 69 da Lei n. 9.099/95, estabeleceu medida de prevenção criminal ao reconhecer a possibilidade de um juiz em casos de violência doméstica ordenar a remoção do agressor do lar conjugal (DIAS, 2019).

Por outro lado, a Lei nº 10.886/2004 acrescentou um subtipo de lesão corporal leve causada por violência doméstica, elevando a pena mínima de três meses para seis meses de detenção (CP, art. 129, §9º). Já no ano de 2006, a Lei nº 10.788/2006 estipulou que os vínculos familiares afetivos não são expressamente necessários para a caracterização da violência doméstica. Uma vez coexistidos em perpetuidade, não há distinção entre gênero ou onde tal violência é cometida. A partir desse momento, pode infligir qualquer sensação de dano, prejudicar sua integridade física, mental, psicológica, hereditária e sexual.

No entanto, nenhuma das mudanças é empolgante. A violência doméstica continua a acumular números sombrios. Isso porque o processo continua no Juizado Especial Criminal, sujeito a requerimento dos órgãos despenalizadores da Lei n. 9.099/95 (BASTOS, 2016). Finalmente, em 22 de setembro de 2006, a lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, popularizada sob o nome de Maria da Penha. É considerada uma das três melhores leis do mundo pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para as Mulheres. As mulheres veem a Lei Maria da Penha como uma verdadeira ferramenta cívica, presente como uma dádiva no ordenamento jurídico e constitucional (GRANJEIRO, 2012).

Vale ressaltar que esses fatos também constam do “Código Penal” e do “Código Civil”, portanto, os poderes de homens e mulheres diferem. Segundo Del Priore (2013, p. 6):

Não importa como as culturas se organizaram, a diferença entre masculino e feminino sempre foi hierarquizada. No Brasil Colônia vigorava o patriarcalismo brasileiro que conferia aos homens uma posição hierárquica superior às mulheres, de domínio e poder, sob o qual os ‘castigos’ e até o assassinato de mulheres pelos seus maridos eram autorizados pela legislação.

Tendo em vista as diversas restrições enfrentadas pelas mulheres, também se reconhece não haver barreira à privação da violência, que existe em qualquer classe social, independentemente do nível econômico e cultural (COSTA, 2008).

Da naturalização e continuação até hoje, todas essas visões e opiniões exacerbaram a desigualdade e a violência de gênero. A construção social das diferenças entre as regiões de atuação de gênero e poder revela dados preocupantes. Conforme o Mapa da Violência 2015, mulheres no Brasil foram vítimas de homicídio. Só neste ano, foram registrados 4.762 casos, dos quais 50,3% foram cometidos por familiares e 33,2% por ex-companheiros (WAISELFSZ, 2015).

Partindo desses parâmetros, embora sejam realizadas ações nacionais necessárias na adoção de políticas públicas voltadas para a prevenção e eliminação da violência de gênero, por ser responsabilidade de toda a sociedade pelo bem-estar social e familiar e das mulheres.

4. DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA COMETIDA CONTRA A MULHER

Embora elencado no artigo 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha, por ser o objeto principal desta dissertação, está reservado para o estudo da violência psicológica na última seção.

Nas palavras de Ramos (2019), a violência psicológica é vista como uma possível forma de violência doméstica que as mulheres podem vivenciar. Sob este título, classificam-se as condutas negligentes ou comprometedoras que danificam o equilíbrio psicoemocional da mulher, roubando-lhe a autoestima e a autodeterminação. De acordo Hermann (2008), são gestos degradantes, críticos, humilhantes, ameaçadores, comportamentos restritivos na vida pública e comportamentos destrutivos em relação a objetos de valor econômico ou emocional, visando prejudicar a vítima.

Nessa perspectiva, a violência psicológica contra a mulher leva à destruição da autoestima, resistência e desejo de buscar ajuda, possibilitando que se identifiquem e se reconheçam na imagem distorcida que seus agressores lhes impõem. Portanto, significa uma injeção que não tem valor. A privação da autoestima é um estado psicótico que o imobiliza e, portanto, reduz sua liberdade (HERMANN, 2008, p. 109).

