BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1020

(Ano XIII)

(09/06/2021)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2021

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

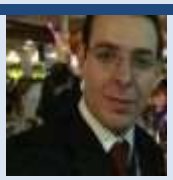
País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Energiewende: a transição energética alemã
Thiago dos Santos Dias, 09.

ARTIGOS

Possibilidade jurídica do direito de propriedade das ilhas fluviais no Brasil
Frank Bezerra Barbosa, 11.

A responsabilidade civil das montadoras decorrente de acidentes automobilístico provocado por veículos autônomos no Brasil
Wedher Valeriano de Almeida Cruz, 31.

Paternidade socioafetiva: a multiparentalidade e seus efeitos jurídicos
Gabryelle Moreira Passos, 48.

Destruição ou rompimento do vidro do automóvel para subtração do veículo ou de objetos presentes no seu interior: furto simples ou qualificado?
Leandro Francisco Ambrósio, 71.

A antecipação da prova testemunhal no processo penal e a crítica hermenêutica do direito
Guilherme Diniz Barbosa, 97.

A aplicação da mediação como manutenção das relações no Direito Sucessório
Anamaria Negrão Salomon, 114.

O princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos na admissibilidade de penhora na renda salarial
Antônio Mario Costa da Silva Junior, 132.

Segurança e Liberdade
Gabriela de Castro Ianni, 150.

Casamento do portador de síndrome de down
Caroline dos Santos Rocha, 186.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A perda do direito de herdar em virtude do abandono afetivo inverso
Lara Beatriz Barbosa Moura e Patrícia Mendes Cabral, 206.

A guarda compartilhada dos filhos nos casos de mulheres vítimas de violência de gênero
Leticia Alexandrino e Silva e Matheus Oliveira da Silva Penha, 228.

A importância da reforma tributária como instrumento de promoção da justiça fiscal e diminuição da desigualdade
Jaynara Cirqueira Lopes, 264.

Os direitos das empregadas domésticas
Roselita Bianchi do Carmo, 278.

O nível de cognição do delegado de polícia relativo à profundidade de análise nas deliberações em situações flagranciais
Joaquim Leitão Júnior, 288.

Proteção de Dados e o Impacto da LGPD nas Instituições Financeiras
Simone Barbosa de Aquino Marinho, 299.

Prestação jurisdicional e sua adequação à independência e harmonia estabelecidas pela separação de poderes
Victor Hugo Martins Correa, 315.

Psicopatia no Direito Penal brasileiro e sua punibilidade
Willian Vieira dos Santos, 333.

O dever de indenizar em caso de abandono afetivo
Erinéia do Carmo dos Santos Oliveira e Victor Kennedy Arêdes Braga, 350.

A Lei 11.340/2006 e as medidas protetivas em relação às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar
Vívia Soares de Azevedo Paiva, 369.

A tutela penal da mulher no tempo: a criminalização e aplicação do crime de importunação sexual à luz da lei 13.718/2018
Ana Carolina Santos Pereira, 381.

A violência doméstica: aumento de casos durante o isolamento social
Thielly Tananta de Melo, 404.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Improbidade administrativa: ressarcimento ao erário público mesmo no caso de prescrição das demais sanções previstas na Lei n° 8.429/92
Sebastião Francisco Soares de Andrade, 420.

Aborto: como um problema social que perdura há séculos
Ronaldo Carvalho Lins, 433.

Bitributação do ISSQN, conflito de competência entre municípios
Wellington Fernandes Ribeiro de Lima, 445.

Direito de Família: Pensão Alimentícia em Tempo de Pandemia
Arthur Lourenco Soares, 458.

A incidência do CDC aos planos de saúde e a validade do reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário
Lorrane Tavares Lima, 471.

Vínculo empregatício dos entregadores de aplicativo
Lucimara Alves de Azevedo Apolinário, 492.

Imunidade tributária dos templos religiosos e partidos políticos
Camila Gabriele Gonçalves dos Santos e Talles Felipe Viana Jardim, 511.

A automatização do sistema de penhora on-line: seria a IA um elemento de efetivação da celeridade e eficácia na execução?
Jessica Lima Araújo, 530.

A guarda compartilhada e a possibilidade de ruptura com o vínculo de posse ou propriedade no direito brasileiro
André Lucas Tavares Almeida e Rodrigo Chagas Silva, 552.

A imprescritibilidade nos direitos fundamentais e a inclusão do crime da prática da tortura
Antonio Luís Moreira Almeida, 576.

Demonstração do ônus da prova de venda casada em contratos bancários de financiamento habitacional pactuado: A visão protecionista do consumidor
Lucas Guimarães Marinho, 595.

A responsabilidade civil como instituto garantidor frente aos testes clínicos em seres humanos
Mariana Cardoso Penido dos Santos, 616.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Análise dos direitos assegurados aos transexuais: a efetivação da dignidade da pessoa humana e inclusão social
Mallane de Castro Moura, 637.

A controvérsia constitucional do aborto no Brasil
Vitória Lavrati Zanon Gomes de Paula, 653.

(In)constitucionalidade da execução provisória da pena: insegurança jurídica e a jurisprudência zigue-zague
Karina Pereira Nunes, 671.

Direito Ambiental, Cadastro Ambiental Rural (Lei 12.651) como Solução para Preservação da Amazônia e Resolução de Conflitos Agrários em Rondônia
Thiago Lima de Souza, 687.

Equiparação de cônjuges e companheiros: o reconhecimento do poliformismo familiar na sociedade brasileira
Heliton Oliveira de Lima Júnior e Luiz De Sousa Leão Neto, 699.

Tráfico de mulheres para fins de exploração sexual: estudo de caso no Estado do Amazonas
Wodley Gabriel Rocha Alves, 717.

Lei Maria da Penha: a (in) constitucionalidade da medida protetiva de urgência concedida pela autoridade policial através da Lei n. º 13.827/09
Jéssica Gomes da Silva, 733.

Polícia Federal e a PEC n. 412/09: implicações de uma possível autonomia concedida ao braço armado do Estado
Hívina Coelho Monteiro, 756.

Vulnerabilidade do Consumidor: E-commerce na Pandemia da COVID-19.
Romário Soares Borges, 774.

Primeiras notas acerca da modalidade de licitação diálogo competitivo prevista na Lei 14.133/2021
Thalyta Cruz Ferreira, 792.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ENERGIEWENDE: A TRANSIÇÃO ENERGÉTICA ALEMÃ

THIAGO DOS SANTOS DIAS: Advogado e professor, graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2014). Especialista em Direito Ambiental, Direito Constitucional e Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Tem experiência na área de Direito Público, especialmente Direito Internacional Público e Direito Constitucional. É autor do livro "O G-4 e a Reforma do Conselho de Segurança das Nações Unidas: o Brasil na ONU".

Energiewende: a transição energética alemã, escrito por Clarissa Lins e Bruna Mascotte dentro do quadro do Diálogo Brasil-Alemanha promovido pelo CEBRI, apresenta em breves palavras como o Estado alemão enfrenta um dos seus grandes desafios, o ambiental. Assim, promover a substituição da matriz energética altamente poluente, o carvão, correspondente a 25% da sua matriz, bem como reduzir o consumo de petróleo, responsável por mais 32% das fontes energéticas utilizadas, através de um processo que se iniciara nos anos 2000 e segue até o período atual no qual o objetivo é ampliar o uso de fontes renováveis, por um lado, e diminuir o consumo energético, por outro, reduzindo as emissões de gases responsáveis pelo efeito estufa.

O artigo traz informações detalhadas ao leitor e estudioso atento aos dilemas ambientais, não abandonando a capacidade de ser acessível a leitores leigos, em que retrata o desafio alemão em ampliar outras fontes energéticas ao seu parque energético, em um contexto que não ignora o incidente de Fukushima, reduzindo a energia nuclear da matriz energética. Ao apontar a utilização dos subsídios para a concretização da transição energética, as autoras demonstram a percepção da população germânica, majoritariamente favorável aos projetos de redução de emissões, enquanto a indústria carbonífera apresenta resistências e as dimensões geopolíticas entram no fator a partir da importação de gás russo.

À luz da importância do tema, não se olvida que a discussão ambiental perpassa por argumentos políticos que podem ser utilizados por *players* globais com fins dos mais diversos que não sejam os ambientais, como aponta André Aranha Corrêa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Lago em *Conferências de Desenvolvimento Sustentável* (2013), o que não parece ser o caso alemão, que impôs aos seus nacionais reais sacrifícios financeiros para atingir fins de cunho ambiental, ademais da economia que gerará ao país futuramente, em estudo demonstrado por Frondel (2009). Deste modo, o artigo exemplifica alguns dos desafios alemães para alcançar suas metas ambientais, ainda que encontrem dificuldades de implantação como se vê na comparação entre metas e resultados para o ano de 2020.

REFERÊNCIAS

FRONDEL, M. et al. *Economic Impacts from the promotion of renewable energy technologies: The German Experience.* Ruhr Economic Papers. 156: Bochum, 2009. 32p.

LAGO, André Aranha Corrêa do. Conferências de desenvolvimento sustentável. Brasília: FUNAG, 2013.

LINS, Clarissa; MASCOTTE, Bruna. Energiewende: a transição energética alemã. *Relações econômicas entre Brasil e Alemanha:* a geopolítica da energia. Centro Brasileiro de Relações Internacionais; Konrad Adenauer Stiftung, 2018. p.14-16.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POSSIBILIDADE JURÍDICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE DAS ILHAS FLUVIAIS NO BRASIL

FRANK BEZERRA BARBOSA: Bacharelando do Curso de Direito da Universidade de Gurupi - UNIRG

ELLEM DAYANNE RODRIGUES VINHAL1

RESUMO: A utilização de ilhas fluviais, assim compreendidas as porções de terra situadas em rios, questiona-se acerca da possibilidade jurídica de se reconhecer o direito de propriedade ou de posse por indivíduo particular. Por expressa previsão constitucional, as ilhas se inserem dentre os bens pertencentes à União ou aos Estados, a depender de sua localização e neste contexto são inalienáveis. Existem também as ilhas particulares e quanto a estas é possível a celebração de negócios jurídicos tal qual a propriedade privada admite. Contudo, os bens públicos considerados de uso comum podem ter a posse exercida por um particular, especialmente a chamada detenção. Sobre o domínio e a titularidade de posse de Ilhas fluviais esse artigo científico se apresenta, cujo problema reside na análise da possibilidade jurídica de utilização de atos possessórios em face de particulares e do Poder Público. Elaborado segundo o método dedutivo de pesquisa bibliográfica, o estudo contém uma análise do direito à propriedade e à posse; e por último analisa as questões que envolvem as ilhas fluviais, especialmente sobre a titularidade e/ou legalidade da propriedade dos ilheiros que vivem ou possuem propriedades nas ilhas.

Palavras-chave: Ilhas fluviais. Direitos Reais. Possibilidade.

ABSTRACT: The use of river islands, thus comprising the portions of land located in rivers, questions the legal possibility of recognizing the right of ownership or possession by a private individual. By express constitutional provision, the islands are included among the goods belonging to the Union or to the States, depending on their location and in this context they are inalienable. There are also private islands and for these it is possible to enter into legal transactions as private property allows. However, public goods considered to be in common use may be owned by a private individual, especially so-called detention. Regarding the domain and ownership of fluvial islands, this scientific article presents itself, whose problem lies in the analysis of the legal possibility of using possessory acts in the face of individuals and the Public Power. Prepared according to the deductive method of bibliographic research, the study

1 Professora Orientadora do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg.

contains an analysis of the right to property and possession; and finally, it analyzes the issues surrounding the fluvial islands, especially regarding the ownership and / or legality of the property of the islanders who live or own properties on the islands.

Keywords: River islands. Real rights. Possibility.

Sumário: Introdução. Material e Métodos. 1. Evolução histórica do direito de propriedade. 1.1 Da Propriedade em geral: conceito. 1.2. Poderes e efeitos da propriedade. 2. Da Posse. 2.1 Noções gerais sobre posse: conceito. 2.2 Poderes e efeitos da posse. 3. O exercício de direitos reais sobre as ilhas fluviais. 3.2 Conceito de ilhas fluviais. 3.2 Do negócio jurídico em relação às ilhas. 3.3 Titularidade das ilhas fluviais. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O direito à propriedade sempre foi de grande importância para o ser humano e encontra-se regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro desde os seus primórdios. Atualmente encontra-se protegido pelo artigo 5º,caput e inciso XXII, da Constituição Federal de 1988 e especificamente previsto pelo artigo 1.228 e seguintes do Código Civil de 2002.

Tal qual ao direito de aquisição, as formas de apropriação de bens, também é objeto de previsão legal, sendo considerada relevante ao indivíduo frente a satisfação de suas necessidades vitais.

Ocorre que, apesar de direito fundamental, a propriedade não é ilimitada aos particulares, haja vista que existem bens que pertencem à União, aos Estados, o Distrito Federal e Municípios, a depender da sua localização. Neste ponto, as terras situadas próximas a rios e mares, de propriedade da União, possuem expressa vedação à aquisição por particulares.

Apesar disso, culturalmente, os indivíduos acabam por utilizar esses terrenos, exercendo poderes inerentes à propriedade. Em relação às ilhas fluviais, é comum a apropriação da posse e a utilização dos espaços por particulares.

Portanto, o estudo das questões que envolvem os direitos reais, especialmente de propriedade e posse sobre ilhas fluviais é essencial para o esclarecimento sobre o exercício de poderes por parte dos cidadãos ao utilizarem desses espaços.

Por ser um tema bastante atual e que ainda merece atenção, o presente estudo discorre a respeito da legislação brasileira frente ao direito de posse; de propriedade;

o exercício de poderes perante terceiros; a realização de negócios jurídicos e a legitimidade dos posseiros referente a aquisição de ilhas fluviais no Brasil.

MATERIAL E MÉTODOS

Esta pesquisa científica foi elaborada na cidade de Gurupi, Estado do Tocantins, como requisito de obtenção do grau de bacharelado em direito pela Universidade de Gurupi – UnirG, no decorrer do primeiro semestre no ano de 2021.

A metodologia compreende a utilização de métodos técnicos e científicos para melhor abordagem do tema proposto, com o objetivo em apresentar os aspectos jurídicos sobre a possibilidade de uma pessoa exercer a propriedade e/ou a posse de uma área situada em ilhas fluviais.

Classificada como bibliográfica, a pesquisa se baseia em materiais preparados por autores publicados, em livros e trabalhos científicos. Em termos de seus objetivos, a pesquisa é exploratória porque se propõe a fazer o leitor compreender leis e regulamentos sobre propriedade e direitos de posse e as consequências civis resultantes.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

No direito brasileiro, o Código Civil de 2002 é o diploma legal responsável pela regulamentação do direito à propriedade, assegurado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXII, dentre os direitos fundamentais, garantia dos indivíduos (BRASIL, 1988).

O direito à propriedade, juntamente com a posse e outros institutos jurídicos, se insere dentre os chamados direitos reais, espécies também dos direitos patrimoniais. “Os direitos reais giram em torno do conceito de propriedade, e, como tal, apresentam caracteres próprios que os distinguem dos direitos pessoais de cunho patrimonial.” (TARTUCE, 2018, p. 1.096).

Considerando o conceito anterior, é indispensável a compreensão sobre a propriedade. Ocorre que, até alcançar o status de direito constitucional, o instituto jurídico mencionado passou por uma significativa evolução histórica, que merece destaque.

> A propriedade se constituiu, ao longo da historia, como um dos mais importantes direitos subjetivos da humanidade. Desde a formação da consciência da propriedade nos primeiros agrupamentos humanos (grupos familiares, tribos, clãs) e seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> caráter de propriedade coletiva, ligado essencialmente a um aspecto religioso,[...] onde o vínculo com a terra, principalmente, era visto como sagrado, pois havia a crença em divindades locais que regiam a colheita, o regime das chuvas e a própria comunidade, além de ser o local onde as famílias que se estabeleciam ali sepultavam seus mortos, e como a religião doméstica estava ligada a esse espaço territorial, não se comunicando com outra religião, de uma outra família, a propriedade era vista como inalienável (GASSEN, 2012), passando pela institucionalização do direito à propriedade no direito romano (*jus utendi*- direito de usar, *jus fruendi*- direito de gozar e *jus abutendi*- direito de dispor.), onde, por meio do Estado, é legitimado o privilégio do indivíduo, juridicamente, enquanto detentor da posse, em detrimento da propriedade coletiva e estabelecendo uma distinção entre propriedade privada e propriedade pública, até a análise da propriedade por Karl Marx e Friedrich Engels por meio do materialismo histórico, em *A ideologia Alemã,* onde as formas de propriedade estão diretamente relacionadas com as diferentes fases da divisão do trabalho, percebe-se que a ideia de propriedade sofreu progressiva evolução dentro do limites socioculturais de cada época e conforme as legislações os garantiam e sua função social também se modificou, na medida em que se invertia a concepção de propriedade do coletivo para o individual, demostrando , também que a propriedade possui, além de um caráter jurídico, denotações políticas, éticas e econômicas relevantes historicamente dentro das sociedades humanas (RICARTE *et. al.*, 2014, p.1).

Especificamente no direito brasileiro, desde a primeira Constituição nacional, a propriedade já era objeto de proteção, contudo a forma como era tratada foi objeto de modificação com o passar dos anos.

> Verifica-se ao longo das Constituições brasileiras que houve uma evolução do direito de propriedade de um caráter individualista, como se verifica na Constituição de 1824, para uma concepção que assegura não apenas as vantagens do proprietário, mas também a sua função social, como na Carta Magna de 1988. (RICARTE *et. al.*, 2014, p.1).

Além da Carta Magna, em seu artigo 5º,caput e inciso XXII, o Código Civil Brasileiro também fixa as normas e regulamentações do exercício do direito da propriedade, regulamentada pelo artigo 1.228 e seguintes. Sobre o assunto, a seguir a pesquisa se aprofunda.

1.1 DA PROPRIEDADE EM GERAL: CONCEITO

Para saber se o direito à propriedade será resguardado ou não é preciso se certificar se se enquadra no previsto legalmente. Para Stolze (2018, p. 841) o conceito do direito de propriedade é o seguinte:

> Nos termos do art. 5º, XXII, da Constituição Federal, a propriedade é tratada como um direito fundamental. Logo em seguida, o inciso XXIII dispõe que "a propriedade atenderá a sua função social". Nessa linha, é forçoso convir que o conceito deste importantíssimo direito real na coisa própria deverá, necessariamente, levar em conta, sempre, o seu aspecto funcional. Isso porque, nos dias de hoje, a propriedade não é mais considerada um direito ilimitado, como no passado.

Na legislação, por sua vez, não há uma definição exata do que consiste o direito à propriedade, contudo, o caput do artigo 1.228 do Código Civil apresenta os poderes inerentes ao proprietário e os dispositivos posteriores apresentam normas e efeitos da propriedade (BRASIL, 2002).

Os poderes indicados no dispositivo mencionado consistem em: gozar, reaver, usar e dispor; os quis são tidos também como atributos da propriedade,

> levando-se em conta os seus atributos, didaticamente, a propriedade pode ser entendida como um recipiente cilíndrico, ou como uma garrafa, a ser preenchido por quatro camadas, que são os atributos de Gozar, Reaver, Usar, Dispor. São quatro atributos que estão *presos* ou *aderidos* à propriedade, o que justifica a utilização do acróstico GRUD (TARTUCE, 2018, p. 1.155).