A violência psicológica inclui a agressão emocional, que é tão grave ou grave quanto a violência física e segue três estratégias: ceder por medo, derrubar imagem e bloquear a saída (GÓNGORA, 2015). O comportamento típico ocorre quando um agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina uma vítima. Quando ele vê seu medo, baixa auto-estima e humilhação, ele mostra alegria. É chamado de transtorno obsessivo-compulsivo (CUNHA; PINTO, 2017).

Esta espécie de violência está relacionada com todas as outras categorias de violência doméstica. Se não deixa feridas no corpo, deixa dor na alma. Sua justificativa baseia-se em negar ou impedir que as mulheres exerçam liberdades e condições alternativas associadas aos agressores (FEIX, 2011). Esta é a forma mais comum de violência entre as mulheres. Segundo Vicente (2016) explica que muitas vezes as vítimas nem sabem que agressões verbais, ameaças, silêncios prolongados, nervosismo, comportamentos manipuladores e desejos constituem violência e devem ser denunciados. A ausência de vestígios não torna a violência invisível ou inexistente.

A violência psicológica pode não deixar feridas visíveis na mulher, mas deixa dor na alma (FEIX, 2011). Então, a seguir, olhamos para o dano psicológico, o trauma causado pela violência psicológica.

5.O CRIME DE LESÃO PSÍQUICO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

As pesquisas realizadas até o momento esclareceram o que é violência psicológica e o que é lesão corporal, e há um crescente reconhecimento de que os crimes de lesão corporal não são apenas projetados para proteger a integridade do corpo, mas também toda a vida de um indivíduo, incluindo a saúde, psicológico e psicológico. Portanto, todo ato de violência psicológica contra alguém constitui crime de lesão corporal (RAMOS, 2019). Como resultado, 39.202 casos de violência doméstica estão pendentes em Santa Catarina. Os dados são do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e levam em consideração os processos pendentes antes de janeiro de 2020 (TJSC, 2020).

De acordo com o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), a Ligue 180 (Centro de Atendimento à Mulher) registrou um total de 11.132 denúncias de violência física (7.854), mental (2.401) e psicológica (877). Os números referem-se a janeiro e fevereiro de 2020, o que representa um aumento de 19,96% em relação ao mesmo período de 2019.

Ainda de acordo com o MMFDH, um terço das mulheres já foi xingada ou impedida de usar determinadas roupas, 40% declaram que o parceiro tentou controlá-las por meio de ligações telefônicas para saber onde e com quem estavam e 53% das jovens já tiveram mensagens ou ligações no celular vasculhadas. Uma em cada três jovens também já foi proibida de conversar virtualmente com amigos, sofreu invasão da conta de alguma das redes sociais utilizadas e até mesmo amizades virtuais foram excluídas pelo parceiro.

Entre as mulheres, 51% também declaram compartilhar a senha do celular, 46% fazem o mesmo com a chave de acesso às contas de Facebook e 34% já repassaram os caracteres de identificação de seus e-mails pessoais em um relacionamento. Santos e Izumino (2005) discutem a importância das delegacias da mulher, pois se tornaram locais de referência para mulheres em situação de violência e demonstram a capacidade das mulheres de responder e resistir à violência. Com uma nova visão, as mulheres que nunca foram coagidas pelo companheiro, mas que sofreram violência psicológica, também podem se dirigir à Delegacia de Proteção à Mulher para abrir uma investigação de caso por um representante com informações, juntamente com laudo psicológico, e outras provas desenvolvidas no âmbito do processo, servirão de base para a condenação dos agressores (RAMOS, 2019).

6.A EQUIPARAÇÃO DO DANO PSÍQUICO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NA PRÁTICA

Pode-se constatar que a violência psicológica contra a mulher no ambiente familiar ou doméstico pode constituir crime de lesão corporal, para o qual é necessária a realização de perícia para comprovação do mérito. Mulheres vítimas de violência psicológica devem se dirigir a uma delegacia de polícia, preferencialmente uma cidade com delegacia especial para atendimento à mulher. Lá, ele vai detalhar esse fato para a polícia (RAMOS, 2019).

Nas esquadras de polícia, onde haja evidente tipicidade, as autoridades policiais aplicarão as medidas e procedimentos previstos nos artigos 10.º a 12.º. 11.340/2006, claro, exceto para os inquéritos policiais na forma do art. 4º e abaixo do CPP. Em especial, para as mulheres que denunciam violência psicológica, as autoridades policiais devem encaminhá-las ao serviço de atendimento psicológico da própria unidade ou à rede de atendimento para uma avaliação inicial (RAMOS, 2019).

Nesse serviço, de acordo com o Conselho Federal de Psicologia, o psicólogo deve elaborar um atestado psicológico, ou seja, um documento que ateste uma condição ou estado de espírito com o objetivo de atestar o estado de espírito de quem deve solicitá-lo. No documento, se houver indícios de deficiência mental, o psicólogo deve ser notificado a pedido da vítima e/ou da autoridade policial que conduz a investigação (CFP, 2019) 4.

Tendo em conta que existem indícios na investigação e na certificação psicológica de que o crime de lesão corporal e lesão psíquica é material, o Ministério Público pode, antes de instaurar o processo penal - ou mesmo antes de apresentar queixa - pedir ao juiz que pronuncie ao abrigo do art. 156 I do CPP para perícia (RAMOS, 2019).

“Um laudo pericial realizado antes do início do processo criminal servirá de base para a denúncia - ou solicitará a suspensão do inquérito policial. A denúncia deve atender aos requisitos do artigo 41 do CPP e deve descrever por que e como os fatos ocorreram” (ROSA, 2016, p. 344-345). “Finalmente, a pedido das autoridades policiais, o Ministério Público – ou procurador-adjunto – poderá conceder manifestações de perícia psicológica como medida cautelar na produção antecipada de provas” (ROSA, p. 280, 2016).

De acordo com o artigo 182 do CPP, o resultado do laudo pericial (laudo) não vincula o juiz, que pode, se justificado, proferir decisão contrária à conclusão do perito. Em qualquer caso, o relatório dará suporte ao recebimento de reclamação - ou indeferimento (CPP s. 395 e 396), absolvição sumária (CPP s. 397) (se aplicável) e inocência ou condenação (CPP s. 381 a 392) (RAMOS, 2019).

CONCLUSÃO

Devido à construção social da história, as mulheres foram oprimidas e vistas como inferiores aos homens, entretanto, as lutas feministas que ocorreram ao redor do mundo e ao longo dos séculos deram-lhes voz e espaço na sociedade, após intenso debate e afirmação que essas pessoas tenham acesso a direitos políticos, sociais e instrumentos legislativos que as protejam.

É sabido que enquanto as mulheres têm um longo caminho a percorrer para garantir sua plena igualdade, de seu gênero em uma sociedade onde não são humilhadas, abusadas sexualmente, estupradas ou mesmo assassinadas em suas próprias casas, atualmente no Brasil, por meio de instrumentos normativos existentes, existe uma maior proteção ao gênero feminino, notadamente por meio da Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que prevê a criação de juizado especial para mulheres vítimas de violência doméstica, policiais especializados em atendimento à mulher, medidas de proteção favor das vítimas de violência doméstica, impossibilidade de aplicação de penas que limitem os direitos das pessoas condenadas por crimes cometidos pela LVD (Lei de Violência Doméstica), métodos de violência e outras ferramentas no Código Penal e Processo Penal e alterações legislativas, que trouxeram uma maior segurança a vítima, contudo, isto por muitas vezes torna-se ineficiente.

A violência doméstica pode suceder de cinco formas no âmbito da Lei Maria da Penha, todas exploradas nesta dissertação, com foco maior na violência psicológica, que é definida como qualquer violência que resulte em danos emocionais e comportamento de auto degradação. Por meio de ameaças, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição constante, humilhação, extorsão, invasão de sua privacidade, ridicularização, exploração e restrição de acesso ou qualquer outro meio que comprometa a saúde mental e a autodeterminação das mulheres.