Esses atributos representados pela sigla GRUDE consistem nos poderes inerentes ao direito de propriedade, os quais causam efeitos perante a vida do indivíduo e de terceiros.

1.2 PODERES E EFEITOS DA PROPRIEDADE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme dito anteriormente, a propriedade no ordenamento jurídico nacional é disciplinada pelo que estabelecem o artigo 1.228 e seguintes do Código Civil. Logo no artigo citado, determina o legislador que "proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha." (BRASIL, 2002)

Da leitura do exposto, é possível concluir que a propriedade será plena quando o indivíduo acumular todos esses poderes. Caso haja apenas um deles, poderá se caracterizar a posse; mas se os poderes forem distribuídos por pessoas diversas, a propriedade será restrita (TARTUCE, 2018).

O artigo 1.231 do Código Civil estabelece que "a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário". Assim, a propriedade tem as seguintes características:

> Costuma-se, efetivamente, afirmar que o direito de propriedade é *exclusivo*, no sentido de poder o seu titular afastar da coisa quem quer que dela queira utilizar-se (tal noção não se choca com a de condomínio, pois cada condômino é proprietário, com exclusividade, de sua parte ideal) e *ilimitado*(pleno) ou *absoluto*, no sentido de encontrar-se a propriedade liberta dos encargos que a constrangiam desde os tempos feudais, quando o que lavrava o solo tinha o dever de pagar foro ao fidalgo. Hoje, o proprietário tem amplo poder sobre o que lhe pertence. Também se diz que a propriedade é *irrevogável* ou *perpétua*, porque não se extingue pelo não uso. Não estará perdida enquanto o proprietário não a alienar ou enquanto não ocorrer nenhum dos modos de perda previstos em lei, como a desapropriação, o perecimento, a usucapião etc. (GONÇALVES, 2012, p. 269).

De acordo com a legislação, seguindo a previsão constitucional, o direito de propriedade deve ser exercido em harmonia com a sua função social e finalidade econômica, preservando também a flora, a fauna, o equilíbrio ecológico, as belezas naturais e o patrimônio histórico e artístico. Contudo, estão proibidos os atos que não ocasionem comodidade ou utilidade, bem como se baseiem na intenção de prejudicar a terceiro (BRASIL, 2002).

Desta feita, o direito à propriedade não é absoluto, uma vez que pode ser o indivíduo privado de exercê-lo em determinadas situações, as quais são previstas no diploma civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1.228. [...]
>
> § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.
>
> § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
>
> § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores (BRASIL, 2002).

Em que pese seja o parâmetro para outros direitos reais, a propriedade não esgota a matéria, que também compreende o importante instituto jurídico da posse, cujo direito se discute a seguir.

2 DA POSSE

Diante do caso concreto, é possível que uma pessoa exerça alguns atributos de propriedade, mas nem por isso tenha esse direito reconhecido, geralmente em razão de algum impedimento. Contudo, nesses casos, pode ser caracterizada a posse, também regulamentada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE POSSE: CONCEITO

A posse encontra-se regulada logo nos primeiros artigos relacionados aos direito das coisas, Livro III do Código Civil (CC), o que pode se atribuir à sua principal característica, qual seja o de ser possuidor a pessoa que de fato exerça um dos poderes da propriedade, já estudados.

Assim o artigo 1.196 do CC conceitua possuidor e inaugura as disposições sobre a posse e sua classificação no direito brasileiro: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade." (BRASIL, 2002)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao interpretar o dispositivo supra, Flávio Tartuce apresenta a seguinte conceituação doutrinária:

> Em suma, basta o exercício de um dos atributos do domínio para que a pessoa seja considerada possuidora. Ilustrando, o locatário, o usufrutuário, o depositário e o comodatário são possuidores, podendo fazer uso das ações possessórias. Pela atual codificação privada, pode-se dizer que *todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário* (2018, p. 1110).

Assim, a posse se divide em duas classes principais quanto ao exercício desse direito: posse direta e indireta. De acordo com o art. 1.197 do CC, a primeira é a da pessoa que tem a coisa em seu poder temporariamente, que é exercida através do poder material ou contato direto com a coisa; enquanto que a segunda é a exercida por via oblíqua, sem que seja por meio de poder físico, como por exemplo a do locador em face do imóvel locado (GAGLIANO, 2018).

Quanto à existência de vício, a posse poderá ser justa ou injusta. O artigo 1.200 determina que "é justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária", portanto será injusta quando ocorrer violência, clandestinidade e precariedade (BRASIL, 2002).

Já em relação à legitimidade do título de posse, o legislador dispõe no artigo 1.201, que ela será de boa-fé quando o possuidor ignorar o vício ou obstáculo que impede que a aquisição da coisa ocorra. Em favor o possuidor com justo título está a presunção de boa-fé que poderá ser ignorada em caso de previsão legal diversa ou inadmissão de presunção (BRASIL, 2002).

Por último, mas não menos importante, é a classificação da posse quanto ao tempo. "Posse nova ou de força nova é a que tem menos de ano e dia. Posse velha ou de força velha é a que tem mais de ano e dia." (GAGLIANO, 2018, p. 828).

2.2 PODERES E EFEITOS DA POSSE

Tal qual o conceito legal aponta, caso o indivíduo exerça um dos poderes da propriedade, será possuidor. Portanto, se o indivíduo gozar, reaver, usar ou dispor da coisa, haverá posse, ainda que não exerça mais de um poder ao mesmo tempo (BRASIL, 2002).

Uma vez adquirida a posse, através de uma das formas estabelecidas no artigo 1.204 e seguintes do Código Civil a mesma produzirá efeitos perante a vida do possuidor e de terceiros.

O principal efeito da posse consiste no direito de permanecer exercendo-a, podendo utilizar inclusive de meios judiciais de reavê-la. Assim autoriza o legislador infraconstitucional:

> Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.
>
> § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.
>
> § 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.
>
> [...]
>
> Art. 1.212. O possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro, que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era. (BRASIL, 2002).

Outro efeito relevante consiste no direito aos frutos percebidos da posse, enquanto esta durar, sendo ele possuidor de boa-fé (art. 1.214, CC). Por sua vez, o possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos e ainda pelos que por sua responsabilidade deixou de perceber a partir da constituição de sua má-fé (art. 1.216, CC).

Quando a coisa em que se está de posse se perde ou deteriora, desde que não tenha dado causa, o possuidor de boa-fé não responderá. Já em caso de possuidor de má-fé, ele responderá pela perda ou deterioração, mesmo que acidentais, exceto se provar que o fato ocorreria de qualquer forma (BRASIL, 2002).

Em relação às benfeitorias, também há diferença entre os seus efeitos perante o possuidor de boa-fé e o de má-fé.

> De início, enuncia o art. 1.219 do CC que o possuidor de boa-fé tem
>
> direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando puder fazê-lo sem detrimento da coisa. Além disso,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis (TARTUCE, 2018, p. 1127).
>
> [...]
>
> Por outra via, em relação às benfeitorias e o possuidor de má-fé é a regra do art. 1.220 do CC: "Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias". Em suma, o possuidor de má-fé não tem qualquer direito de retenção ou de levantamento. Com relação à indenização, assiste-lhe somente direito quanto às benfeitorias necessárias (TARTUCE, 2018, p. 1130).

A posse não é definitiva e se perde quando cessado o poder exercido sobre o bem, mesmo que contra a vontade do possuidor. Quando a perda se dá sem que o possuidor tenha presenciado o esbulho, diante da notícia, se abstém de retomar a coisa ou tentando recuperá-la é repelido violentamente (GAGLIANO, 2018).

3 O EXERCÍCIO DE DIREITOS REAIS SOBRE AS ILHAS FLUVIAIS

É sabido que as terras localizadas próximas a rios podem ser propriedade de particular, por não pertencerem exclusivamente aos entes federativos. A partir disso, questiona-se o exercício de poderes de propriedade também em relação às porções de terra situadas nesses rios, haja vista o acesso a tais ilhas depender do acesso às terras particulares.

Na prática, particulares se apropriam dessas ilhas e se apresentam a terceiros como seus proprietários e, portanto, se dizem legítimos a limitar o uso, cobrar pelo acesso e defender perante visitantes indesejados.

Ocorre que, em que pese as pessoas aleguem ser donos desses imóveis, a Constituição Federal de 1988 deixa claro a quem pertence esses bens:

> Art. 20. São bens da União:
>
> [...]
>
> IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto

> aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (BRASIL, 1988)

Em outras palavras, as terras identificadas como ilhas fluviais pertencem à União, mas também podem ser dos Estados, quando por sua localização não forem pertencentes à União, tal qual previsto no artigo 26, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Assim, o constituinte deixou claro que as ilhas fluviais são de propriedade dos entes federativos, contudo, tal fato não impede os conflitos judiciais em relação à posse, tampouco impede a utilização desses espaços por particulares. Isto porque o artigo 100 do Código Civil ao declarar a inalienabilidade dos bens públicos, autoria o uso comum do povo, nos seguintes termos: "Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar" (BRASIL, 2002).

Portanto, na qualidade de bem público (artigo 98 do Código Civil), as ilhas, apesar de inalienáveis, são de uso comum do povo, mas podem ter sua posse exercida por particulares, conforme o item 3.2 desta pesquisa esclarece.

Antes de adentrar especificamente acerca do exercício de direitos reais, compete esclarecer o que vem a ser considerado uma ilha fluvial.

3.1 CONCEITO DE ILHAS FLUVIAIS

"Chama-se de ilha qualquer porção de terra cercada de água por todos os lados, até uma certa extensão territorial. As ilhas pequenas são chamadas de ilhotas, ilhéus e insulas" (PAREJO, 2014, p.1).

Existem várias espécies de ilhas, dentre as quais, é objeto desta pesquisa as localizadas em rios, denominadas ilhas fluviais (PAREJO, 2014).

O mestre Rodolfo Alves Pena apresenta uma definição mais completa:

> As **ilhas fluviais** são aquelas que se formam quando uma área é cercada por dois rios ou por dois canais de um mesmo rio, isolando uma área do ambiente ao seu redor. Esse é o caso da Ilha do Bananal, cercada pelos rios Araguaia e Javaés, que é considerada a maior ilha fluvial do planeta, com uma área aproximada de 20.000 km² (PENA, 2021, p.1).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Superada a conceituação das ilhas fluviais, passa-se à análise sobre a celebração de negócios jurídicos relacionados às ilhas mencionadas nesta pesquisa científica.

3.2 DO NEGÓCIO JURÍDICO EM RELAÇÃO ÀS ILHAS

A celebração de negócio jurídicos que tenham por objeto as ilhas fluviais depende primeiramente de serem elas particulares ou públicas. A partir dessa característica é que é possível afirmar serem ou não alienáveis.

Evidentemente inalienáveis, as ilhas fluviais que pertencem exclusivamente à União Federal ou ao Estado em que se encontram, não podem ser adquiridas por terceiros, pessoas físicas e jurídicas (artigo 100, CC/2002). O que tais indivíduos podem deter, na maioria das vezes, é a posse do local, fundada no direito de uso comum sobre os bens públicos.

Por sua vez, as ilhas particulares são regulamentadas por outros dispositivos legais, mais precisamente o artigo 1.249 do Código Civil e artigos 23 a 25 do Código de Águas. Portanto, as ilhas fluviais particulares poderão ser objeto de alienação, havendo nítida diferenciação entre as ilhas públicas e particulares.

> Ilhas fluviais são as formadas em curso de rios. Nos termos do artigo 1.249 do Código Civil e dos artigos 23 a 25 do Código de Águas, as ilhas formadas no curso de rios particulares (cuja definição quanto à natureza segue a classificação do imóvel no qual se localizam) são, no respectivo trecho, particulares. De acordo com o Código de Águas, são públicas as ilhas que se formarem no álveo de uma corrente pertencente ao domínio público. Assim, as ilhas que se formam no curso dos rios podem ser tanto públicas quanto particulares, dependendo da natureza do rio. Não há maiores entraves para negociação de ilhas particulares.
>
> A tramitação do procedimento de aquisição prescindirá de qualquer requisito específico, bastando o preenchimento dos elementos do negócio jurídico e a apresentação, ao cartório de registro de imóveis competente, do instrumento de transmissão da propriedade (p.ex. a escritura). Quanto às ilhas públicas, essas somente podem ser alienadas desde que obtida autorização prévia do presidente da República e que não haja interesse público, econômico ou social na manutenção do imóvel pela União, nem tal alienação seja inconveniente à preservação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> ambiental e à defesa nacional. Em caso de alienação, essa ocorrerá mediante concorrência ou leilão público e observados os termos da Lei nº. 9.636/1998 (MEYER, 2013, p.1).

Ainda sobre a possibilidade de escrituração da propriedade de ilhas fluviais, Bruno Carbinatto leciona que as ilhas privadas são consideradas imóveis como quaisquer outros e podem ser negociadas livremente e registradas no Cartório de Imóveis. Por sua vez, as ilhas públicas, localizadas em rios que pertencem ao Estado, não podem ser vendidas como um terreno qualquer, mas podem ser utilizadas por particulares através da locação, do aforamento ou da cessão gratuita. Nas três hipóteses a propriedade permanece sendo do Estado (CARBINATTO, 2020).

Apesar do exposto, há uma exceção à inalienabilidade das ilhas fluviais, apontada na doutrina nacional:

> Quanto às ilhas públicas, essas somente podem ser alienadas desde que obtida autorização prévia do Presidente da República e que não haja interesse público, econômico ou social na manutenção do imóvel pela União, nem tal alienação seja inconveniente à preservação ambiental e à defesa nacional. Em caso de alienação, essa ocorrerá mediante concorrência ou leilão público e observados os termos da Lei nº. 9.636/1998 (GRACIANO, 2021, p.1).

Deste modo, é possível que haja a aquisição de ilhas fluviais particulares, dentre as quais se incluem as ilhas formadas por acessão, conforme o artigo 1.249 do Código Civil:

> Art. 1.249. As ilhas que se formarem em correntes comuns ou particulares pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, observadas as regras seguintes:
>
> I - as que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevindos aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais;
>
> II - as que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> III - as que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituíram (BRASIL. 2002).

Em caso de bem particular, observar-se-á as regras estabelecidas nos artigos 104 e seguintes do Código Civil, que regulam a celebração do negócio jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, o qual pode ser instrumento de transmissão de propriedade ou de posse.

Em síntese "a aquisição de ilhas no Brasil dependerá, assim, da identificação de sua natureza e, na sequência, verificada sua regularidade, da tramitação do procedimento necessário ao registro do instrumento competente." (GRACIANO, 2021, p.1). Portanto, há que se observar o procedimento adotado e se a ilha é passível de alienação, sob pena de ser o instrumento de aquisição inválido legalmente e passível de cassação.

3.3 TITULARIDADE DAS ILHAS FLUVIAIS

Ante a prática costumeira de apropriação de bens públicos, consistentes na utilização de ilhas fluviais para recreação, o ordenamento jurídico necessitou esclarecer a situação desses indivíduos frente à sociedade.

É inequívoca a propriedade estatal sobre as ilhas fluviais localizadas nos rios nacionais e estaduais, as quais são inalienáveis, classificadas como bens públicos dominicais. Assim, apesar de não serem donos, com base no conceito trazido pelo Código Civil, os ilheiros podem vir a ser considerados possuidores das ilhas, quando exercerem um dos poderes da propriedade.

Perante o Estado, via de regra, não se dá a posse em si, uma vez que as pessoas podem ser considerados meros detentores das ilhas, em razão do regimento legal das coisas públicas.

> Os bens públicos são objetos necessários ao funcionamento da administração pública e à aplicação das funções do Estado. Por conseguinte, necessitam de um tratamento diverso do que é disposto aos bens particulares e, portanto, as relações inerentes a estes bens são resguardadas pela natureza jurídica do direito público e não do direito privado, afastando-se assim, a eficácia das disposições do Código Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Um dos principais exemplos é a instauração de ações possessórias sobre as áreas públicas que, em tese, não podem ser propostas, visto que os particulares não possuem titularidade para requererem bem público, seja através de usucapião ou de ações declaratórias de posse. Em razão disso, a jurisprudência brasileira vem dispondo a favor da ideia de que a ocupação de particulares sobre bens públicos, não lhes garante qualquer direito possessório, configurando mera detenção (LACERDA, 2018, p.1).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o detentor, é a pessoa que conserva a posse em nome de outro indivíduo. Assim apresenta o Código Civil:

> Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.
>
> Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário (BRASIL, 2002).

Tal qual o aresto a seguir deixa explícito, em relação aos imóveis pertencentes à União e aos Estados, o indivíduo tem apenas a detenção do bem público e não pode manejar ações possessórias em desfavor do Poder Público.

Entretanto, quando há divergência entre dois particulares, ambos litigando sobre o uso de bem público, houve entendimento ser o pedido juridicamente possível a utilização de interditos possessórios, se comprovado que o possuidor deu à coisa sua função social, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. POSSE. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM PÚBLICO DOMINICAL LITÍGIO ENTRE PARTICULARES. INTERDITO POSSESSÓRIO. POSSIBILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL. OCORRÊNCIA.
>
> 1. Na ocupação de bem público, duas situações devem ter tratamentos distintos: i) aquela em que o particular invade imóvel público e almeja proteção possessória ou indenização/retenção em face do ente estatal e ii) as contendas possessórias entre particulares no tocante a imóvel situado em terras públicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. A posse deve ser protegida como um fim em si mesma, exercendo o particular o poder fático sobre a res e garantindo sua função social, sendo que o critério para aferir se há posse ou detenção não é o estrutural e sim o funcional. É a afetação do bem a uma finalidade pública que dirá se pode ou não ser objeto de atos possessórias por um particular.

3. A jurisprudência do STJ é sedimentada no sentido de que o particular tem apenas detenção em relação ao Poder Público, não se cogitando de proteção possessória.

4. É possível o manejo de interditos possessórios em litígio entre particulares sobre bem público dominical, pois entre ambos a disputa será relativa à posse.

5. À luz do texto constitucional e da inteligência do novo Código Civil, a função social é base normativa para a solução dos conflitos atinentes à posse, dando-se efetividade ao bem comum, com escopo nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

6. Nos bens do patrimônio disponível do Estado (dominicais), despojados de destinação pública, permite-se a proteção possessória pelos ocupantes da terra pública que venham a lhe dar função social.

7. A ocupação por particular de um bem público abandonado/desafetado - isto é, sem destinação ao uso público em geral ou a uma atividade administrativa -, confere justamente a função social da qual o bem está carente em sua essência.

8. A exegese que reconhece a posse nos bens dominicais deve ser conciliada com a regra que veda o reconhecimento da usucapião nos bens públicos (STF, Súm 340; CF, arts. 183, § 3°; e 192; CC, art. 102); um dos efeitos jurídicos da posse - a usucapião - será limitado, devendo ser mantido, no entanto, a possibilidade de invocação dos interditos possessórios pelo particular.