É importante que a violência doméstica contra a mulher é baseada em múltiplos fatores e, embora seja mais frequente nas relações familiares, não é o único espaço onde a violência é vivenciada pelas mulheres, portanto, pesquisas e discussões são necessárias. Este tópico é para aliviar este grave problema. O Brasil ainda está longe de erradicar a violência doméstica, mas os avanços no combate são evidentes.

Apesar da vasta literatura sobre o assunto, uma dificuldade encontrada pelos pesquisadores foi encontrar casos do mundo real em que a violência psicológica fosse efetivamente equiparada a crimes de lesão corporal, tanto que no Brasil houve apenas dois casos nesse sentido, de mulheres vitimizadas e sequeladas pelo crime de violência psicológica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Vanessa Gurgel; CARVALHO, Racquel dos Reis; SIQUEIRA, Verônica Riquet de; SOUZA, Fábio Gomes de Matos e. Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros. *Rev. Saúde Pública*. 2005, vol.39, n.1. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102005000100014>. Acesso em: 01/08/2022;

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. Lei Maria da Penha: laudos médicos não substituem exame de corpo de delito. 2012. Espírito Santo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-06/carlos-amaral-laudos-medicos-nao-substituem-exame-corpo-delito>. Acesso em: 8/2022;

ANJOS, Alice Brasil Dos. Crime De Lesão Corporal Psíquica: A Equiparação Do Dano Psicológico Ao Crime De Lesão Corporal Nos Casos De Violência Doméstica Contra A Mulher. Florianópolis, 2020. Universidade Do Sul De Santa Catarina.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. Direito Penal. Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei Maria da penha: alguns comentários. Lei "Maria da Penha": alguns comentários. [S.l.]. 2006. ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9006/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>. Acesso em: 03/09/2022;

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres: Lei Maria da Penha, crimes sexuais e feminicídio. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. Código Penal Comentado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 04/09/2022;

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/manual_atendimento_vitimas_violencia_saude_publica_DF.pdf. Acesso em: 05/09/2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº 203632. Relator: Min. Fontes de Alencar. 19 abril 2001. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/272377/recurso-especial-resp-203632-ms-1999-0011536-8>. Acesso em: 06/09/2022;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07/09/2022;

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 04/09/2022;

BRUNO, Anibal. Direito Penal: parte geral. 4. ed. São Paulo: Forense, 1966.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAMPOS, Carmen Heinde. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Vol. 2.

CASTRO, Ana; MAIA, Ângela. A avaliação do dano psíquico em psicologia e psiquiatria forense: um contributo para seu estudo. [S.l.]. 2012. Disponível em: <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0610.pdf>. Acesso em: 05/09/ 2022.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência Doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”. Salvador: Jus Podivm, 2012.

DELGADO, Mario Luiz. A violência patrimonial contra a mulher nos litígios de família. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister, 2014. Vol. 1.

DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. A violência doméstica na justiça. Manual de capacitação multidisciplinar (Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha). 3. ed. Cuiabá: Departamento Gráfico TJMT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Conversando sobre a justiça e os crimes sobre as mulheres. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÕES À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES – LEI 14.133/2021

VICTÓRIA MAGALHÃES DAMASCENA:
Graduanda em Direito – UEMA.

RESUMO: O presente trabalho tem como principal objetivo compreender o novo regime de Licitações e Contratos Administrativos, mais especificamente a modalidade de Inexigibilidade de Licitação, comparando o artigo 25 da antiga Lei 8.666/1993 com o artigo 74 da nova Lei 14.133/2021, fazendo assim análises destacando seus respectivos pontos positivos e negativos. É importante frisar que tem como foco, não só colacionar tais dispositivos legais, mas também entendê-los através de uma análise aprofundada, fazendo o devido estudo aos seus incisos e parágrafos. Dentro deste artigo, juntamente é explanado o conceito de Licitação Pública, a partir da nova legislação sendo um processo administrativo e não mais procedimento, e seu objetivo primordial que é a satisfação do interesse público. O desenvolvimento da pesquisa se dá através do método descritivo e por meio de procedimentos bibliográficos baseados em livros, revistas e artigos científicos online. O estudo obtém ótimas análises a respeito da mudança da antiga Lei 8.666/1993 para a nova Lei 14.133/2021, fato que é de primordial importância para a sociedade em geral, visto que tal legislação entrará totalmente em vigor a partir do dia 1º de abril de 2023, revogando a anterior.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade. Antiga Lei. Nova Lei.