> 9. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1296964/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/12/2016)

Em outras palavras, Irajá Lacerda comenta o julgado anterior:

> Na concepção do STJ, a posse de má fé do indivíduo particular sobre bem público, permanece como mera detenção e não lhe confere os direitos possessórios. No entanto, caso haja posse de boa fé, e não invasão, e a discussão possessória seja entre dois particulares, será possível ao particular exercer os direitos sobre o bem como se efetivo possuidor fosse. [...] Assim, é necessário se atentar ao fato de que na relação "particular – poder público" se mantem a ideia de que não é possível o ajuizamento de ações reivindicatórias de direito possessório e, a ocupação se configura mera detenção do bem. Mas, quando se tratar da disputa entre particulares sobre o bem tutelado, ainda que seja bem público, o detentor terá efeitos de possuidor e poderá reavê-los perante a justiça, não havendo impedimentos a serem interpostos pela administração pública, pois a perda do direito possessório não configura prejuízo ao Estado, mas sim ao particular de boa fé que se vê acometido pela má fé de um terceiro (LACERDA, 2018, p.1).

Portanto, antes de atribuir a titularidade das ilhas fluviais é necessário saber se as mesmas pertencem ao Estado e se encontram-se sobre a posse ou detenção de um terceiro, após essa análise é que o titular será identificado. Naquela última situação, o possuidor/detentor poderá utilizar-se dos atos possessórios admitidos em lei para defendê-la de ameaças particulares. Todavia, em face do Poder Público, o particular não poderá utilizar-se desses instrumentos, haja vista a propriedade pertencer àquele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca da possibilidade de aquisição da propriedade de ilhas fluviais no Brasil depende de uma análise prévia se o bem que pretende adquirir é passível ou não de negociação entre particulares ou entre o ente público e um particular.

Isto porque, quando se trata de bem particular, a realização de negócios jurídicos observa o que estabelece o Código Civil, documentando-se a propriedade através da elaboração de escritura pública. Assim se transfere a propriedade também das ilhas privadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, nas ilhas publicas a situação é outra, uma vez que, o bem público está regido por normas constitucionais e administrativas, sob o regime jurídico de direito público e não regidas pelo negócio jurídico do Código Civil.

Ocorre que, não são raras as ocupações de espaços públicos por particulares, ainda mais em regiões em que há grandes propriedades de terra às margens de grandes rios e mares. Nesse contexto, os particulares acabam por delimitar o acesso a bens de uso comum, autodeclarando-se donos dos locais, por normalmente deterem o acesso a tais espaços através bens de sua propriedade.

Haja vista o que determina a Constituição da República Federativa do Brasil, as ilhas fluviais pertencem à União, excetuando-se às de propriedade dos Estados, e por tal motivo são inalienáveis, impassíveis de aquisição por usucapião. Todavia, o uso comum pode desencadear a detenção por particulares.

Apesar de o entendimento estatal declarar esses indivíduos como mero detentores da coisa, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, caso o indivíduo utilize o bem público e lhe garanta a função social, poderá ser considerado possuidor da coisa, com direito de defendê-la inclusive perante outros particulares, através do manejo de atos possessórios, por exemplo. Esse direito não se estende ao Poder Público uma vez ser dele o domínio da propriedade.

Portanto, a possibilidade de propriedade de ilhas fluviais existe apenas em relação às ilhas particulares, não se estendendo as ilhas públicas, já que estas são por lei declaradas inalienáveis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 28 mar. 2021.

CARBINATTO, Bruno. **Ilhas são imóveis com escritura, que nem casas?** Publicado em 2020. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/oraculo/ilhas-sao-imoveis-com-escritura-que-nem-casas/#:~:text=Ilhas%20fluviais%20ou%20lacustres%20podem%20ser%20públicas%2

0ou%20privadas.&text=Ou%20seja%2C%20essas%20ilhas%20têm,um%20imóvel%20entre%20duas%20partes.)>. Acesso em 20 abr. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único** / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto, 1938- **Direito das coisas**. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012. – (Coleção sinopses jurídicas; v. 3).

GRACIANO, Bernardo Freitas. Uma Ilha Para Chamar De Sua? IBRADIM – Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário, 2021. Disponível em: <https://ibradim.org.br/uma-ilha-para-chamar-de-sua/>. Acesso em 21 abr. 2021.

LACERDA, Irajá. Posse ou mera detenção de bem público? Olhar jurídico, 05 fev. 2018. Disponível em: <https://www.olharjuridico.com.br/artigos/exibir.asp?id=818&artigo=posse-ou-mera-detencao-de-bem-publico>. Acesso em 20 abr. 2021.

MEYER, Machado. Como adquirir ilhas no Brasil. Publicado em 2013. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/imobiliario/como-adquirir-ilhas-no-brasil>. Acesso em 18 abr. 2021.

PAREJO, Luiz Carlos. Ilhas - Maritmas, fluviais, lacustres e arquipélagos. Uol Educação, 28 de maio de 2014. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/geografia/ilhas-maritmas-fluviais-lacustres-e-arquipelagos.htm>. Acesso em 18 abr. 2020.

PENA, Rodolfo F. Alves. "Tipos de ilha"; *Brasil Escola*. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/tipos-ilha.htm. Acesso em 22 de abril de 2021.

RICARTE, Renê *et. al.* **A evolução do direito de propriedade ao longo das Constituições brasileiras, com ênfase na ideia de função social da propriedade.** Jus.com, 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32656/a-evolucao-do-direito-de-propriedade-ao-longo-das-constituicoes-brasileiras-com-enfase-na-ideia-de-funcao-social-da-propriedade>. Acesso em 28 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. – 8. ed. rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS MONTADORAS DECORRENTE DE ACIDENTES AUTOMOBILÍSTICO PROVOCADO POR VEÍCULOS AUTÔNOMOS NO BRASIL

WEDHER VALERIANO DE ALMEIDA CRUZ: Graduando em Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins.

MURILO SUDRÉ MIRANDA2

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como escopo analisar de que maneira os acidentes decorrentes dos veículos autônomos poderão ser resolvidos em nosso ordenamento jurídico. Estudo busca mostrar os diversos problemas acerca de apontar o real responsável pelos danos causados e até mesmo quem será o responsável por esses danos, nesse sentido este trabalho consiste em analisar se haveria necessidade de criação de uma nova personalidade jurídica, sendo imprescindível também, o estudo sobre a responsabilidade civil, além de analisar se as montadoras poderão ser responsáveis pelos danos causados.

Palavras-chave: Carros Autônomos. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade civil.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da tecnologia nos dias de hoje muda radicalmente a maneira que vivemos e nos transportamos. Com isso, os meios de transporte não deixam de passar por essa evolução tecnológica. A pesquisa objetiva estudar a responsabilização das montadoras em caso de acidentes causados por veículos autônomos, na perspectiva jurídica.

Com a ascensão e a produção desses veículos a todo vapor surge um enorme debate sobre o tema, em vários países debatem qual seria a melhor forma de tutelar e garantir que em caso de acidente alguém seja responsabilizado por esses erros.

Em todo mundo percebe-se discussões são fervorosas principalmente pela perspectiva que temos que as máquinas são melhores que o homem, não podendo ser

2 Orientador, pós-graduado em Processo Civil, advogado, professor da Disciplina de Processo Civil no Centro Universitário Católica do Tocantins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

suscetíveis a falhas, principalmente por os erros gerarem danos e até perdas de vidas humanas.

A sempre um lado mais progressista e aberto ao novo, que argumentam que não importa os danos que podem trazer ou causar, uma vez que faça e tome um maior número de ações assertivas maiores que nos humanos e traga muita mais segurança que prejuízos.

já os mais conservadores alegam que antes de nós colocarmos à mercê desses carros, vidas humanas deveremos ter resultados em concreto da real efetividade desses veículos além de uma legislação de trânsito preparada para tal acontecimento.

A proposta é fazer uma discussão sobre os veículos autônomos e seus principais pontos de controvérsia e com isso problematizar a responsabilização civil das montadoras quanto aos riscos criados por esses veículos em circulação.

2. CONCEITO E FUNCIONAMENTO DOS CARROS AUTÔNOMOS

A ideia de criar um veículo totalmente autônomo não foi de agora, já faz bastante tempo que filmes e séries futurísticas traziam essa temática. Os automóveis em desenvolvimento e em circulação, nos mostram o alto grau de disseminação desses carros, hoje as pessoas de países desenvolvidos já não se assustam ao olhar para os veículos da Tesla, Montadora Norte americana, e se perguntarem porque o motorista não está com as mãos ao volante ou até mesmo por estar lendo livro ou mandando uma mensagem olhando para celular com o carro em movimento.

Antes de falarmos do funcionamento desses veículos precisamos primeiro conceituar o que seria um veículo automatizado, de acordo com Perelmuter (2019, p. 311), os carros autônomos são todos aqueles capazes de perceber o ambiente á sua volta por meio de sensores dos mais diversos tipos, e através desses dados tratados pela inteligência artificial guiar o automóvel. Os dados coletados através desses sensores são capazes de orientar a Inteligência artificial para que decida qual ação tomar no trânsito e qual será a ação menos prejudicial para o passageiro conforme explicado por Perelmuter (2019):

> Normalmente. Veículos autônomos utilizam os dados obtidos através de diversos sensores para definir qual a próxima ação a ser tomada – aumentar a velocidade para fazer uma curva. Os algoritmos que tomam essas decisões são baseados em modelos treinados com amostras obtidas no mundo real em um processo

> que procura explorar a maior quantidade possível de exemplos. (PERELMUTER, 2019, p.326).

A automatização desses carros e bem exemplificada usando um quadro didático criado pela *National Highway Traffic Safety Administration* - NHTSA publicou uma escala com cinco níveis diferentes, que variam de acordo com a automatização do sistema.

No nível 0 o motorista humano faz toda a direção; já no nível 1 possui um sistema avançado de assistência ao motorista (SDA) no veículo pode, às vezes, auxiliar o motorista humano tanto na direção quanto na frenagem / aceleração, mas não os dois simultaneamente; no nível 2 possui um sistema avançado de assistência ao motorista (SDA) no veículo pode, por si só, controlar a direção e a frenagem / aceleração simultaneamente em algumas circunstâncias. O motorista humano deve continuar a prestar atenção total ("monitorar o ambiente de direção") em todos os momentos e realizar o resto da tarefa de direção; no nível 3 o sistema de direção automatizado (SDA) no veículo pode, ele mesmo, executar todos os aspectos da tarefa de direção em algumas circunstâncias. Nessas circunstâncias, o condutor humano deve estar pronto para retomar o controle a qualquer momento quando o SDA solicitar que o condutor humano o faça. Em todas as outras circunstâncias, o motorista humano realiza a tarefa de dirigir; já no nível 4 o sistema de direção automatizado (SDA) no veículo pode realizar todas as tarefas de direção e monitorar o ambiente de direção - essencialmente, fazer toda a direção - em certas circunstâncias. O humano não precisa prestar atenção nessas circunstâncias; por fim, no nível 5 o sistema de direção automatizado (SDA) no veículo pode fazer toda a direção em todas as circunstâncias. Os ocupantes humanos são apenas passageiros e nunca precisam estar envolvidos na condução.

A maioria dos veículos são comercializados no mundo são de nível 1, inclusive no Brasil. Os carros mais caros e responsáveis pelo seguimento de luxo no nosso país já são de categoria de nível 2.

Como podemos ver os níveis 2 e 3 precisam da atenção humana, a expectativa é que, contrariando as recomendações da NHTSA, órgão regulamentador dos Estados Unidos, o grau de atenção em veículos semiautônomos seja aquém do necessário (RODRIGUES, 2019, p.731). A conclusão que chegaram é que um motorista não pode, imediatamente, tomar o controle de um veículo de forma segura, precisando de um alerta prévio, como dado em veículos autônomos de nível 3; o tempo de antecipação desse alerta prévio não e informado pela NHTSA.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A palavra responsabilidade tem sua concepção da palavra latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor nos contratos feitos na época de maneira verbal, dentre todas as noções de responsabilidade algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas destaque-se aquela de aspecto de realidade social.

Importante dizer que a responsabilidade civil tem como intuito principal a garantia do ato lícitos e sua repressão, determinando deveres legais que englobam as pessoas em relação aos direitos absolutos, ou a certos grupos ao tratar de direitos relativos. Sobre isso o doutrinador Cavalieri Filho (2010, p. 2) afirma que caso um dever jurídico seja violado, será caracterizado como ato ilícito e, normalmente, ele ocasiona em dano para outra pessoa, constituindo um novo dever jurídico, qual seja o de reparar o dano.

Nessa linha, vale destacar a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social (GONÇALVES, 2019).

A responsabilidade civil trata de um instituto altamente dinâmico e flexível, que se transforma à medida que as sociedades demandam, sempre na busca de atender os anseios sociais que surgem.

O instituto faz parte da estrutura primordial do direito brasileiro principalmente por tutelar direito de qualquer um que tenha sofrido dano moral ou de esfera patrimonial, assim é importante destacar o ensinamento de Marco Aurélio Bezerra de Melo, defende que a responsabilidade civil representa uma obrigação patrimonial de reparar o dano material ou compensar o dano moral, decorrente da inobservância por parte do defensor de um dever jurídico.

A tendência das civilizações ao tratar do assunto e tornar todo aquele que sofreu danos injustamente, protegidos e amparados. A obrigação de indenizar se

molda na pratica de um ato ilícito ou também obrigação pode decorrer do exercício de uma atividade perigosa nessa linha vale destacar a lição de, Carlos Roberto Gonçalves:

> Via de regra a obrigação de indenizar assenta-se na prática de um fato ilícito. É o caso, por exemplo, do motorista, que tem de pagar as despesas médico-hospitalares e os lucros cessantes da vítima que atropelou, por ter agido de forma imprudente, praticando um ato ilícito. Outras vezes, no entanto, essa obrigação pode decorrer, como vimos, do exercício de uma atividade perigosa. O dono da máquina que, em atividade, tenha causado danos a alguém (acidentes de trabalho, p. ex.) responde pela indenização não porque tenha cometido propriamente um ato ilícito ao utilizá-la, mas, sim, por ser quem, utilizando-a em seu proveito, suporta o risco (princípio em que se funda a responsabilidade objetiva) (GONÇALVES, 2019).

Vale ressaltar que a responsabilidade civil é dividida em modalidades, temos a contratual e a extracontratual, objetiva ou subjetiva e por fato próprio ou de outrem. A responsabilidade civil contratual e a extracontratual apresenta uma diferença quando falamos de deveres jurídicos, quando violados, ensejam a responsabilidade civil do agressor.

Essa diferença decorre de um vínculo obrigacional preexistente, no qual o dever de indenizar apresenta uma consequência de adimplemento (CAVALIERI, 2012, p.18). Por outro lado, nas situações que esse dever emanar através de uma lesão ao direito subjetivo sem que a vítima e ofensor tenha qualquer relação jurídica preexistente, temos então uma relação jurídica extracontratual.

3.1. Responsabilidade Civil Objetiva

Na teórica clássica a culpa de um indivíduo se baseava no fundamento da responsabilidade, chamado de teórica da culpa, ou "subjetiva, ela pressupõe a culpa como um fundamento basilar da responsabilidade civil, logo não tendo o elemento culpa não poderíamos falar de responsabilidade, para a responsabilização demanda a presença de quatro elementos basilares para sua caracterização, sendo estes a conduta culposa, abrangendo tanto o dolo quanto a culpa, a imputabilidade, o dano e o nexo de casualidade.

O código civil brasileiro, regulou grande número de casos especiais de responsabilidade objetiva, e designou como regra a teoria "subjetiva, podemos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

verificar essa sistemática no art. 186, que elenca a culpa e o dolo como fundamentos para a obrigação de reparar o dano causado" (GONÇALVES, 2019), vale destacar que quando e abordado a culpa do a gente na teoria "subjetiva" considera a culpa tanto no seu sentido amplo (culpa *latu sensu*) quanto no *stricto sensu*, como também engloba o dolo do autor da ação ou omissão.

Na culpa e no dolo há conduta do agente causador, para caracterizar culpa a conduta nasce lícita e tornando ilícita na medida que desvia dos padrões adequados socialmente aceitos enquanto que no dolo a conduta já nasce ilícita com o objetivo de violação do dever jurídico. Seguindo essa corrente o jurista Flávio Tartuce menciona:

> O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do CC. Nos termos do que consta do art. 944, caput, do Código Civil, presente o dolo, vale a regra do princípio da reparação dos danos, o que significa que todos os danos 4.2.3.2 suportados pela vítima serão indenizados. Isso porque, presente o dolo do agente, em regra, não se pode falar em culpa concorrente da vítima ou de terceiros, a gerar a redução por equidade da indenização. Porém, 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 (art. 945 do CC) (TARTUCE, 2020, p.754).

Oportuno dizer que existe duas espécies de dano a patrimonial e a extrapatrimonial sendo chamado de dano material e dano moral. O dano material e produzido nas situações que se faz uma ofensa aos direitos da personalidade, bem como como o direito à honra como também a privacidade. Já o dano material consiste quando e provocados perdas e prejuízos que atingem o patrimônio do ofendido.

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar:

> Como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (BITTAR, 1998, p. 41)

Já o dano material consiste quando e provocados perdas e prejuízos que atingem o patrimônio do ofendido.

Cumpre ressaltar que atual codificação do direito civil se faz necessário uma análise dos diferentes graus de culpabilidade com o que o autor da violação poderá atuar, ela deverá ser analisada objetivamente, isto e, segundo grau de causalidade do ato de cada um, preceitua o aludido art. 945 que a repartição de responsabilidades se dará de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de 1/4, 2/5, dependendo de cada caso.

Ademais é importante observar outro elemento basilar que deve estar contido para que a responsabilidade civil subjetiva possa ser imputada ao agente causador. A imputabilidade não é nada mais que a capacidade de discernimento de seus atos. Segundo Gonçalves (2019, p. 39), "aquele que não pode querer e entender não incorre em culpa e, ipso facto, não pratica ato ilícito", dano que talvez seja previsível para um adulto talvez não seja para uma criança, a existência de imputabilidade do agente somente será verificada em momento posterior à conduta do ofensor e a subsequente análise do nexo de causalidade entre conduta e dano provocado a vítima.

Ademais, é importante ressaltar que o dano representa um dos pressupostos mais importantes da responsabilidade civil, para que seja reconhecido o dano e necessário que a vítima comprove que sofreu algum dano, em via de regra não há responsabilidade civil sem a devida comprovação do dano, além da prova de culpa ou dolo por alguém, cabendo o ônus da prova ao autor da demanda. (TARTUCE 2020, p. 776). No entanto cabe lembrar que em alguns casos e admitido a inversão do ônus da prova do dano ou prejuízo, como nas hipóteses que envolvem relações consumerista.

Segundo Tartuce, "o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém". Sem a análise desse liame não se pode identificar, nos fatos, a causa do dano e nem quem os causou.

Não é, entretanto, apenas um fato que contribuiu para a ocorrência do dano, mas a interpretação que se faz sobre ele, o liame que une a conduta do agente ao dano constitui elemento essencial, seja qual for o sistema adotado ao caso, subjetivo ou objetivo, salvo em circunstancias especialíssimas, não haverá responsabilidade sem nexo causal.