ABSTRACT: The main objective of this work is to understand the new regime of Administrative Bidding and Contracts, more specifically the modality of Unenforceability of Bidding, comparing article 25 of the old Law 8.666/1993 with article 74 of the new Law 14.133/2021, thus making analyzes highlighting their respective positive and negative points. It is important to emphasize that its focus is not only to collate such legal provisions, but also to understand them through an in-depth analysis, making due study of their items and paragraphs. Within this article, the concept of Public Bidding is explained, based on the new legislation, being an administrative process and no longer a procedure, and its primary objective, which is the satisfaction of the public interest. The development of the research takes place through the descriptive method and through bibliographic procedures based on books, magazines and online scientific articles. The study obtains excellent analyzes regarding the change from the old Law 8.666/1993 to the new Law 14.133/2021, a fact that is of paramount importance for society in general, since such legislation will enter fully into force from the 1st of April. 2023, revoking the previous one.

Keywords: Bidding. unenforceability. Old Law. New law.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O conceito de licitação pública e sua inexigibilidade em geral; 2. A inexigibilidade de licitação na antiga Lei 8.666/1993; 2.1. Fornecedor Exclusivo (art. 25, I); 2.2. Serviços técnicos especializados (art. 25, II); 2.3. Artistas consagrados (art. 25, III); 3. A inexigibilidade de licitação na nova Lei 14.133/2021; 4. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O direito administrativo é um ramo clássico do Direito que cria um conjunto de aspectos para o funcionamento do Estado e das máquinas administrativas. Tal ramo do Direito possui grande importância no que tange as relações das regras e normas dos agentes públicos em prol do interesse público, fato que se torna presente até hoje, como por exemplo, as licitações.

Licitação é o conjunto de processos administrativos para as compras ou serviços contratados pelos governos Federal, Estadual ou Municipal. Dito isso, aloca-se que no ano de 2021 fora aprovada a Nova Lei de Licitações – Lei 14.133/2021, uma lei que chegou para implementar diversas mudanças no processo licitatório e tornar a compra ou contratação de bens e serviços de uma forma mais rápida e eficiente.

Acrescenta-se, que algumas situações de licitações podem ser feitas de maneira direta, ou seja, sem a competição através do processo licitatório, existindo assim dois modos a Dispensa de Licitação e a Inexigibilidade. No presente trabalho, será analisada esta última e tendo em vista tudo isso, se torna notável a necessidade de saber: Quais as mudanças sofridas no processo licitatório com a chegada da Lei 14.133/21, principalmente no que tange a Inexigibilidade de Licitações? E o que tais mudanças acabam acarretando em uma perspectiva licitatória e social?

Primeiramente, aloca-se que a inexigibilidade de licitações ocorre pela inviabilidade da competição licitatória mais comumente pela exclusividade do objeto ou pela falta de empresas concorrente. Vale elucidar que o artigo 25 da Lei nº 8.666/93 determina como inexigível a licitação em três casos especiais, presentes em seus incisos. Acrescenta-se, que um dos principais problemas da inexigibilidade das licitações na Lei nº 8.666/93, é que ela não especificava esse conceito de natureza singular dos serviços que podem ser inexigíveis para licitação, gerando assim um grande número de ações de improbidade administrativa contra o Ministério Público.

Já na Nova Lei de Licitações visando combater esse grande número de ações de improbidade administrativa contra o Ministério Público, em seu artigo 74, para de ser usado o termo natureza singular além de serem alocados mais dois casos de inexigibilidade. A Lei nº 14.133/21 possui como característica taxação da contratação direta por meio de inexigibilidade licitação, além de diminuição da imprecisão do termo natureza singular no rol da lei.

O interesse inicial pela temática se deu pelo fato do interesse em analisar as mudanças proporcionadas pela Nova Lei de Licitações a respeito de inexigibilidade destas, comparando-a com a Lei anterior, discutindo se houve mudanças significativas, e se houve ou não progresso nessa área, visto que no contexto atual, licitação é um dos temas mais importantes para o Direito Administrativo.

Outro motivo da escolha desse tema, somado aos demais já informados anteriormente, surgiu por causa do grande interesse público e social que ele gera. Além de movimentar muitos recursos públicos, eles terão que ser destinados ao cumprimento de obras públicas, prestações de recursos públicos, para alienações, entre outros. Tudo isso deve ser fiscalizado para que ocorra da maneira correta, respeitando sempre a lei, visto que, uma vez ou outra, existem casos de fraudes e desvios desse dinheiro que devia ser investido para a população.

Este estudo tem como objetivo geral analisar a Inexigibilidade de Licitações na Nova Lei 14.133/2021. Tem como objetivos específicos explicar o conceito de Licitação Pública e sua Inexigibilidade em geral, examinar a Inexigibilidade de Licitação na antiga Lei 8.666/1993 e avaliar a Inexigibilidade de Licitação na nova Lei.

A metodologia utilizada nesse trabalho é de cunho descritiva e bibliográfica. Segundo afirma Gil (2002), do ponto de vista de seus objetivos, a pesquisa exploratória objetiva a maior familiaridade com o problema, tornando-o explícito, trazendo assim a facilidade na construção de hipóteses, logo, o mesmo envolve também levantamento bibliográfico. Tendo em vista o procedimento técnico, a pesquisa bibliográfica objetiva a busca de solução do problema a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e, atualmente material disponibilizado na internet.

1 O CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA E SUA INEXIGIBILIDADE EM GERAL.

A licitação pode ser definida como um processo administrativo através do qual determinado ente público, em seu exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às cláusulas e condições fixadas no instrumento convocatório, à possibilidade de fazerem propostas dentre as quais será selecionada e aceita a mais conveniente para a celebração do contrato. (DI PIETRO, 2018)

A licitação é composta por atos e fatos da Administração e do licitante, com todos auxiliando para que seja formada a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital o convite, o recebimento de propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como a análise dos recursos interpostos pelos interessados, os projetos, a revogação, etc. Por parte do licitante, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a apresentação de recursos, as impugnações, a prestação de garantia, entre outros. (DI PIETRO, 2018)

Pela licitação, a Administração abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vem contida as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei de licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentações em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente. (DI PIETRO, 2018, p. 463).

Licitação compartilha a ideia de uma disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa/útil aos interessados da Administração, com o objetivo de celebrar um

contrato administrativo entre esta última e o particular ganhador da competição, que poderá ser para a realização de obras, prestações de serviços públicos, concessões, permissões, alienações, compras ou locações. (ALEXANDRINO; PAULO, 2016)

A inexigibilidade de licitação pressupõe a impossibilidade de competição. Inexiste, portanto, o pressuposto fático da licitação, que é exatamente a possibilidade de competição entre dois ou mais interessados, de forma a garantir tratamento isonômico aos interessados em contratar com o Poder Público. A inexigibilidade não retrata propriamente uma exceção à regra de licitação, mas, sim, uma hipótese em que a regra sequer deve ser aplicada. Trata-se da não incidência da regra constitucional da licitação, em razão da ausência do seu pressuposto lógico, que é a competição. (OLIVEIRA, 2015).

A inexigibilidade de licitação ocorre sempre que houver uma impossibilidade jurídica de competição. Já foi explanado o conceito de licitação, que representa uma disputa entre interessados em estabelecer determinada relação patrimonial com a administração. Porém, existem situações em que esta última precisa contratar um serviço tão específico que seja prestado por determinado particular (no mundo inteiro, no Brasil, ou em determinada região dependendo do âmbito da licitação e do valor do seu objeto), que se torna claro e evidente que terá que celebrar o ajuste diretamente com tal empresa, visto que não tem como cogitar disputa ou a melhor oferta nesse caso. (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

A diferença básica entre a inexigibilidade e a dispensa de licitação, é que nesta última, há a possibilidade de competição que justifique a licitação, de maneira que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Já nos casos de inexigibilidade, não há a possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, sendo, portanto, inviável que ocorra licitação. (DI PIETRO, 2018).