3.2 Responsabilidade Civil Subjetiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os conceitos que foram trabalhados e expostos no estudo da responsabilidade civil objetiva constituem aspectos gerais aplicados a qualquer um dos instituídos da responsabilidade civil, e importante frisar que na responsabilidade objetiva só não encontrasse o elemento da culpa, contudo, também teremos a presença de uma atividade ilícita que resulta em um dano e, necessita da relação de causalidade para que seja constituído o dever de indenizar. Essa indispensabilidade da relação de causalidade se deve pelo fato de que, mesmo na responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa a produção do dano.

Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano:

> A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com violação de um dever jurídico, normalmente de cuidado (como se verifica nas modalidades de negligência ou imprudência) (GAGLIANO, 2019, p.1349).

Para evitar receptividade de conceitos fundamentais para a compreensão da responsabilidade civil, reportamos que já foi abordado a respeito desses elementos nas explanações sobre a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade subjetiva se configura independentemente da comprovação de culpa do ofensor, ela pode até existir, mas não é elemento de relevância para a caracterização da responsabilidade objetiva.

Para sua caracterização será necessária a prova do dano que a vítima sofreu ligada com nexo de causalidade da conduta do agente nas palavras de Gonçalves (2019, p.57) "Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano".

Impede ressaltar que a responsabilidade objetiva tem como alicerce a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade que cria um risco de danos a terceiros, deverá ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

A responsabilidade move-se da noção de culpa para ideia de risco, ora encarada como "risco-proveito", que se funda no princípio segundo o qual será reparável o dano causado a outrem por consequência de atividade realizada a proveito do responsável, ora mais genericamente como "risco criado", a que se subordina todo

aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. (GONÇALVES, 2019, p.57).

Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade que cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa

3.3 Responsabilidade civil por fato de outrem

Em regra, na responsabilidade civil é que cada um respondera pelos próprios atos que resultarem dano, conforme a inteligência do artigo 927 do Código Civil, onde se afirmar que aquele que provocar o dano fica obrigado a repará-lo. Excepcionalmente o artigo 932 do código adota a responsabilidade civil por fato de outrem, criando a possibilidade de uma pessoa responda por fatos praticados por terceiros. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

> A regra em sede de responsabilidade civil é que cada um responda por seus próprios atos, exclusivamente pelo que fez, conforme salientado quando tratamos da conduta (item 6.4). É o que tem sido chamado de responsabilidade direta, ou responsabilidade por fato próprio, cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da reparação. Excepcionalmente, nas hipóteses previstas no art. 932 do Código Civil (correspondente ao art. 1.521 do Código revogado) uma pessoa pode vir a responder pelo fato de outrem. Teremos, então, a responsabilidade indireta, ou responsabilidade pelo fato de outrem (CAVALIERI, 2012, p.204).

Entretanto a responsabilização não corre de maneira arbitraria e indiscriminadamente, o dever de indenizar nesse caso não pode ser transmitido a terceiros que não atuaram diretamente para provocar o dano sem que tenham alguma relação com ofensor (CAVALIERI, 2012, p.204). A legislação estabelece que é necessário um vínculo jurídico, dever de guarda, vigilância ou custódia, entre autor do ato ilícito e o terceiro que será responsabilizado.

3.4 Responsabilidade civil pelo fato das coisas

O estudo desse instituto e de enorme valia principalmente pelas mudanças ocorridas no atual mundo que vivemos, com a introdução da tecnologia que visa nos trazer um maior conforto além de rapidez, mas que, por serem perigosos, podem acarretar a danos aos outros. Com tudo isso falado almejando diminuir esses danos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

devemos agir de forma a observância do dever jurídico de vigilância e cuidado com as coisas que usamos sob pena de incumbir-nos a reparação do dano por elas produzido. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

> Superiores razões de política social impõem-nos, então, o dever jurídico de vigilância e cuidado das coisas que usamos, sob pena de sermos obrigados a reparar o dano por elas produzido. É o que se convencionou chamar de responsabilidade pelo fato das coisas - ou, como preferem outros, responsabilidade pela guarda das coisas inanimadas. (CAVALIERI, 2012, p.226).

A análise da responsabilidade pelo fato das coisas provoca perguntas acerca da possibilidade de atribuir o dever de indenizar a coisa inanimada, que não possui vontade própria nem patrimônio para a viabilização reparação de danos.

Todavia a correta abordagem deve ser realizada, afastando a interpretação literal que seu nomen iuris pode indicar. Importante ressaltar que este comportamento humano não deve ser identificado como uma conduta culposa do ofensor, mas sim como algo que deveria ter funcionado regularmente, mas por algum motivo não funcionou.

Outro civilista de importante atuação, Marco Aurélio Bezerra de Melo também realiza uma observação importante ao instituto ao mostrar a existência de duas correntes que se contrapõem na fundamentação da responsabilidade civil pelo fato da coisa (BEZERRA DE MELO, 2015, p. 280 e 281)

A primeira corrente defende a culpa presumida, na qual caberia ao responsável o dever de indenizar demonstrar que não houve nenhuma irregularidade de sua parte, e por esse motivo conseguir isentar-se da responsabilidade. Já a outra corrente sustenta que a fundamentação deve ser extraída da teoria do risco e, por conseguinte, o guardião fica obrigado a responder independentemente de sua culpa, somente sendo dispensado se cumprir esse dever nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior (BEZERRA DE MELO, 2015, p. 280 e 281)

Portanto fica nítido que se trata da responsabilidade pelo fato da coisa, na medida em que dano foi provocado por uma ação humana não culposa como, por exemplo, o caso de um homem que guia seu veículo, em via sem movimento, sem se atentar que, logo após cair em um buraco o disco de freio tinha quebrado em virtude da falta de freio não conseguiu reduzir e velocidade e acabou derrubando o muro de uma casa e colidindo com um pedestre.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3.5 **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor**

A responsabilidade civil também instituto adotado pelo código de defesa do consumidor no seu artigo 12, ele traz que "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

Segundo Tartuce e Neves:

> A englobar tanto o fornecedor de produtos quanto o prestador de serviços, estabelece o art. 3º, caput, da Lei 8.078/1990 que "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços". A palavra fornecedor está em sentido amplo, a englobar o fornecedor de produtos – em sentido estrito – e o prestador de serviços. (TARTUCE e NEVES, 2018, p.89)

O código de defesa adota o sistema da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados direto ao consumidor, isto é, independe do elemento culpa. Basta que a vítima prove o dano sofrido e o nexo causal, basta que consumidor que sofreu o dano comprove liame de causalidade entre o defeito do serviço e o evento danoso experimentado pelo consumidor, Carlos Roberto Gonçalves diz o seguinte:

> Ao adotar o sistema da responsabilidade civil objetiva pelos danos causados a direitos do consumidor, o legislador brasileiro tomou o mesmo passo das modernas legislações dos países industrializados, como os Estados Unidos, a Inglaterra (Consumeer Protection Act, de 1987), a Áustria, a Itália (Lei n. 183/87), a Alemanha e Portugal. (GONÇALVES, 2019, p.376).

Na responsabilidade civil presente no Código de defesa do consumidor apresenta duas espécies, a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço. O fato do produto está relacionado à situação que tornava o produto inseguro (acidente de consumo), já a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

responsabilidade por vicio do produto consiste na falha de adequação qualidade/quantidade, trazendo uma frustração de consumo ao consumidor.

O artigo 18 a 20 do CDC, tratam das situações que os fornecedores possuem responsabilidade solidaria pelos vícios de quantidade ou qualidade. Segundo Sílvio de Salvo Venosa

> A responsabilidade por vício do produto e do serviço está estabelecida nos arts. 18 a 20 do CDC, não se confundindo com a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Os defeitos aqui são intrínsecos aos produtos e não se cuida dos danos causados por eles, como já visto. Os artigos tratam do defeito do produto por vícios de qualidade e quantidade, impropriedade ou inadequação para a respectiva finalidade. Trata-se do quilo que tem apenas 900 gramas; do limpador que não limpa; do rádio que não capta devidamente as estações na frequência anunciada (...) (VENOSA, 2009, p.248)

De acordo com o artigo 19, do CDC, a responsabilidade pelos vícios de quantidade do produto sempre que seu conteúdo for líquido e inferior às indicações constantes no recipiente, da embalagem, do rótulo ou de publicidade, podendo o consumidor, exigir o abatimento do preço, a complementação do peso ou medida, a substituição, a restituição imediata da quantia paga mais perdas e danos.

4. MONTADORAS IRÃO RESPONDER POR DANOS CAUSADOS PELOS VEÍCULOS AUTÔNOMOS?

Não será fácil apontar quem é o responsável por acidentes em veículos autônomos, já que os sinistros envolvendo esses carros poder ter diversas causas e eventos.

Em primeiro lugar, devemos enfatizar que, desde que haja uma possibilidade clara de identificação e o apontamento de falhas no software embarcado no veículo ou nos sensores e câmeras ou até mesmo que o acidente foi causado por ação ou omissão advinda da direção autônoma fica fácil de imputar a responsabilização.

Obviamente, nesses incidentes, a responsabilidade civil deve ser objetiva, fixando a responsabilidade do fabricante, em vista que estaremos diante de um defeito do produto fornecido pelo produtor, conforme preceitua o artigo 12, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - sua apresentação;
>
> II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi colocado em circulação.

A responsabilidade do fabricante não se limita à compensação por danos causados ao cliente, mas também inclui quaisquer danos causados a terceiros. Essa e a inteligência do artigo 17 do CDC que equipara aos consumidores todas as vítimas do evento.

De outra ótica, devemos destacar os casos que não for possível identificar o erro no produto, como por exemplo nos casos de os acidentes forem causados unicamente por causa das decisões autônomas tomados pela inteligência artificial, sem que haja interferência humana que desencadeiam danos a terceiros.

No presente caso encontramos empecilhos na Teoria Geral da Responsabilidade Civil, segundo ela leciona, exceto nos casos da responsabilidade pelo fato de outrem, respondera pelo dano quem o provocar por conduta própria, o que torna os conceitos atuais de responsabilidade civil inaplicáveis, já que a fabricante e o proprietário do veículo não possuem qualquer tipo de controle sobre as decisões tomadas pelo carro.

Contudo, as modalidades de responsabilidade civil presente no nosso ordenamento, sendo essas a responsabilidade subjetiva e objetiva, são insuficientes para proteger e suprir as novas demandas proporcionadas por essas inovações tecnológicas, diante desses obstáculos que dificultam e atrapalha a atribuição da responsabilidade pelas condutas próprias nos danos causados exclusivamente pelas condutas dos carros outonamos, consideramos essencial propor que as maquinas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dotadas de inteligência artificial devem ter reconhecidas uma natureza jurídica própria, como ocorre com as pessoas jurídicas.

Por isso propormos a criação de uma personalidade jurídica especifica que regulamente os direitos e deveres dessa nova personalidade e como consequência a fixação da responsabilidade civil dos atos praticados pela inteligência artificial.

Essa conclusão decorre da observação de que, as máquinas comandadas por uma inteligência artificial, que não dependem de qualquer interferência humana, podem provocar algum dano, elas podem ser imputáveis á responsabilidade por seus próprios atos. Nestes casos, os robôs deveriam responder de forma objetiva, Independiente da análise de culpa.

No entanto como os carros dotados de inteligência artificial não possui patrimônio próprio nem capacidade civil para responder por seus atos, acreditarmos a melhor opção para garantir que danos sejam indenizados não causando uma grande instabilidade social, seja a atribuição da responsabilidade civil objetiva ao próprio veículo, permitindo a desconsideração dessa nova personalidade jurídica para alcançar o patrimônio da fabricante do carro.

Essa logica e adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, no qual, o produto e o serviço causando o dano, o fornecedor e responsável pelos donos. Assim afirma Rizzatto Nunes:

> Mas ainda existe um outro reforço dessa justificativa e que formatará por completo o quadro qualificador que obrigou o sistema normativo a adotar a responsabilização objetiva. É o relacionado não só à dificuldade da demonstração da culpa do fornecedor, assim como ao fato de que, efetivamente, muitas vezes, ele não tem mesmo culpa de o produto ou serviço terem sido oferecidos com vício/defeito. Essa é a questão: o produto e o serviço são oferecidos com vício/defeito, mas o fornecedor não foi negligente, imprudente nem imperito. Se não tivéssemos a responsabilidade objetiva, o consumidor terminaria fatalmente lesado, sem poder ressarcir-se dos prejuízos sofridos (como era no regime anterior). Aqueles 100 consumidores que adquiriram os liquidificadores com

> vício/defeito, muito provavelmente, não conseguiriam demonstrar a culpa do fabricante. (NUNES, 2018, pag,149).

Outra solução viável e menos trabalhosa seria a criação de um seguro coletivo obrigatório, uma vez que seguro cobrira a indenização devida para reparar todos os danos provocados pelos veículos autônomos. Essa alternativo nos demonstra mais realista para o Brasil que possui um legislativo lento.

Esse seguro encontra fundamento jurídico na responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco social. De acordo com essa teoria a reparação estaria a cargo de toda a coletividade, dando ensejo ao que se denomina de socialização dos riscos sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa reparação pelo dano sofrido.

Entretanto, essa opção social não pode prejudicar nenhuma vítima. Dessa forma, todos os proprietários de veículos devem pagar obrigatoriamente o seguro que devera indenizar qualquer dano causado.

CONCLUSÃO

O avanço da tecnologia tem permitido mudanças na forma que nos relacionamos e nos movemos, tornando real os veículos autônomos, através de esforços em pesquisa e inovação. Embora esses veículos sejam criados para tornar a vida mais segura e mais rápida, acabam por abalar um pouco mundo jurídico, por não conseguirmos acompanhar a passos tão rápido quanto da inovação, nosso ordenamento jurídico e as leis trabalham mais de forma corretiva do que preventiva.

Atualmente, a responsabilidade civil por acidentes automobilísticos recai, muito comumente, ao motorista do veículo. Conforme o veículo for usurpando a função do motorista, a responsabilidade inegavelmente será, pelo menos em parte, repassada ao fabricante.

Caso seja atribuído, por nossos legisladores, a responsabilidade objetiva dos fabricantes (art. 12 do CDC), pode ocorrer dos custos dos veículos ser demasiadamente alto, principalmente por ter risco atrelado ao produto de difícil previsão, tornando inviável a implementação desses veículos no Brasil.

No entanto, existem situações de impossibilidade de aplicação do art. 12 do CDC, quando não for possível identificar a falha que ocasionou o acidente, será necessária a criação de uma personalidade jurídica específica que regulamente os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

direitos e deveres da inteligência artificial, consideramos essencial que as máquinas dotadas de inteligência artificial devem ter sua natureza jurídica própria.

Outra forma de contornar o problema seria a criação de um seguro coletivo obrigatório, no mesmo formato do DPVAT criado pela Lei n° 6.194/74 com a finalidade de amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, o seguro para veículos outonamos servira para indenizar vítimas, não importando de quem seja a culpa dos acidentes, que seria cobrado anualmente dos proprietários desses veículos.

Espera-se que com a discussão do assunto possam ser definidos critérios de responsabilização e trazer maior segurança e clareza jurídica para as montadoras e principalmente para o consumidor que e um dos principais afetados por esse novo fenômeno.

REFERÊNCIAS

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. **Curso de Direito Civil**, vol. IV (Responsabilidade Civil), tomo I. São Paulo: Atlas, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto**. Reparação Civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm >. Acesso em: 18/05/2021.

_____. **Lei nº. 6.194, de 19 de dezembro de 1974**. Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores. Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6194..htm >. Acesso em: 19/05/2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio Filho. **Programa de Reponsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. Volume único. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. Volume 4. 14.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PERELMUTER, Guy. **Futuro Presente**: o mundo movido a tecnologia. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2019. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B085HGD2TG>. Acesso em: 02 out. 2020

RODRIGUES, J.C. **O carro que dirige por mim**: estamos preparados para a era dos carros autônomos?. São Paulo: Neuremotion, 2019, p. 177. Disponível em: < https://ler.amazon.com.br/?asin=B07MBBFV4B>. Acesso em: 01 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

_____; NEVES**,** Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Volume Único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Volume 4 (Responsabilidade Civil**)**. Editora Atlas: São Paulo. 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

PATERNIDADE SOCIOAFETIVA: A MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

GABRYELLE MOREIRA PASSOS: Graduanda do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE[3]

(orientador)

RESUMO: Dentre os inúmeros temas relacionados à família, encontra-se a multiparentalidade, que é o reconhecimento no campo jurídico a filiação – amor, afeto e atenção - que já existe no campo fático. Nesse aspecto é importante analisar os arranjos familiares e sua consagração jurídica através da filiação socioafetiva. Dessa forma, a presente pesquisa possui a finalidade de discutir sobre a equiparação da relação socioafetiva com a consanguínea. Assim, encontra-se que de um lado existe a verdade biológica, facilmente comprovada com um exame de DNA, que demonstra a ligação biológica entre duas pessoas, e de outro lado, há o estado de filiação, que decorre do convívio diário e do cotidiano vivido entre pais e filhos, que constitui o fundamento essencial da paternidade ou maternidade. A paternidade não é só um ato físico, mas uma opção, adentrando, a área afetiva. Cabendo, assim, ao direito identificar o vínculo de parentesco entre pai e filho e responsabilizar o genitor aos deveres do poder familiar. Assim, esse estudo visa expor através de uma pesquisa indireta, com análise qualitativa de argumento indutivo, sobre as características da filiação socioafetiva e sua influência na multiparentalidade.

Palavras-chave: Paternidade. Socioafetiva. Multiparentalidade. Brasil.

ABSTRACT: Among the countless themes related to the family, there is the multiparenting which is the recognition in the legal field the affiliation - love, affection and attention - that already exists in the factual field. In this regard, it is important to analyze family arrangements and their legal consecration through socio-affective affiliation. In this way, the present research has the purpose of discussing about the equation of the socio-affective relationship with inbreeding. Thus, it is found that on the one hand there is the biological truth, easily proven with a DNA test, which demonstrates the biological connection between two people, and on the other hand, there is the state of affiliation, which arises from the daily and daily coexistence lived between parents and children, which constitutes the essential foundation of paternity

[3] Professor Orientador do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail:

or motherhood. Paternity is not just a physical act, but an option, entering the affective area. Thus, it is up to the right to identify the kinship link between father and son and hold the parent responsible for the duties of family power. Thus, this study aims to expose through indirect research, with qualitative analysis of inductive argument, on the characteristics of socio-affective affiliation and its influence on multiparenting.

Keywords: Paternity. Socio-affective. Multiparenting. Brazil.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Família: reflexos no sistema jurídico. 3.1 O afeto nas relações familiares: consagração. 4. Da filiação socioafetiva. 5. Da discussão da temática proposta. 5.1 Da multiparentalidade. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a civilização era formada por um grupo indeterminado de pessoas. Esses grupos, unidos pela afetividade ou consaguinidade, eram o expoente inicial de um novo modelo a surgir: a família. Esse modelo que se iniciou – derivada do latim *"famulus"* – se tornou a base de uma sociedade que seria formada ao longo da história da humanidade.