2 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA ANTIGA LEI 8.666/1993.

Para entender tal inexigibilidade é necessário fazer a explanação do artigo 25 da Lei 8.666/1993:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória

especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Em verdade, nessa antiga Lei, os casos de inexigibilidade não dependem de expressa previsão legal, pois decorrem da circunstância fática que demonstra a inviabilidade da competição. Mesmo que o texto constitucional tivesse estabelecido à regra de licitação, sem qualquer exceção, e a Lei 8.666 fosse silente, certo é que não se poderia exigir a realização de licitação pelo administrador em situações despidas de competitividade. Por esse motivo, o art. 25 de tal lei utiliza a expressão “em especial” antes de enumerar, exemplificativamente, alguns casos de inexigibilidade. (OLIVEIRA, 2015).

A inexigibilidade de licitação possui duas características principais: a) rol legal exemplificativo; e b) vinculação do administrador, porque, verificado no caso concreto a impossibilidade de competição, a licitação deve ser afastada, justificadamente, sob pena de se estabelecer procedimento administrativo, que demanda tempo e dinheiro, para se fazerem escolhas subjetivas ao final. (OLIVEIRA, 2015).

2.1 Fornecedor exclusivo (art. 25, I).

A primeira hipótese presente no artigo 25, I, da lei 8.666/1993 refere-se à contratação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca. A “exclusividade” pode ser de duas formas: a) absoluta: existe apenas um fornecedor exclusivo no país; b) relativa: essa exclusividade é percebida dentro da praça em que será realizada a licitação. (OLIVEIRA, 2015).

A definição da praça comercial para esse fim depende da modalidade de licitação demonstrada em razão do vulto do contrato. Haverá, dessa forma, “exclusividade comercial relativa” nos seguintes casos: a) convite: único fornecedor na localidade; b) tomada de preços: único fornecedor que está presente no registro cadastral; c) concorrência: único fornecedor no país. (OLIVEIRA, 2015).

É importante frisar que a inexistência de competição não afasta a exigência de justificativa do preço apresentado pela contratada, nos termos do artigo 26, parágrafo único, III da lei 8.666/1993.

2.2 Serviços técnicos especializados (art. 25, II).

São três requisitos necessários para tal forma de inexigibilidade, conforme está presente no artigo 25, II da respectiva lei: a) serviço técnico; b) serviço singular; c) notória especialização do contratado. De acordo com Oliveira (2015), os serviços técnicos são aqueles presentes, exemplificativamente, no artigo 13 da antiga lei de licitações, tais como: planejamentos,

estudos, perícias etc. Sobre serviço singular, para ser qualificado como tal, é necessário: a) excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita; e b) impossibilidade de sua execução através de um profissional especializado padrão.

Ademais, o contratado (profissionais ou a empresa) deve possuir “notória especialização”, com destaque e reconhecimento do mercado em suas áreas de atuação. Na forma do art. 25, §1.º, da Lei 8.666/1993, a notória especialização é um conceito conquistado no campo de sua atividade especializada e pode ser comprovada por várias maneiras (estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento etc.) (OLIVEIRA, 2016, p. 72).

2.3 Artistas consagrados (art. 25, III).

Trata-se da contratação de artistas, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. É inviável estabelecer critérios objetivos para selecionar o “melhor artista”, razão pela qual a escolha será sempre baseada por critérios subjetivos, tornando assim a licitação inviável. (OLIVEIRA, 2015)

3 A INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA NOVA LEI 14.133/2021.

Para entender tal inexigibilidade é necessário fazer a explanação do artigo 74 da Lei 14.133/2021:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Dessa forma, é nítido que a Nova Lei de Licitações possui algumas mudanças em relação a Lei 8.666/93. Além de trazer mais dois novos casos de inexigibilidade de licitação, a mesma altera a redação em relação ao inciso III do caput e corrige problemas em relação a conceituação de “natureza singular” presente na referida Lei.