Sendo a família caracterizada por uma união de pessoas ligadas por laços sanguíneos e/ou por afinidades, é natural que esse mesmo grupo tenha variadas ramificações. Se antes a família tinha os seus membros baseados em "pai, mãe e filhos" no que tange aos dias atuais, a família se forma em diferentes tipos. Entre esses tipos, tem-se a família paterna socioafetiva.

Essa denominação sofreu profundas transformações ao longo da história. Entretanto, somente nos dias atuais, é que a família socioafetiva paternal obteve um alcance social e jurídico, pois é inevitável a sua inserção na sociedade atualmente. Na última década é notório o crescimento de questões envolvendo esse tipo de relação, abrindo espaço não somente para a união entre pais e filhos, mas também as suas consequências decorrentes dessas relações.

Frente a isso, surge no meio jurídico brasileiro a efetiva conceituação da filiação socioafetiva e a sua real extensão. Ainda que a legislação nacional tenha abrangido inúmeras formações familiares, a família constituída basicamente entre pais e filhos, tem sido motivo de muitas discussões e debates a respeito da sua formação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As relações socioafetivas trouxeram uma ampliação no conceito de família, uma vez que a família tradicional deixou de ser o único meio de se formar uma família. Essa evolução tem feito a sociedade avançar nas questões envolvendo a família.

A discussão desse tema repassa justamente pela importância que a filiação socioafetiva tem causado na sociedade atual. Dentro desse contexto, encontra-se, por exemplo, a paternidade socioafetiva. A paternidade nem sempre é vista com bons olhos pela grande maioria da sociedade, uma vez que é mais plausível os filhos serem melhores cuidados pelas mães. O preconceito que se teme na relação entre os pais e seus filhos ainda é grande.

Dessa forma, a ideia inicial na busca da análise dessa temática recai, sobretudo, na diminuição do preconceito estabelecido pela sociedade, em relação à naturalidade da família formada e protagonizada pelo pai. O afeto, o amor e a responsabilidade, podem sim ser amplamente praticados pelo pai, principalmente quando não se tem uma relação consanguínea.

É de extrema importância entender sobre esse assunto, pois além de ser atual, mostra que as relações familiares vão muito além do laço de sangue ou de um sobrenome. Na relação de paternidade socioafetiva, busca-se externar o verdadeiro amor de um pai com seu filho, educando-o, criando-o, respeitando-o, independentemente da questão biológica.

Há também que se analisar a questão envolvendo a multiparentalidade. Nesse sentido, objetiva-se neste estudo uma análise a respeito desse instituto e suas reflexões no que tange a equiparação ou prevalência da filiação socioafetiva com relação à biológica.

Frente a isso, cabe implantar os seguintes questionamentos: existe diferença entre filiação socioafetiva e biológica no que tange ao direito de guarda, visitas, alimentos e sucessão? e; A paternidade socioafetiva prevalece sobre a biológica?

Expor essa temática frente a uma sociedade cada vez mais conectada entre si traz inúmeros questionamentos, tais como os apresentados acima, e que são essenciais para entender o seu objetivo e a sua adequação numa realidade atual, tornando assim necessário o seu debate.

2. METODOLOGIA

Na metodologia empregada, a partir da revisão bibliográfica realizada, foram encontrados 15 (quinze) artigos, a grande maioria de revistas jurídicas das áreas de direito constitucional, civil e de leis espaças.

Além disso, foi feita uma pesquisa em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros. Os descritores foram: Paternidade Socioafetiva, Multiparentalidade e legislação brasileira. O período de busca realizou-se nos dias 05 de abril a 05 de maio de 2021.

3. FAMÍLIA: REFLEXOS NO SISTEMA JURÍDICO

A família sempre existiu. Faz parte da história da humanidade, através da formação familiar que se formaria uma sociedade. E também é por meio dela que o ser humano se desenvolve e cresce socialmente, politicamente, culturalmente e intelectualmente. Na família, o indivíduo não apenas aprende a conviver com seus pares, mas aprende a descobrir o mundo em que o rodeia.

Diniz (2017, p. 23) esclarece que "a família é o primeiro agente socializador do ser humano. Somente com a passagem do estado da natureza para o estado da cultura foi possível a estruturação da família". A sua formação é vital não apenas para seus membros, mas, para o Estado. De maneira histórica, pode-se mencionar que a história da família possui três fases:

> No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, consequentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte (PEREIRA, 2018, p. 12).

De acordo com Nogueira (2017, p. 03) "o modelo de família brasileiro encontra sua origem na família romana que, por sua vez, se estruturou e sofreu influência no modelo grego".

No início a família era comandada pela mulher, mas foi por um período curto, logo sendo substituída pelo homem. Desse modo, o homem era além do provedor o detentor da educação e sustento dos filhos, o denominado pátrio poder.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O pátrio poder era exercido durante muito tempo, quase que exclusivamente pelo chefe de família – o homem. A própria lei concedia ao pai vender ou até mesmo tirar a vida do seu próprio filho, podendo ainda dispor de sua mulher quando se achasse conveniente, afinal, sobre ele detinha o poder de ou de morte (PEREIRA, 2018).

O Pátrio Poder se baseava "no princípio da autoridade, sendo bastante observado na Grécia e em Roma, onde o pai detinha o poder absoluto sobre o filho, devendo este durar para sempre, apenas se extinguindo com a morte do pater" (STACCIARINI, 2016, p. 10).

Com a evolução conceitual de família, o termo já supracitado passou a se chamar de poder familiar, ou seja, estende aos entes familiares a responsabilidade e os deveres, assim como os direitos sobre o menor. Isso se deve também à igualdade constitucional agora assegurada ao homem e à mulher.

Dessa forma, pode-se afirmar que antigamente, o poder familiar era conhecido como Pátrio Poder e trazia em sua definição a figura paterna com exclusividade em se tratando da educação, do dever e da obrigação dos pais com relação aos filhos. Assim, não existia a figura do pai e da mãe, exercendo juntos os poderes e deveres como observado hoje em dia, o pai era o único com poder para controlar e educar os filhos, enquanto a esposa e mãe apenas auxiliava na educação da prole (PEREIRA, 2018).

O Código Civil de 2002 em seu art. 1630 normatiza que "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores" (BRASIL, 2002). Ainda que essa evolução na formação de novas gerações traga direitos e deveres a todos, onde o poder dos pais não se desvincula. Desse modo, o poder familiar é irrenunciável, pois aos pais se tem o poder-dever, inalienável, seja ele gratuito ou oneroso com raríssimas exceções (DINIZ, 2017).

A exceção da destituição do poder familiar, o poder do pai passou a ser exercido tanto pelo homem como pela mulher (genitores). Em um conceito amplo, o poder familiar pode ser entendido como: "[...] o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes" (RODRIGUES, 2015, p.64).

Como já mencionado anteriormente, o poder familiar é exercido em medidas iguais aos pais, enquanto o filho for menor de idade. Ainda que ocorra o divórcio ou a separação dos pais, os filhos menores terão a sua guarda e proteção garantida pelos pais, que ainda mantêm o poder familiar, pois cabe a eles adotarem condições necessárias para o desenvolvimento sadio físico, social e mental.

No desenvolvimento de sua história, a família aos poucos "deixou de conviver em grandes grupos para aos poucos se individualizar, fortalecendo seus laços" (DILL; CALDERAN, 2016, p. 03). Se em alguns períodos, como na Antiguidade, existia a ausência de afeto entre os seus membros, a família, com o desenvolvimento da sociedade foi se tornando mais unida e ganhando mais espaço e importância na vida do indivíduo. O afeto nessa nova visão sobre a família ganhou destaque, conforme se expõe o tópico seguinte.

3.1 O AFETO NAS RELAÇÕES FAMILIARES: CONSAGRAÇÃO

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a família de fato se elevou em um novo patamar. Tal Constituição não apenas ampliou o leque de direitos e garantias à família, como concedeu algumas brechas para outras formas de constituir família. No contexto da retro Constituição, o casamento deixa de ser o foco principal a ser tutelado, passando a ser obrigação do Estado a garantia de proteção e zelo à família, independentemente da sua maneira de se constituir.

Em vista disso, o direito de família trouxe mudanças significativas aos modelos impostos de família. Muito dessa mudança, como já mencionado, veio das constantes transformações da sociedade, que se pluralizou e se modernizou. Nesse sentido afirma-se:

> O Direito de Família é um ramo do direito privado, com características peculiares, conceituado pelo Direito Civil, onde familia são pessoas unidas pelo vínculo conjugal, de parentesco, de afinidade e também as pessoas vinculadas pela adoção. Depois de constituída a família pela associação das pessoas, esta gera múltiplas relações, direitos e deveres, ou seja, é um círculo dentro do qual se agitam e se movem ações e reações estimuladas por sentimentos e interesses pessoais (BEVILAQUA, 2001, p. 34 *apud* GONÇALVES, 2012, p. 05).

Ainda no âmbito jurídico, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu texto a formalização da afeição como fator principal para a formação familiar. Com isso, o afeto se tornou o principal elo que liga a família e é também a sua principal característica.

Diniz (2017, p. 30) assevera que o conceito atual de família é centrado no "afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos, sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Além disso, o texto constitucional consagrou novas formas de convívio familiar e ampliou o aspecto da adoção, onde "todos os filhos, sejam adotados, tidos dentro ou fora do casamento, têm os mesmos direitos" (COSTA, 2016, p. 05).

O art. 226 da supra lei afirma:

> **Art. 226.** A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.
>
> [...]
>
> § 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 (BRASIL, 2012).

Verifica-se, "Que a carta magna reconheceu explicitamente em seu texto três tipos de família: a formada pelo casamento, a oriunda da união estável entre homem e mulher e a monoparental" (SANTOS, *et al.*, 2017, p. 04). Porém, na doutrina majoritária é pacífico o entendimento que o rol apresentado pelo artigo acima mencionado não é taxativo.

Atualmente, existe uma "maior interpretação aberta de família que é a admissão e o reconhecimento não apenas das famílias instituídas pelo casamento, pela união estável ou pela monoparentalidade, senão também das entidades familiares formadas pela união de parentes, que vivem em interdependência entre si" (MACEDO, 2012, p. 12).

De acordo com Lôbo (2009) a família se estrutura em três elementos: a afetividade, que é o amor, carinho, proteção e vínculo emocional com o próximo; a estabilidade, ou seja, que se perpetua e que mantém vínculos constantes e por fim a ostensibilidade, onde se pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Nos dias atuais, "Não cabe mais considerar a tradicional familia nuclear, constituída pelos cônjuges e sua prole, na condição de modelo único de família"

(MACEDO, 2012, p. 13). Existem diferentes formas de se formar uma família a ponto de a interpretação constitucional a respeito da matéria ser aberta.

> [...] Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução "constituída pelo casamento" (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional "a família", ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. [...] Em consequência, o caput do art. 226 é cláusula de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade (DIAS, 2015, p. 60).

De outras ramificações familiares, encontram-se diversos tipos de família. Há famílias formadas unicamente pelos avós e netos, por somente um dos pais, por outros parentes e filhos, etc. Todas essas formas são consideradas como família, pois possuem o requisito principal para a sua concepção: o afeto.

Das múltiplas famílias existentes, tem-se a família extensa ou ampliada, que conforme leciona o parágrafo único do art. 25 da nova Lei da Adoção (Lei nº 12.010), "entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade" (BRASIL, 2009).

A família mosaica ou combinada ou recombinada:

> Configura-se quando, numa nova união conjugal ou convencional, haja descendentes de relações anteriores, de um ou dos dois cônjuges ou companheiros, inclusive sendo possível a adoção do(a) enteado(a) pelo parceiro da mãe ou pela parceira do pai, desde que haja ausência do pai ou da mãe registral (MACEDO, 2012, p. 16).

Na família unitária, "constitui-se por um único membro, independentemente de relação conjugal ou não, porque a tutela da lei ao bem de família é concedida para proteger não a família, como elemento grupal, mas cada um dos seus membros como pessoa individualmente considerada" (MACEDO, 2012, p. 17).

Na família anaparental, tem-se:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Se caracteriza pela convivência entre parentes ou mesmo entre pessoas que não são parentes, que possuem os mesmos propósitos e se unem em razão do afeto que há entre elas. A convivência longa e duradoura sob o mesmo teto entre duas irmãs que formam um acerco patrimonial comum, ou até mesmo duas amigas idosas que resolvem viver juntas, compartilhando suas aposentadorias, são exemplos de família anaparental (ALMEIDA, 2014, p. 272).

Na família eudemonista, o foco principal é a felicidade. É uma família afetiva que se forma dentro do "Entendimento de que a felicidade individual ou coletiva é o fundamento da conduta humana moral. É uma família formada em busca da felicidade. A família eudemonista é um conceito moderno que se refere à família que busca a realização plena de seus membros" (MACEDO, 2012, p. 17-18).

De todas as formações familiares apresentadas até aqui, a que mais se destaca é a família formada por casais homoafetivos. Por serem ainda polêmicas e recentes, as famílias constituídas por casais do mesmo sexo, ainda representam uma maior abertura no conceito de família, tendo diferentes opiniões a seu respeito.

E por fim, cabe citar o tema principal deste estudo, a família socioafetiva, que é quando os vínculos de afeto se superam à verdade biológica, submetendo assim, os pais a uma responsabilidade de fato. Sobre a sua configuração, analisa-se nos tópicos seguintes.

Nessa onda evolutiva do direito familiar brasileiro, percebe-se que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana permeia todas as relações oriundas do ambiente familiar. O respeito ao próximo e o cuidado e zelo aos menores são amplamente amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro, trazendo assim uma nova realidade às famílias brasileiras, principalmente no que tange ao afeto, que é o principal ponto de formação familiar.

4 DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Entendido que a família é essencial para o desenvolvimento humano e que no campo do Direito ela passou por inúmeras transformações, esse instituto ainda é importante nos dias atuais, haja vista que sua temática ainda traz novas roupagens sobre seu conceito e seus efeitos na prática.

No caso em tela, discute-se uma nova forma de constituição familiar: a socioafetiva. Ou melhor, filiação socioafetiva. Essa maneira de se constituir família

busca trazer o afeto como principal característica para a sua normatização, deixando de ser unicamente biológica.

Como bem menciona Dias (2015, p. 324) "as transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade".

Isso significa que a família nos moldes atuais não se restringe apenas ao fator biológico e genético, mas principalmente pelos aspectos sociais. Isso se dá pelo fato de que se compreender a família como um grupo que acima de tudo se relaciona socialmente e se interage. São as relações humanas cotidianas que representam o sentido de família.

Por conta disso, discute-se muito sobre o quanto é impactante o entendimento de que uma relação familiar seja formalizada apenas pelo afeto.

Conceitualmente, a filiação socioafetiva, pode ser entendida como "aquela que não advém do vínculo biológico, mas sim do vínculo afetivo''. Possuir o estado de filho significa passar a ser tratado como se filho fosse, inclusive perante a sociedade" (SUZIGAN, 2015, p. 02). Decorre do ato de vontade, respeito recíproco e o amor construído ao longo do tempo, dia após dia, com base no afeto, independentemente de vínculo sanguíneo.

A filiação socioafetiva traz em seu bojo o contexto onde o afeto é tão importante quanto os laços consanguíneos. Se objetiva em consagrar na prática o exercício de ser 'família', ou seja, não é apenas o sangue ou o aspecto biológico que define uma família, mas sim a sua reciprocidade e sua convivência contínua.

Importante destacar que dentro da seara da filiação, existem algumas espécies. A primeira é a filiação biológica, também conhecida como natural, é "aquela que tem origem na consanguinidade, podendo ser tanto matrimonial quanto extra-matrimonial, estabelecendo-se a filiação pelos laços de sangue entre os pais e filhos" (CARVALHO, 2016, p. 10).

Outra espécie é a filiação registral que "identifica no assento de nascimento, os pais da pessoa, e possui presunção de veracidade e de publicidade para todos os fins legais. Fornece a base documental para toda a vida do ser humano, comprovando juridicamente que existe" (CARVALHO, 2016, p. 10).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mas, para fins desse estudo, foca-se exclusivamente na filiação socioafetiva, que como bem acentua Andrade (2014, p. 08) é "aquela que envolve os aspectos e os vínculos afetivos e sociais entre os parentes não biológicos".

A filiação socioafetiva é, portanto, aquela sem origem genética, construída pelo afeto, pela convivência, pelo nascimento emocional e psicológico do filho que enxerga, naqueles com quem vive e recebe afeto, seus verdadeiros pais (ANDRADE, 2014).

Nesse sentido:

> A filiação socioafetiva funda-se na clausula geral de tutela da personalidade humana, salvaguardando a filiação como elemento fundamental para a formação da identidade da criança e formação de sua personalidade. A necessidade de manter a estabilidade familiar faz com que se atribua papel secundário a verdade biológica (SUZIGAN, 2015, p. 12).

Como relatado no tópico anterior, o texto constitucional ampliou o leque de espécies de família. Por conta disso, as leis infraconstitucionais também o fizeram. No que tange ao tema em debate, o Código Civil expandiu o conceito de parentesco civil, passando a ser parente todo aquele que integre à família, independente da relação de consanguinidade. Em seu texto, o artigo 1.593 abriu uma brecha para o reconhecimento da filiação socioafetiva quando faz referência ao parentesco de outra origem e o artigo 1.596 aboliu as distinções entre os filhos, igualando-os na sua totalidade a letra do artigo 227 da Constituição Federal; a saber:

> Art. 1593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consaguinidade ou outra origem.
>
> Art. 1596. Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
>
> (BRASIL, 2002)

Em razão disso, é seguro afirmar que a filiação socioafetiva está assentada na norma civilista. Isso é um reflexo claro da nova forma de se olhar uma constituição familiar, fazendo com que as relações amorosas e afetivas sejam tão importantes e necessárias quanto as de vínculo consanguíneo ou civil.

De todo modo, como já mencionado, é necessário destacar novamente que a filiação socioafetiva se revela na convivência, na manifestação inexprimível dos sentimentos de ternura e do querer bem. Segundo explica Suzigan (2015, p. 14) o princípio da afetividade está "relacionado com a convivência familiar e com o princípio da igualdade entre os filhos, constitucionalmente assegurado".

Nesse sentido, a filiação evolui do determinismo biológico para o afetivo, ao passo que, as inúmeras relações existentes, visam uniformemente o bem-estar pessoal. Embora implícito na Constituição, apresenta-se como dever jurídico, presumido nas relações entre pais e filhos. O afeto, em si, é um sentimento voluntário, desprovido de interesses pessoais e materiais, inerente ao convívio parental, constituindo o vínculo familiar (ANDRADE, 2014).

No entendimento de Pereira (2018, p. 20) "não há como se exercer a paternidade, biológica ou não, sem a presença do afeto, norteando a relação, partindo-se do pressuposto que, a família é um instrumento de realização do ser humano".

Esclarecido esse entendimento inicial, sobre a filiação socioafetiva, é preciso esclarecer alguns pontos em relação a sua efetivação jurídica e social. Sobre esses aspectos, apresenta-se a seguir as consequências jurídicas e sociais trazidas pela filiação socioafetiva.

5. DA DISCUSSÃO DA TEMÁTICA PROPOSTA

Esclarecido os principais termos desse estudo, neste tópico será discorrido a respeito da consagração da filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme exposto no tópico acima, a filiação socioafetiva encontrou brecha primeiramente na Constituição Federal de 1988, quando se ampliou as ramificações das famílias. Em seguida encontrou lugar no Código civilista atual nos arts. 1.593 e 1.596, sendo assim consagrada juridicamente no regimento brasileiro.

Apesar disso, na prática a filiação socioafetiva ainda causa dúvidas, aos quais nos últimos anos tem sido implantado normativas que busquem adequar essa situação no ordenamento jurídico, sem ferir a dignidade humana e o instituto da família.

A priori, é necessário estabelecer critérios para o reconhecimento da filiação socioafetiva. Nesse sentido, a doutrina atenta a três requisitos: se o filho é tratado como tal, educado, criado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe (*tractatus*), quando usa o nome da família e assim se apresenta (*nominatio*) e é conhecido perante a sociedade como pertencente a família de seus pais (reputatio).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Explica Souza (2017) que a doutrina na sua grande maioria, dispensa o requisito do nome, de maneira que o fato do nome do filho não conter o correspondente patronímico, em nada altera a caracterização da posse do estado de filho, desde que presentes os demais elementos, quais sejam, tratamento (*tractatus*) e fama (*reputatio*).

Em relação a posse do estado de filho, ela corresponde à "relação de afeto, íntimo e duradouro, exteriorizado e com reconhecimento social, entre homem e uma criança, que se comportam e se tratam como pai e filho, exercitando os direitos e assumem as obrigações que essa relação paterno-filial determina" (TARTUCE, 2017, p. 53).

Assim sendo, o oficial de registro deve estar atento à comprovação da posse do estado de filho, mais especificamente, no tocante aos elementos do tratamento e da fama que, aliados aos requisitos da manifestação de vontade, caracterizam a filiação socioafetiva.

Além da norma constitucional e do Código Civil/2002 no ano de 2017, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 63, através do qual, dentre outros temas, disciplinou o procedimento de reconhecimento de filiação socioafetiva, perante os Ofícios do Registro Civil das Pessoas Naturais.

Apesar de alguns estados já estarem realizando o reconhecimento extrajudicial da "paternidade" socioafetiva mediante a edição de normativas próprias, o Provimento 63/2017 do CNJ vem para consolidar a possibilidade de que o reconhecimento da filiação socioafetiva seja efetivado nos cartórios do registro civil de qualquer unidade federativa, uniformizando o seu procedimento (SOUZA, 2017).

Em seu texto, os requisitos para que o reconhecimento da filiação socioafetiva seja deferido extrajudicialmente são os seguintes:

> I - Requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo (nos termos do Anexo VI), testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> II - Documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);

> III - Certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> IV – Anuência pessoalmente dos pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> V – Anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> VI - Não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> VII - Entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);
>
> VIII - Comprovação da posse do estado de filho (artigo 12 do Provimento 63/2017 do CNJ).
>
> (BRASIL, 2017)

Em meio a esse provimento, a doutrina jurídica não corrobora com alguns pontos. Temdo como exemplo, o apresentado pelo artigo 11, parágrafo 5º onde estabelece que "a coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado" (BRASIL, 2017).

Para Souza (2017, p. 04) essa determinação além de desarrazoada, é "inconstitucional, haja vista que estabelece tratamento discriminatório no reconhecimento da filiação a depender de sua origem, se biológica ou socioafetiva".

Por esse motivo, entende esse autor, é descabido exigir que a aludida anuência seja dada presencialmente, sendo injustificável que ela não possa ser realizada através da apresentação de instrumento público ou particular com firma reconhecida, no qual constem expressamente os termos da anuência, ou, ainda, através de mandatário com poderes específicos (SOUZA, 2017).

A par desse fato, o importante é salientar que a filiação socioafetiva já está mais do que implantada no regimento jurídico pátrio. Não há porque não implantar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quando se verificar todos os requisitos e quando o caso concreto aponta para uma família que se une pelo afeto.

A própria jurisprudência brasileira já vem ao longo dos últimos anos acatando o entendimento da possibilidade de existência da filiação socioafetiva; como se pode aferir no presente julgado:

> RECURSO ESPECIAL Nº 878.941 - DF (2006/0086284-0) EMENTA: RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGUÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIADIANTE DO VÍNCULO SÓCIOAFETIVO. Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de pré questionar. Inteligência da Súmula 98, STJ.- **O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito**. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil.- O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste deforma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.[4]

Cabe também mencionar que, no que se refere à paternidade socioafetiva, ela é irrevogável, visto que o "vínculo afetivo é irretratável e irrenunciável, isto é, aquele

[4] STJ – Resp: 878941 DF 2006/0086284-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/08/2007, T3- TERCEIRA TURMA, Data da Publicação: DJ 17/09/2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8880940/recurso-especial-resp-878941-df-2006-0086284-0/inteiro-teor-13987921>. Acesso em 03 mai. 2021.

que reconheceu como se filho fosse, não pode mais romper esse vínculo depois de estabelecida a socioafetividade" (SUZIGAN, 2015, p. 15)

É nesse diapasão, que a jurisprudência está, pouco a pouco, reconhecendo a impossibilidade da desconstituição da paternidade alicerçada na socioafetividade. Para melhor ilustrar esse fato, apresenta-se o seguinte julgado:

> APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL QUE REGISTROU MESMO SABENDO NÃO SER PAI BIOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE ERRO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA PROVADA. Caso de pai registral que efetuou o registrado sabendo não ser o pai biológico, uma vez que quando passou a se relacionar com a genitora ela já estava grávida. Na hipótese, não há falar e nem cogitar em erro ou em algum tipo de vício na manifestação de vontade. Por outro lado, foi realizado laudo de avaliação social que concluiu expressamente pela existência de paternidade socioafetiva entre o apelante e o filho registral que, hoje em dia, já é até maior de idade. NEGARAM PROVIMENTO.[5]

Do mesmo modo, a paternidade socioafetiva não afasta o direito ao reconhecimento do vínculo biológico. Existem cada vez mais decisões e posicionamentos jurídicos recentes, inclusive de tribunais superiores, que vêm mostrando a mitigação do absolutismo da irrevogabilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva, em casos que um filho queira ter o reconhecimento de seu vínculo biológico, registrado legalmente, mesmo que conste um registro de pai socioafetivo, há precedente jurídico que o ampare e, caso a caso, faça não prevalecer a filiação socioafetiva frente à filiação biológica (VELLSO, 2017).

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através de uma de suas Turmas, no que diz respeito ao fato de que a filiação socioafetiva não é impedimento para o reconhecimento do vínculo biológico, vem reafirmar que não pode a lei ou a doutrina obstaculizar a análise e a possibilidade de uma decisão favorável à desconstituição da paternidade socioafetiva quando visar o melhor interesse do filho (VELLSO, 2017).

[5] Apelação Cível Nº 70061285912, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/09/2014. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142651478/apelacao-civel-ac-70061285912-rs/inteiro-teor-142651488>. Acesso em: 05 mai. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPEDIMENTO PARA O RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA PELO FILHO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não se constata violação ao art. 535 do CPC quando a col. Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade. 2. **A existência de relação socioafetiva com o pai registral não impede o reconhecimento dos vínculos biológicos quando a investigação de paternidade é demandada por iniciativa do próprio filho, uma vez que a pretensão deduzida fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, III). Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. [6]

No que tange a sucessão, por exemplo, por ausente a expressa previsão legal acerca da sucessão socioafetiva, o tema é abordado pela doutrina e jurisprudência, que reconhece de forma majoritária o direito à sucessão, como herdeiro necessário, eis que descendente, com base no princípio da igualdade entre os filhos, trazido pela Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º, reforçado pelo artigo 1.596 do Código Civil.

Neste sentido, e, ainda de forma bastante cautelosa, vem sendo proferidas recentes decisões sobre o tema, concedendo aos herdeiros socioafetivos, igualdade no direito sucessório. É o que se observa do julgado abaixo citado:

> **RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988.**

[6] STJ - AgRg no AREsp: 678600 SP 2015/0053479-2, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 26/05/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2015. Disponível em: <http://tjrs.vlex.com.br/vid/-208489631>. Acesso em: 05 mai. 2021.

> **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF.** 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido.[7]

Portanto, como pode ser verificado acima, tanto a doutrina quanto a jurisprudência já entendem que a filiação socioafetiva não pode ser excluída do rol do Direito de Família, pois representa o que há de mais importante no seio de uma família: o afeto. Ainda dentro desse assunto, encontra-se a multiparentalidade, que será analisada a seguir.

5.1 DA MULTIPARENTALIDADE

Em princípio, o debate que surge, é se a paternidade biológica se sobrepõe ou não a socioafetiva, mas algumas decisões admitem soma de filiação, sem qualquer hierarquia entre o afeto e a biologia, ou seja, a possibilidade de uma pessoa ter mais

[7] Superior Tribunal de Justiça STJ – Recurso Especial nº 1618230 RS 2016/0204124-4. Órgão Julgador: 3ª Turma. Julgamento: 28/03/2017. Publicação: 10/05/2017. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465738570/recurso-especial-resp-1618230-rs-2016-0204124-4>. Acesso em: 206 mai. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de um pai e/ou mais de uma mãe com reconhecimento jurídico legal, restando assim configurada a multiparentalidade (SUZIGAN, 2015).

Conceitua Farias; Rosenvald (2016, p. 105) que a multiparentalidade é uma forma de reconhecer no campo jurídico o que ocorre no mundo dos fatos. "Afirma a existência do direito à convivência familiar que a criança e o adolescente exercem por meio da paternidade biológica em conjunto com a paternidade socioafetiva".

Nas palavras de Shikicima (2015, p. 73) a multiparentalidade é um avanço do Direito de Família, "tendo em vista que efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana de todas as pessoas envolvidas, demonstrando que a afetividade é a principal razão do desenvolvimento psicológico, físico e emocional".

Em decisão inédita no ano de 2012, o Tribunal de Justiça de São Paulo deferiu pedido para acrescentar na certidão de nascimento de um jovem de 19 anos o nome da mãe socioafetiva, sem ser retirado o nome da mãe biológica que morreu três dias após o parto.

> MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRESERVAÇÃO DA MATERNIDADE BIOLÓGICA. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não-consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. [8]

[8] Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0006422226.2011.8.26.0286&cdProcesso=RI00161X00000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5SP&cdServico=190201&ticket=FELbROIkBebHKJw6owxcPDbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvaL7B5rZdekvSxS3Olvp9KH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwx5sPNke3nisD%2B0ffAJdvVkIV%2FrScDnfR%2FeJrHVDn9jZNNlJQbYDSZitkvXuz3LerNv8Cl%2BjcQEWgU475ysRrMa%2B5IJsocWnT6HvjWOCEk6c%3D>. Acesso em: 02 mai. 2021.

Velloso (2017, p. 38) entende que a multiparentalidade "efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana e da afetividade, reconhecendo no campo jurídico a filiação – amor, afeto e atenção - que já existe no campo fático".

Sobre a sua regulamentação jurídica, o Provimento 63/2017 do CNJ trouxe relevante inovação, ao permitir o reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva, sem exclusão biológica. Já em seu preâmbulo, o presente provimento leva em consideração o fato de que a "paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impedindo o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (BRASIL, 2017).

Nesse sentido, o artigo 11, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 reza que, "constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo filiação e do filho, que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor" (BRASIL, 2017).

Ao passo que, o artigo 11, parágrafo 5º, da referida norma, prevê que "a coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de 12 anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado" (BRASIL, 2017).

Deixando de lado qualquer dúvida sobre a questão, o artigo 14 do Provimento 63/2017 do CNJ, estabelece que "o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo filiação no assento de nascimento" (BRASIL, 2017).

Desta maneira, após a edição do referido provimento, é possível que a filiação socioafetiva seja reconhecida diretamente no cartório, sem que seja afastada a filiação biológica, desde que haja anuência dos pais biológicos e do filho maior de 12 anos, quando for o caso (SOUZA, 2017).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mostrado no decorrer desse estudo, a família representa um importante alicerce para o desenvolvimento do homem. É por meio da família que o indivíduo evolui e se socializa. Por conta disso, o direito enquanto ciência social não poderia se ausentar em regulamentar a sua área.

No que se limita a esse estudo, ficou exposto que dentro de todo o aparato que se tem sobre a família, encontra-se a filiação socioafetiva. Esse modelo de família

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

é resultante da norma constitucional e posteriormente civilista que acompanhado do avanço social, entende que a família é mais que laços consanguíneos, e principalmente formada pelo afeto.

A afetividade gera uma verdade social e a lei precisa garantir o respeito para com as relações estabelecidas livremente pelos indivíduos proporcionando assim, a liberdade de amar, mantendo-se a dignidade humana. Por isso, o afeto que orienta a paternidade e forma a família.

O que se vê atualmente é uma flexibilização do sistema familiar, através do reconhecimento do valor jurídico do afeto, enquanto fator relevante da composição familiar, e fundamento basilar de uma relação de parentesco.

É prescindível que exista a paternidade jurídica ou biológica, para que sobrevenha a paternidade socioafetiva, esta se perfaz com a presença da vontade livre e consciente de querer ser pai, assumindo as suas responsabilidades paternais, diante de seus atos.

Pode-se afirmar em vista do que foi exposto, neste estudo, que independe de vínculo sanguíneo a condição de filiação. Injusto seria o entendimento contrário, diante de todas as formações familiares contemporâneas, onde se tem a função exercida, intrínseca da maternidade/paternidade, qual seja, de cuidado, de formação psicológica, de educação, e mesmo a doação da pessoa à outra, emocionalmente, proporcionar às crianças, muitas vezes rejeitadas por seus pais biológicos, não só uma família estruturada, mas conforto e segurança necessários para seu desenvolvimento.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de. **Evolução histórica do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 14 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44723&seo=1>. Acesso em: 05 mai. 2021.

ANDRADE, Eliane Cristina de Carvalho. **Filiação socioafetiva**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 130, nov. 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15458>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>. Acesso em: 02 mai. 2021.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Senado, 2002.

CARVALHO, Dimas Messias. **Direito de Família**: direito civil. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. **Adoção por pares Homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica**. Artigo apresentado à Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior. Juiz de Fora/MG, 2016. Disponível em: <http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier.**Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, fev 2016. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 05 mai. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 5. Direito de Família - 31ª Ed. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB.** 10ª ed., rev., atual. e ampl., Salvador: JusPODIVM, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. v.6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil** – Famílias. São Paulo: ed. Saraiva, 2ª ed., 2009.

MACEDO, Suellen Caroline Alves. **Adoção por parceria Homoafetiva e seus Reflexos no Âmbito Jurídico.** Monografia apresentada em Bacharelado em Direito pela Universidade da Paraíba. Campina Grande – PB, 2012.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. 2017. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Famílias Ensambladas e Parentalidade Socioafetiva- a Propósito da Sentença do tribunal Constitucional, de 30.11.2007. **Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre, v. 7, p.88-94, dez/jan, 2018.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. **Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade** - Uma lacuna a ser preenchida. Revista ESA. Formatos Familiares Contemporâneos. Ano V nº18. Inverno, 2015.

SOUZA, Carlos Magno Alves de. **CNJ cria regras para reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-03/carlos-souza-cnj-cria-regras-reconhecer-filiacao-socioafetiva>. Acesso em: 26 abr. 2021.

SUZIGAN, Thábata Fernanda. **Filiação socioafetiva e a multiparentalidade**. 2015. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade>. Acesso em: 04 mai. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.5: Direito de Família**. 12ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VELLSO, Reinaldo. **Reconhecimento da Paternidade Socioafetiva**. 13 mar. 2017. Disponível em: <http://reinaldovelloso.blog.br/?p=667>. Acesso em: 04 mai. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DO VIDRO DO AUTOMÓVEL PARA SUBTRAÇÃO DO VEÍCULO OU DE OBJETOS PRESENTES NO SEU INTERIOR: FURTO SIMPLES OU QUALIFICADO?

LEANDRO FRANCISCO AMBRÓSIO: Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Penal.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo elucidar os operadores do direito acerca da jurisprudência atual acerca da incidência da qualificadora de rompimento ou destruição de obstáculo no crime de furto (artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal), quando o rompimento ou a destruição recai sobre o vidro do automóvel para subtração do veículo ou de objetos presentes no seu interior. Há, atualmente, duas correntes doutrinárias divergentes em relação ao tema, assim, cabe à jurisprudência a consolidação do entendimento, sob pena de convivermos com insegurança jurídica e imputação de penas muito distintas a réus com condutas semelhantes. Desse modo, a partir da análise das diferentes teses jurídicas existentes, bem como da jurisprudência correlata, buscar-se-á contextualizar os entendimentos dominantes e as tendências inovadoras, facilitando o trabalho dos operadores do direito.

Palavras-chave: Direito Penal. Furto. Qualificadora. Rompimento ou destruição de obstáculo.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa do presente artigo está localizada dentro da área de conhecimento do Direito Penal e tem como objeto de estudo, especificamente, o crime de furto (artigo 155 do Código Penal), analisando a incidência da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal), na hipótese em que essa ação, destruição ou rompimento, é empregada contra o vidro do automóvel para subtração do veículo ou de objetos presentes no seu interior.

A relevância do objeto da pesquisa fica evidenciada a partir da análise das estatísticas criminais, as quais apontam o crime de furto de automóveis como um dos delitos mais praticadas no Brasil, a título de exemplo, no Estado de São Paulo, apenas no primeiro trimestre de 2021, em plena pandemia covid-19, foram registradas 18.261 ocorrências de furtos de veículos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2021

Natureza	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Jun	Jul	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Total
HOMICÍDIO DOLOSO (2)	284	227	237	...	...	...	...	...	...	...	...	...	748
Nº DE VÍTIMAS EM HOMICÍDIO DOLOSO (3)	295	239	249	...	...	...	...	...	...	...	...	...	783
HOMICÍDIO DOLOSO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO	1	0	0	...	...	...	...	...	...	...	...	...	1
Nº DE VÍTIMAS EM HOMICÍDIO DOLOSO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO	1	0	0	...	...	...	...	...	...	...	...	...	1
HOMICÍDIO CULPOSO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO	233	246	227	...	...	...	...	...	...	...	...	...	706
HOMICÍDIO CULPOSO OUTROS	15	9	16	...	...	...	...	...	...	...	...	...	40
TENTATIVA DE HOMICÍDIO	304	241	279	...	...	...	...	...	...	...	...	...	824
LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE	6	3	10	...	...	...	...	...	...	...	...	...	19
LESÃO CORPORAL DOLOSA	10.696	9.793	9.970	...	...	...	...	...	...	...	...	...	30.469
LESÃO CORPORAL CULPOSA POR ACIDENTE DE TRÂNSITO	4.765	4.799	4.393	...	...	...	...	...	...	...	...	...	13.957
LESÃO CORPORAL CULPOSA - OUTRAS	232	219	199	...	...	...	...	...	...	...	...	...	650
LATROCÍNIO	16	12	16	...	...	...	...	...	...	...	...	...	44
Nº DE VÍTIMAS EM LATROCÍNIO	16	12	16	...	...	...	...	...	...	...	...	...	44
TOTAL DE ESTUPRO (4)	1.095	983	1.035	...	...	...	...	...	...	...	...	...	3.113
ESTUPRO	271	241	251	...	...	...	...	...	...	...	...	...	763
ESTUPRO DE VULNERÁVEL	824	742	784	...	...	...	...	...	...	...	...	...	2.350
TOTAL DE ROUBO - OUTROS (1)	19.240	18.925	17.396	...	...	...	...	...	...	...	...	...	55.561
ROUBO - OUTROS	18.669	18.399	16.819	...	...	...	...	...	...	...	...	...	53.887
ROUBO DE VEÍCULO	2.779	2.480	2.556	...	...	...	...	...	...	...	...	...	7.815
ROUBO A BANCO	1	3	2	...	...	...	...	...	...	...	...	...	6
ROUBO DE CARGA	570	523	575	...	...	...	...	...	...	...	...	...	1.668
FURTO - OUTROS	34.960	34.933	33.057	...	...	...	...	...	...	...	...	...	102.950
FURTO DE VEÍCULO	5.749	6.232	6.280	...	...	...	...	...	...	...	...	...	18.261

Fonte: Dados estatísticos do Governo do Estado de São Paulo.