Inicialmente o credenciamento trazido no inciso IV do caput trabalha sobre o fato do credenciamento ser uma situação onde possa ocorrer uma contratação sem que ocorra competição entre os credenciados. Um grande exemplo que explica como funciona o credenciamento em inexigibilidade, seria um município que se diz aberto ao credenciamento de todos os veterinários que estejam dispostos a cobrar tal valor por consulta. Logo, em tal caso, toda a população visitaria todos os credenciados e a Administração Pública pagaria as consultas da população.

Ademais, no caso de aquisição ou locação de imóvel por inexigibilidade de licitações presente no inciso V, se caracteriza quando um determinado imóvel possui determinadas características que o condicionam a escolha da Administração Pública. Acrescenta-se, que tal possibilidade ocorre na Lei 8.666/93, entretanto ocorria por meio de dispensa de licitação, não uma situação inexigível.

Nesse contexto, vale elucidar também sobre o conceito de “notória especialização” presente no inciso III, onde diferente da Antiga Lei de Licitações o mesmo fora melhor explicado, onde o profissional ou empresa com alto conceito na sua especialidade também se caracteriza como notória especialização. Além do mais, um dos maiores problemas enfrentados pela Antiga Lei de Licitações, referente ao conceito de “natureza singular” presente no caput da Lei, também fora sancionado. Logo, o termo “natureza singular” deixa de ser utilizado na descrição dos objetos que podem ser alvo de contratação direta na Lei 14.133/21, tratando assim, de um dos assuntos recorrentes de discussões jurídicas, com inúmeras ações de improbidade administrativa sendo ajuizadas contra o Ministério Público.

Além do mais a nova Lei de Licitações vem a especificar claramente os serviços técnicos especializados de natureza intelectual que podem vir a ser objeto de caso de inviabilidade de competição, promovendo assim a inexigibilidade, onde são eles: i) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos, ii) pareceres, perícias e avaliações em geral, iii) assessorias

ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias, iv) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços, v) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, vi) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, vii) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico, viii) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.

Portanto, as principais mudanças debatidas entre a Lei 8.666/93 e a Lei 14.133/21 foram discutidas.

4 CONCLUSÃO

Diante de tudo exposto no presente trabalho, nota-se que a inexigibilidade de licitações por meio da nova Lei 14.133/2021 veio a sanar muitos vícios presentes na Lei 8.666/93, além de trazer à tona dois novos casos de inexigibilidade presentes no inciso IV e V da no artigo 74 da Nova Lei de Licitações. Diante disso, a inserção de objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento e a aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha, foram os dois novos casos de inexigibilidade, dando ênfase a locação de imóvel, haja que visto que fora e será algo bastante utilizado em tempos atuais, como visto na pandemia do COVID-19, onde diversas clínicas hospitalares particulares vieram a se tornar centros de combate ao corona vírus.

Ademais, algo tipo como grande mudança na Lei 14.133/21 em relação a lei anterior fora a conceituação dada a “natureza singular” presente no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, fazendo assim com que o termo “natureza singular” deixa de ser utilizado na descrição dos objetos que podem ser alvo de contratação direta na Lei 14.133/21, tratando assim, de um dos assuntos recorrentes de discussões jurídicas, com inúmeras ações de improbidade administrativa sendo ajuizadas contra o Ministério Público. Acrescenta-se também, a conceituação à cerca de “notória especialização”, na qual fora melhor explicado e exemplificado, haja visto que o profissional ou empresa com alto conceito na sua especialidade também se caracteriza como notória especialização. Nesse contexto, encontra-se grandes pontos positivos em relação as mudanças que a Lei de Licitações 14.133/21 trouxe e trará à Lei 8.666/93.

REFERÊNCIAS

_____. **LEI Nº 8.666/93**. In: Vade Mecum. 10. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Juspodvim, 2021.

_____. **LEI Nº 14.133/21**. In: Vade Mecum. 10. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Juspodvim, 2021.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 24 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como classificar as pesquisas?** In:__. Como elaborar projetos de pesquisa. São Paulo: Atlas S.A., 2002. Cap. 4, p. 41 -44. Disponível em:https://professores.faccat.br/moodle/pluginfile.php/13410/mod_resource/content/1/como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf. Acesso em 11 mar. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.