Assim, é de grande relevância para os operadores do direito, partes do processo e sociedade em geral a interpretação e aplicação correta e segura do dispositivo penal, tendo em vista que a oscilação da jurisprudência ocasiona a dosimetria de penas distintas, em fatos idênticos, violando, deste modo, os princípios da segurança jurídica, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

O crime de furto pode ser conceituado como crime contra o patrimônio que consiste na subtração de coisa alheia móvel para si ou para outrem, sem o consentimento do seu legítimo proprietário e com a finalidade de apoderar-se dela, de modo definitivo.

O furto simples, previsto no "caput" do artigo 155 do Código Penal, prevê a pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Por outro lado, se a ação do agente for a tipificada como furto qualificado, a cominação de pena prevista passa para dois a oito anos de reclusão e multa.

Dentre as hipóteses que caracterizam a conduta do agente como furto qualificado, a primeira delas, prevista no inciso I do artigo 155 do Código Penal, objeto de estudo deste artigo, é a execução do crime de furto com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

Nesse ponto, importante frisar que há na doutrina e jurisprudência brasileira certa divergência em relação à aplicação desta qualificadora na hipótese em que a ação de destruir ou romper recai sobre obstáculo inerente à coisa subtraída, rompimento da janela do automóvel para subtração do veículo; e não sobre um obstáculo externo, utilizado para preservação do bem furtado, rompimento da janela de um automóvel para subtração de uma bolsa situada em seu interior.

Dessa forma, procurou-se estabelecer o atual entendimento jurisprudencial majoritário, traçando possíveis diretrizes a serem seguidas. Para atingir tal desiderato, realizou-se o levantamento das correntes doutrinárias e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cotejando as teses de aplicação com as teses de não aplicação da qualificadora.

2. CONCEITOS PRELIMINARES

O Direito Penal pode ser conceituado como um conjunto de normas e regras jurídicas que tem por objeto a pacificação social, determinando infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes, penas e medidas de segurança. Não se constitui em disciplina meramente acadêmica. Cuida-se, ao contrário, de importante instrumento para a convivência dos homens em sociedade.

Assim, o Direito Penal tem a função de selecionar as condutas humanas mais graves, capazes de colocar em risco os bens jurídicos mais caros à sociedade, cominando as respectivas sanções. Segundo o doutrinador Fernando Capez:

> A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc., denominados bens jurídicos. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça (CAPEZ, 2011. p. 19).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse diapasão, o doutrinador Frederico Marques conceitua o Direito Penal como um conjunto de normas que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência, e disciplinam também as relações jurídicas daí derivadas, para estabelecer a aplicabilidade de medidas de segurança e a tutela do direito de liberdade em face do poder de punir do Estado (MARQUES, 1954, p. 11).

O Direito Penal, portanto, regula a atuação estatal no combate contra o crime, através de medidas aplicadas aos criminosos. Nele se definem os fatos puníveis e se cominam as respectivas sanções, os dois grupos de seus componentes essenciais, tipos penais e sanções.

Cabe ressaltar, ainda, que o Direito Penal também tem como função resguardar os direitos individuais dos cidadãos em face do poder de punir do Estado, nesse aspecto denominado como Direito Penal de garantia:

> Por mais paradoxal que possa parecer, o Direito Penal tem a função de garantia. De fato, funciona como um escudo aos cidadãos, uma vez que só pode haver punição caso sejam praticados os fatos expressamente previstos em lei como infração penal. Por esse motivo, Franz von Liszt dizia: "o Código Penal é a Magna Carta do delinquente" (MASSON, 2016, p. 10).

O Direito penal se exterioriza através da lei escrita, certa e determinada, anterior à conduta delituosa, elaborada pelo Poder Legislativo em consonância com a forma determinada pela Constituição Federal. É a única fonte imediata desse ramo do direito, somente ela pode criar infrações penais (crimes e contravenções) e cominar penas:

> Deve-se observar que a lei penal não é proibitiva, mas descritiva. Não proíbe a conduta de "matar alguém", e sim descreve tal comportamento como criminoso, impondo a pena a ser aplicada caso seja ele praticado. A legislação penal brasileira não contém, como outrora, mandamentos diretos, a exemplo de "não furtar", "não roubar" etc. Optou pela proibição indireta, descrevendo o fato como pressuposto da sanção (MASSON, 2016, p. 124).

Cabe, então, ao operador do direito interpretar a lei penal vigente. Interpretar significa extrair da norma seu exato alcance e real significado. Consiste na tarefa mental do exegeta que procura, diante de um caso concreto, estabelecer a vontade, o sentido da lei, ou seja, o seu conteúdo e significado. Na brilhante lição de Carlos Maximiliano:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém (MAXIMILIANO, 2004. p. 7).

Neste aspecto, é importante aclarar a relação intrínseca que há entre hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito:

> Hermenêutica, interpretação e aplicação do Direito são temas estreitamente relacionados. A primeira, denominada ciência da interpretação, tem por objeto a investigação sistemática dos princípios e leis que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas, com vistas à sua aplicação; a interpretação, de seu turno, procura realizar, praticamente, os princípios e regra hermenêuticos, ao passo que a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica da adaptação dos preceitos nelas contidos às situações de fato que se lhe subordinam. De qualquer modo, a interpretação precede e faz parte da aplicação do Direito (PRADO, 2010, p. 187).

No ordenamento penal brasileiro existem dois tipos de sanção penal: as penas e as medidas de segurança. A pena é a consequência natural imposta pelo Estado a alguém que pratica uma infração penal. Deste modo, quando alguém pratica um fato típico, ilícito e culpável tem-se a possibilidade de o Estado fazer valer o seu *ius puniendi* aplicando uma sanção.

A doutrina de Cléber Masson aponta que a pena é espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais (MASSON, 2016, p. 610).

Levando-se em consideração o bem jurídico do condenado atingido pela pena, podemos dividir a pena em cinco espécies: a) pena privativa de liberdade; b) pena restritiva de direitos; c) pena de multa; d) pena restritiva de liberdade; e e) pena corporal.

A pena privativa de liberdade ceifa do condenado o seu direito de locomoção, em razão da prisão por tempo determinado. A Constituição Federal não permite a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

privação perpétua da liberdade, nos termos do artigo 5º, inciso XLVII, "b", mas somente a de natureza temporária, pelo período máximo de 30 (trinta) anos para crimes, artigo 75 do Código Penal, ou de 05 (cinco) anos para contravenções penais, artigo 10 da Lei de Contravenções Penais (MASSON, 2016, p. 621).

O desenvolvimento histórico do Direito Penal brasileiro indica a existência de dois sistemas principais para a aplicação da pena privativa de liberdade: um bifásico e o outro trifásico (MASSON, 2016, p. 714).

No critério bifásico, a pena privativa de liberdade é aplicada em duas fases distintas. Na primeira, o magistrado, calcula a pena-base levando em conta as circunstâncias judiciais e as atenuantes e agravantes genéricas. Em seguida, incidiriam na segunda fase as causas de diminuição e de aumento de pena.

No entanto, o ordenamento penal pátrio adotou o sistema trifásico para o cálculo da pena. Impõe-se três fases, distintas e sucessivas para fixação da pena: 1) fixação da pena base (artigo 59 do Código Penal); 2) cômputo das agravantes e atenuantes (artigos 61 a 66 do Código Penal); 3) cômputo das causas de aumento e de diminuição da pena. Neste sentido o *caput* do artigo 68 do Código Penal:

> A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940).

Cada etapa de fixação da pena deve ser suficientemente fundamentada pelo julgador. Na visão do Supremo Tribunal Federal:

> A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador decidir neste ou naquele sentido. O dever de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebido à reforma pena de 1984. Tanto que a ele o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao cuidar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade (BRASÍLIA. Supremo

> Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.965, Relator Ministro Ayres Britto - 19 de abril de 2011).

Por fim, e não menos importante, a doutrina alerta para uma possível confusão que se possa fazer entre os conceitos de causas de aumento da pena e qualificadoras. Neste sentido:

> As causas de aumento da pena, utilizáveis na terceira fase da aplicação da pena, funcionam exclusivamente como percentuais para a elevação da reprimenda, em quantidade fixa ou variável. Encontram previsão tanto na parte geral como na parte especial do Código Penal, e também na legislação especial. Já as qualificadoras têm penas próprias, dissociadas do tipo fundamental, pois são alterados os próprios limites (mínimo e máximo) abstratamente cominados. Ademais, no caso de crime qualificado o magistrado já utiliza na primeira fase da dosimetria da pena a sanção a ele correspondente. Finalmente, estão previstas na Parte Especial do Código Penal e na legislação especial, mas não, em hipótese alguma, na parte geral (MASSON, 2016, p. 717).

2. O CRIME DE FURTO

O furto é a subtração, para si ou para outrem, de coisa alheia móvel.

A Lei das XII Tábuas já punia o crime de furto, distinguindo-o em manifesto e não manifesto. Ocorria o *furtum manifestum* quando o agente era surpreendido em flagrante delito, praticando a ação ou no lugar em que essa fora praticada. As penas aplicadas eram as próprias da época, quais sejam, de natureza corporal para o furto manifesto e pecuniárias para o furto não manifesto. A própria Lei das XII Tábuas previa que o ladrão podia ser morto se fosse surpreendido durante furto noturno (BITENCOURT, 2012, p. 30).

Na preciosa lição de Magalhães Noronha "o furto é, em geral, crime do indivíduo de casta ínfima, do pária, destituído, em regra, de audácia e temibilidade para o roubo ou para a extorsão; de inteligência para o estelionato; e desprovido de meios para usurpação. Frequentemente é o crime do necessitado" (NORONHA, 1979, p. 221).

O crime de furto simples está previsto no artigo 155 Código Penal brasileiro:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno. § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa. § 3º Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940).

Este crime tem como fundamento constitucional o artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, que estabelece que é garantido o direito de propriedade.

Ademais, de acordo com o art. 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6-11-1992:

> Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei (Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica).

Segundo o doutrinador Fernando Capez, o objeto material do crime de furto é a coisa alheia móvel, desde que tenha valor econômico. Deve ser passível de mobilização, de forma que as presunções da lei civil aqui não se aplicam. Podem ser objeto do furto, por exemplo: os animais, como o gado (denominado abigeato), os títulos de crédito, as árvores cortadas (se não constituir crime contra o meio ambiente – Lei n. 9.605/98). Se o agente se apropriar de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento (embriões excedentários), não responderá pelo furto, pois não se trata de coisa. No entanto, se a finalidade for a de praticar um dos procedimentos previstos na Lei de Biossegurança (por exemplo: clonagem humana), responderá por um dos crimes previstos nessa Lei (CAPEZ, 2012, p. 428).

O sujeito ativo do crime de furto pode ser qualquer pessoa, com exceção do próprio dono da coisa, pois, neste caso, haverá o delito de exercício arbitrário das próprias razões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em relação ao sujeito passivo, pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, proprietária, possuidora ou detentora da coisa assenhorada.

Nesse diapasão, é importante ressaltar que para a configuração do crime de furto é irrelevante a identificação e individualização da vítima, pois a lei não protege o patrimônio de alguém em particular, mas de todos em geral; por isso, basta a certeza de que a *res furtiva* não pertence ao ladrão, isto é, trata-se de coisa alheia. Logo, o fato de não ser descoberto ou identificado o proprietário ou possuidor da coisa furtada, por si só, não afasta a tipicidade da subtração de coisa alheia (BITENCOURT, 2012, p. 32).

O tipo penal incriminador do delito de furto pune a subtração, a retirada da coisa de quem a detém. Portanto, o objeto do crime em estudo deve ser coisa alheia móvel que possui valor economicamente apreciável.

Neste ponto, ressalta-se que é indispensável que o agente saiba que se trata de coisa alheia. Na ocasião em que o agente imagina que a coisa subtraída é própria, não responde pelo crime de furto, pois age sem conhecimento ou consciência da elementar normativa "coisa alheia".

Em relação à consumação, existem quatro correntes,

A primeira corrente estabelece que o simples contato entre o agente e a coisa configura o crime de furto, ou seja, dispensa-se o deslocamento do objeto.

A segunda corrente afirmar que se configura o crime de furto quando a coisa passa para o poder do agente, mesmo que em um curto espaço de tempo, independentemente de deslocamento ou posse mansa e pacífica.

A terceira corrente descreve que há a consumação do crime de furto no momento em que acontece o deslocamento da coisa de um lugar para o outro.

E, por fim, a quarta corrente defende que, para configuração do crime de furto, a coisa deve ser levada ao local desejado pelo ladrão para ser mantida a salvo.

Para o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

> Consuma-se o crime de furto com a retirada da coisa da esfera de disponibilidade da vítima, assegurando-se, em consequência, a posse tranquila, mesmo passageira, por parte do agente; em outros termos, consuma-se quando a coisa sai da posse da vítima, ingressando na do agente (BITENCOURT, 2012, p. 41).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. HABEAS CORPUS. 1. Na apreciação do recurso especial, houve expressa menção à circunstância de que foi comprovada a divergência pretoriana nos moldes do art. 225, do Regimento Interno daquela Corte. 2. Houve a resolução da questão jurídica envolvendo o momento da consumação do crime de furto, e não nova análise sobre valoração de prova.
>
> 3. A norma contida no inciso II, do art. 14, do Código Penal, ao tratar da modalidade tentada, contempla um tipo de extensão, fazendo com que se amplie a figura típica de determinados comportamentos reputados criminosos para abranger situações fáticas não previstas expressamente no tipo penal. 4. A polêmica diz respeito à consumação (ou não) do furto, porquanto questiona-se se houve a efetiva subtração. A conduta da subtração de coisa alheia se aperfeiçoa no momento em que o sujeito ativo passa a ter a posse da res fora da esfera da vigilância da vítima. 5. A circunstância de ter havido perseguição policial após a subtração, com subseqüente prisão do agente do crime, não permite a configuração de eventual tentativa do crime contra o patrimônio, cuidando-se de crime consumado. 6. Ordem denegada. (BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.398, Relatora Ministra ELLEN GRACIE. BRASÍLIA, 27 de maio de 2008).

O crime de furto pode ser simples ou qualificado. O *modus operandi*, no crime de furto, pode apresentar particularidades que representem maior gravidade na violação do patrimônio alheio, produzindo maior alarma social, tornando a conduta mais censurável e, por isso mesmo, merecedora de maior punibilidade, quer pelo maior desvalor da ação, quer pelo maior desvalor do resultado - destruição ou rompimento de obstáculo – (BITENCOURT, 2012, p. 49).

Os §§ 4º, 4º-A, 5º, 6º e 7º do art. 155 do Código Penal preveem as modalidades qualificadas do delito de furto:

> § 4º. A pena é de reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, se o crime é cometido:
>
> I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;
>
> II – com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;
>
> III – com emprego de chave falsa;
>
> IV mediante concurso de duas ou mais pessoas.
>
> § 5°. A pena é de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos, se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o Exterior.
>
> § 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração.
>
> § 7º A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos e multa, se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego. (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940)

Vê-se, claramente, que o legislador infraconstitucional procurou punir de forma mais severa as condutas em que, inegavelmente, não só o desvalor da ação, mas também os efeitos deletérios da infração, são acentuadamente maiores do que na hipótese do furto comum. Para isso, criou a forma qualificada do crime de furto com penas mais severas.

Um crime é qualificado quando o tipo penal faz prever circunstâncias acrescentadas ao tipo básico, tornando-o mais grave. Esta gravidade é exposta na forma da alteração do mínimo e do máximo em abstrato das penas previstas para o delito. Destarte, enquanto o furto simples tem uma pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa, o furto qualificado altera a pena para reclusão de 2 a 8 anos e multa, por exemplo (NUCCI, 2012, p. 776).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Devido à especificidade exigida pela natureza deste artigo, o presente tem como objeto de estudo apenas a incidência da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.

4. DESTRUIÇÃO OU ROMPIMENTO DO VIDRO DO AUTOMÓVEL PARA SUBTRAÇÃO DO VEÍCULO OU DE OBJETOS PRESENTES NO SEU INTERIOR - INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA

Adentrando especificamente no tema objeto do artigo, analisaremos o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da incidência da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo do crime de furto, na hipótese em que essa ação, destruição ou rompimento, é empregada contra o vidro do automóvel para subtração do veículo ou de objeto do seu interior.

Trata-se da primeira das qualificadoras constante do rol do § 4º do art. 155 do Código Penal. Diz respeito à conduta do agente que pratica o delito de furto, mediante destruição ou rompimento de obstáculo. Obstáculo é o embaraço, a barreira ou armadilha montada para dificultar ou impedir o acesso a alguma coisa.

O tipo penal qualificado em exame prevê duas modalidades de conduta. Na primeira, o agente destrói o obstáculo, ou seja, usa de violência contra a coisa, destruindo, eliminando ou fazendo desaparecer aquilo que o impedia de levar a efeito a subtração pretendida. Na segunda, rompimento, o agente afasta, elimina o obstáculo, mesmo que este seja mantido intacto (GRECO, 2009, p. 27 – 28).

Em relação ao tempo da prática da violência, não há qualquer relevância se a violência contra a coisa se opera antes ou depois de sua apreensão, desde que, logicamente, se concretize antes da consumação do crime.

Como a destruição e o rompimento de obstáculo deixam vestígios, é imprescindível a realização de exame de corpo de delito, direto ou indireto, para comprovação da materialidade (artigo 158 do Código de Processo Penal).

Obstáculo, a que se refere o tipo penal do furto qualificado, é tudo aquilo que serve para proteção do bem diante da ameaça de subtração por terceiros. Ocorre que há dois tipos de obstáculos, os inerentes ao próprio bem e os externos.

Um obstáculo inerente ao próprio bem seria, por exemplo, os vidros do automóvel em relação ao veículo. Desta forma, o agente destrói os vidros de um automóvel para subtraí-lo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, o obstáculo externo ao bem subtraído seria, por exemplo, o rompimento dos vidros de um automóvel para subtração de uma bolsa localizada no interior do veículo.

Há teses doutrinárias divergentes de incidência da qualificadora na situação em concreto objeto deste artigo.

Defendendo a não incidência da qualificadora, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt afirma que:

> A violência deve ser contra obstáculo que dificulte a subtração e não contra a própria coisa que é o objeto da subtração. Obstáculo é tudo o que é empregado para proteger a coisa contra eventual ação delitiva. Não se considera obstáculo aquilo que integra a própria coisa, como, por exemplo, os vidros do automóvel, a menos que sejam rompidos para subtrair objetos que se encontram no interior do veículo, mas não para subtrair o próprio; da mesma forma, o simples desparafusamento dos faroletes ou dos pneus de um automóvel não tipifica a qualificadora. É indispensável que a violência seja exercida contra um obstáculo exterior à coisa que se pretende subtrair; contudo, o obstáculo pode ser interno ou externo: externo, quando a violência se direciona, por exemplo, a obstáculo que objetiva impedir o acesso à parte interna de uma casa ou edifício ou qualquer outro ambiente fechado; interno, quando a ação violenta se dirige a obstáculo interno, isto é, que se encontra no interior do local da subtração, tais como cofres, armadilhas, armários etc. Enfim, para efeitos penais, não constitui obstáculo a resistência inerente à própria coisa, que por si mesma dificulte sua subtração. O obstáculo deve ter a finalidade de proteger o patrimônio, e para vencê-lo o agente deve empregar violência para destruí-lo ou rompê-lo. Mas, registre-se, é indispensável que exista obstáculo a ser vencido, isto é, que haja resistência a ser vencida, caso contrário não se poderá falar nessa qualificadora (BITENCOURT, 2012, código penal comentado, p. 772).

Compartilhando deste entendimento, esclarece Nelson Hungria:

> Não é obstáculo, no sentido legal, a resistência inerente à coisa em si mesma. Assim, não é furto qualificado a subtração da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> árvore serrada pelo próprio agente ou da porção de pano por ele cortada à respectiva peça, ou do pedaço de chumbo que violentamente destaca de um encanamento. É indeclinável que haja violência exercida contra um obstáculo exterior à coisa. No caso, por exemplo, de uma coisa anexa a outra (para o fim de sua própria utilização), mas de modo a permitir o desligamento sem emprego de violência, a sua subtração, mediante tal expediente, não é furto qualificado (HUNGRIA, 1967, p. 42).

Por outro lado, contrapondo a primeira corrente, o professor Guilherme de Souza Nucci expõe a evolução de seu pensamento no sentido de se posicionar favorável à incidência da qualificadora:

> Pensávamos, quando iniciamos o estudo do assunto, ser mais adequada a primeira posição, pela fiel leitura do tipo penal. Afinal, a norma estipula ser qualificado o furto quando o autor destrói (aniquila) ou rompe (faz em pedaços) uma barreira que impede a subtração da coisa. É razoável supor, portanto, que o agente, pretendendo subtrair joias de um cofre situado numa residência, seja levado a romper ou destruir obstáculos. Arrombando uma porta ou uma janela, ingressa no recinto. Depois, torna-se necessário romper ou destruir a porta do cofre. Com isso, tem acesso às joias. É um furto qualificado pela maior audácia e poder de destruição do autor da infração penal. No caso do ladrão que destrói o vidro de uma das janelas do carro, estaria ele, em verdade, estragando a própria coisa que pretende levar. Essa primeira impressão cessa quando percebemos que há coisas cujo obstáculo a sua subtração é inerente ao próprio objeto desejado. É o exemplo do veículo. O vidro de um carro não funciona exclusivamente como protetor do motorista contra chuva ou vento, mas também é um obstáculo natural aos que pretendem subtraí-lo. (...) O agente que destrói o vidro para ter acesso ao carro certamente está sendo mais audaz e causando mais danos do que aquele que encontra o veículo aberto, levando-o. Não se pode fechar os olhos para a realidade. (...) Nem todos os obstáculos são externos à coisa. Cremos, pois, mais acertada a segunda posição. E mais: não vemos necessidade alguma de a subtração consumar-se para incidir a qualificadora. O sujeito que destrói o vidro do carro, sendo surpreendido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> quando fazia a "ligação direta", deve responder por tentativa de furto qualificado (NUCCI, 2012, p. 777 – 778).

Na jurisprudência, é importante destacar, de início, que havia divergência entre a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, responsáveis pelo julgamento das causas penais, no que tange à incidência da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo quando a ação era exercida contra o vidro e automóvel para subtração de objetos presentes no interior do veículo. Pela incidência da qualificadora, veja-se:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto. Destruição ou rompimento de obstáculo. Vidro de veículo automotor. Configuração da qualificadora. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. 1. Verifica-se que a decisão agravada foi proferida em conformidade com o entendimento assentado por esta Quinta Turma no sentido de que a subtração de objetos situados no interior de veículo automotor, mediante rompimento ou destruição dos vidros, qualifica o furto. Precedente do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 165.528- DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 28.8.2012 e DJe 9.10.2012).

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Penal. Crime contra o patrimônio. Furto. Rompimento de obstáculo. Qualificadora (art. 155, § 4º, I, do CP). Incidência. 1. A orientação jurisprudencial desta Quinta Turma firmou-se no sentido da incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo, prevista no artigo 155, § 4º, I, do Código Penal, quando o agente, para subtrair a coisa que se encontra no interior do veículo, comete o furto mediante o rompimento ou destruição dos vidros. Precedentes do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 144.032- DF, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), Sexta Turma, julgado em 12.6.2012 e DJe 28.6.2012).

Pelo afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, colhem-se os seguintes julgados:

> Penal. Habeas corpus. Furto qualificado. Desclassificação. Reconhecimento da tentativa. Impossibilidade. Entendimento do Tribunal de origem em sintonia com jurisprudência desta Corte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Ilegalidade manifesta. Ausência. Qualificadora. Rompimento de obstáculo inerente ao veículo para a subtração de som automotivo. Furto simples. Reconhecimento. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido. 1. [...] 4. In casu, busca-se a desclassificação do delito de furto consumado para o tentado, em situação na qual, pacificamente, a jurisprudência desta Corte reconhece a modalidade consumada. Precedentes. 5. Não se mostra razoável considerar o furto "qualificado" quando há rompimento do vidro do veículo para a subtração do som automotivo, e considerá-lo "simples" quando o rompimento se dá para a subtração do próprio veículo, razão pela qual deve se dar igual tratamento a ambos, considerando-se-os, portanto, como furtos "simples". 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido a fim de se afastar a qualificadora de rompimento de obstáculo e reduzir a reprimenda. (HC nº 153.472-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21.8.2012 e DJe 29.8.2012).

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. OBJETO. INTERIOR DE VEÍCULO. OBSTÁCULO. ROMPIMENTO. QUALIFICADORA. AFASTAMENTO. 1. A jurisprudência da Sexta Turma desta Corte firmou-se no sentido de que não se mostra razoável reconhecer como qualificadora o rompimento de obstáculo para furto de objetos existentes no interior do veículo, e considerar como furto simples a subtração do próprio veículo automotor, sob pena de violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.079.847, Relator o Ministro OG FERNANDES. BRASÍLIA, 06 de junho de 2012).

Então, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.079.847, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, responsável pela palavra final no caso de divergências entre a Quinta e Sexta turmas, pacificou a questão, no sentido de incidência da qualificadora:

> Criminal. Embargos de divergência em recurso especial. Furto. Destruição ou rompimento de obstáculo. Vidro de veículo automotor. Subtração de aparelho sonoro. Configuração da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP. Embargos

> acolhidos. 1. A subtração de objetos localizados no interior de veículo automotor, mediante o rompimento ou destruição do vidro do automóvel, qualifica o furto. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2. De rigor a incidência da qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP quando o agente, visando subtrair aparelho sonoro localizado no interior do veículo, quebra o vidro da janela do automóvel para atingir o seu intento, primeiro porque este obstáculo dificultava a ação do autor, segundo porque o vidro não é parte integrante da res furtiva visada, no caso, o som automotivo. 3. Comprovada por perícia a destruição do obstáculo, não há como afastar a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal. 4. Embargos de divergência acolhidos para dar provimento ao recurso especial do Ministério Público para restabelecer a sentença que reconheceu a qualificadora tipificada no art. 155, § 4º, I, do Código Penal. (EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL nº 1.079.847-SP (2012/0120036-4) - Relator: Ministro Jorge Mussi).

Demonstrada a pacificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de incidência da qualificadora na hipótese de destruição ou rompimento do vidro do automóvel para subtração de bens presentes no interior do veículo, resta a análise da incidência da qualificadora quando a ação é empregada para furto do próprio automóvel.

Nesse ponto, vê-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminhava de forma pacífica, entendendo que não incidia a qualificadora, conforme os seguintes julgados:

> CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. LAUDO PERICIAL FEITO POR PESSOAS INABILITADAS. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS. OBSTÁCULO INERENTE À COISA FURTADA. QUALIFICADORA. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA EXCLUÍDA. IMPROPRIEDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. I. A prova técnica não é a única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador. II. Esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que o rompimento de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

obstáculo inerente ao objeto do furto não caracteriza a circunstância qualificadora. Precedente. III. O agravamento da pena pela reincidência reflete a necessidade de maior reprovabilidade do réu voltado à prática criminosa. Impropriedade de sua exclusão sob fundamento da perda de sua função teleológica. IV. Recurso conhecido e provido em parte, nos termos do voto do Relator. V. Remessa dos autos ao Tribunal a quo para redimensionamento da pena (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 743.615, Relator GILSON DIPP. BRASÍLIA, 04 de agosto de 2005).

DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. MENORIDADE RELATIVA. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. A violação do vidro, para sua abertura e subtração do veículo não tipifica a qualificadora de rompimento de obstáculo, por integrar a sua estrutura; 2. Ocorrendo o trânsito em julgado da sentença para a acusação, o prazo prescricional regula-se pela pena aplicada, e, em sendo o agente menor de vinte e um anos de idade, à época do fato, é ele reduzido à metade, importando na declaração de extinção da punibilidade se entre a data do recebimento da denúncia e da prolação da sentença medeou lapso temporal alcançado pela prescrição retroativa. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 457.648, Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO. BRASÍLIA, 21 de outubro de 2003).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO DE MOTOCICLETA. LIGAÇÃO DIRETA EFETUADA NO VEÍCULO. DANO NO PAINEL E NO SISTEMA DE IGNIÇÃO. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. NÃO-OCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO À PERSONALIDADE DO AGENTE E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DOSIMETRIA REFEITA. PENA-BASE REDUZIDA. I. A incidência da qualificadora do artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, pressupõe conduta praticada pelo Réu objetivada à destruição ou ao rompimento do óbice que dificulta a obtenção da coisa. Se o dano é contra o próprio objeto do furto, sendo o obstáculo peculiar à res furtiva, não incide a majorante. II. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. III. As consequências do crime só podem ser negativamente valoradas quando extrapolados os efeitos da conduta do resultado previsto no tipo penal. IV. A personalidade negativamente considerada impõe existência de elementos concretos para sua efetiva valoração. Agravo regimental desprovido. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 230.117, relator Ministro FELIX FISCHER. BRASÍLIA, 24 de fevereiro de 2015).

Ocorre, no entanto, que, em julgamentos mais recentes, o Tribunal da Cidadania aderiu à corrente doutrinária que preconiza a incidência da qualificadora quando o rompimento ou destruição incide sobre obstáculo inerente ao próprio bem furtado:

> Não me parece ser este último entendimento consentâneo com a real intenção da norma, a qual visa punir de forma mais severa aquele que se dispõe a vencer maiores obstáculos para ofender o bem jurídico tutelado. De fato, não obstante a porta do carro ou seus vidros lhe serem inerentes, não há como descaracterizar que efetivamente se trata de obstáculo que deve ser rompido para que se consume o seu próprio furto. Com efeito, as pessoas fecham os vidros, trancam seus carros e colocam inclusive alarme não apenas para proteger os pertences que estão em seu interior, mas antes e principalmente para evitar o furto do veículo propriamente, por ser via de regra mais caro que os objetos deixados em seu interior. Dessa forma, me parece incoerente aceitar a incidência da qualificadora apenas quando forem subtraídos bens do interior do carro, tendo em conta que o desvalor da conduta relativa ao rompimento do obstáculo é a mesma. Dessarte, entendo não ser possível deixar de reconhecer a prática de furto qualificado apenas e simplesmente por se ter avariado o próprio bem subtraído, pois referida circunstância não tem o condão de desconfigurar o efetivo rompimento de obstáculo. De fato, não há dúvidas de que as portas, os vidros e o alarme do carro visam exatamente impedir ou pelo menos dificultar sua subtração e dos bens que estão no seu interior,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sendo ainda inquestionável a necessidade de transposição desta barreira para que se furte tanto o carro quanto os objetos do seu interior. A conduta em ambos os casos é a mesma, consiste em romper obstáculo como meio necessário para subtrair coisa alheia móvel, o que denota sua maior reprovabilidade, ante a utilização de meios excepcionais para superar os obstáculos defensivos da propriedade. Dessa forma, é indiferente para configurar referida qualificadora analisar qual o bem subtraído (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.395.838, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZE. BRASÍLIA, 20 de maio de 2014).

Não é de ter como razoável acolher-se o entendimento segundo o qual o arrombamento de carro para subtrair toca-fitas ou objetos existentes em seu interior qualifica o furto, o que não sucede se o arrombamento colima subtrair o próprio automóvel. Sem o arrombamento da porta ou do sistema de segurança do carro, não se faria possível o furto; sem a violência em foco, o delito não se consumaria, quer numa situação, quer noutra. 5. Se o acórdão e a sentença deram ao art. 155, § 4º, I, do Código Penal, tal exegese, as decisões não se podem ter como contra a lei. Não cabe, em habeas corpus, anular esses veredictos. 6. Habeas corpus indeferido. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 77675, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA. BRASÍLIA, 27 de outubro de 1998).

HABEAS CORPUS. FURTO DE VEÍCULO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (QUEBRA DO VIDRO LATERAL DIREITO). INCIDÊNCIA DA FORMA QUALIFICADA DO DELITO. ORDEM DENEGADA. 1. O rompimento ou a destruição de obstáculo, independentemente da exterioridade ou não deste em relação à coisa objeto da subtração, implica, em princípio, no reconhecimento do furto em sua forma qualificada. 2. Sob qualquer ângulo que se aprecie o art. 155, § 4o., I do CPB, não se constata referência sobre o obstáculo ser exterior ou próprio à coisa subtraída, bastando que seja necessário à subtração que se destrua ou se vença algo que atrapalhe a consecução do objetivo delituoso. (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 90.371, relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. BRASÍLIA, 19 de dezembro de 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Cabe ressaltar, ainda, que os Tribunais de Justiça do País têm adotado a tese de não incidência da qualificadora na situação em análise:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO TENTADO (ART. 155, §1º, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPOSSIBILIDADE. ARROMBAMENTO QUE OCORREU PARA FURTAR O PRÓPRIO VEÍCULO. OBSTÁCULO INERENTE À COISA QUE SE PRETENDIA FURTAR. INAPLICABILIDADE DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO POR ESTA CÂMARA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0000978-50.2018.8.24.0018, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, Primeira Câmara Criminal, j. 29-04-2021).
>
> 1-) Apelação criminal. Furto tentado. Parcial provimento do recurso da Acusação para afastar a tentativa, elevar a pena-base, redimensionar a pena final e fixar o regime inicial fechado. 2-) Materialidade delitiva e autoria, além de incontroversas, estão comprovadas pela prova oral e documentos existentes nos autos. 3-) Incabível o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo, por não incidir na hipótese de o agente imprimir violência contra obstáculo inerente à própria coisa. No caso, conquanto o laudo pericial tenha atestado fraturas e atritos nas travas de segurança, referidos equipamentos integram os veículos, de maneira que a violência foi empregada contra o próprio objeto do furto, não caracterizando, pois, a qualificadora em questão. 4-) Imperioso o afastamento da tentativa. Recorrido surpreendido quando já havia se distanciado do local da subtração. Houve, portanto, a inversão da posse da "res furtivae", porque os veículos saíram da esfera de vigilância e disponibilidade da empresa-vítima, ainda que por curto lapso de tempo entre a subtração e a recuperação. O delito, desse modo, se consumou, até porque, nesse período, a empresa deixou de exercer poderes inerentes à propriedade. 5-) Pena redimensionada. Na primeira fase, a pena-base deve ser elevada de apenas 1/5, pelos maus antecedentes e porque o apelado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> cometeu o furto durante cumprimento de pena em regime aberto, tendo-se um (1) ano, dois (2) meses e doze (12) dias de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa. Na segunda fase, pode-se compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, permanecendo a pena no mesmo patamar. Por fim, na terceira fase, em razão do afastamento da tentativa, inexistem causas de aumento ou de diminuição. Total: um (1) ano, dois (2) meses e doze (12) dias de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa. 6-) O regime deve ser inicial fechado, pela reincidência, maus antecedentes, para retribuição, prevenção e ressocialização criminais. 7-) Inviável a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, em razão dos maus antecedentes e recidiva (arts. 44, "caput", inc. II e III, do Estatuto Repressivo). 8-) Determinada expedição de mandado de prisão após o trânsito em julgado, em virtude de recente decisão no Excelso Supremo Tribunal Federal (6x5) (TJSP; Apelação Criminal 1500523-35.2020.8.26.0228; Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 19ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/04/2021; Data de Registro: 28/04/2021).

Portanto, como vimos acima, se, por um lado, a jurisprudência caminha uníssona no sentido de que incide qualificadora no caso de destruição ou rompimento do vidro do automóvel para furto de objetos presentes no seu interior, pois considera-se que houve afastamento de um obstáculo externo ao bem objeto da subtração, por outro lado, não há um entendimento jurisprudencial consolidado quanto à imputação da qualificadora no caso de destruição ou rompimento do vidro do automóvel para subtração do próprio veículo.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por finalidade identificar o posicionamento da doutrina e da jurisprudência acerca da incidência da qualificadora de destruição ou rompimento de obstáculo prevista no crime de furto, quando há destruição ou rompimento do vidro do automóvel para subtração de objetos presentes no seu interior ou para subtração do próprio automóvel, crimes que, infelizmente, ocorrem com frequência no nosso país e dão origem a diversas ações penais.

Nesse sentido, entende-se que os objetivos propostos inicialmente foram plenamente contemplados, assim como a temática abordada se mostrou devidamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

explorada no contexto do direito penal, área de concentração do estudo. Ao final do artigo, podemos apontar algumas conclusões.

Quando o agente subtrai objetos localizados no interior do automóvel mediante destruição ou rompimento do vidro do veículo, há incidência da qualificadora e a pena de privação de liberdade cominada passa de 1 a 4 anos para 2 a 8 anos, segundo decidiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.079.847-SP, pacificando a jurisprudência.

Por outro lado, na hipótese em que o agente, mediante destruição ou rompimento do vidro do veículo, subtrai o próprio automóvel, não podemos dizer que há uma jurisprudência consolidada pela não aplicação da qualificadora. Com vimos, algumas decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça trouxeram a incidência da qualificadora nesse caso, mencionando que não se constata exigência no tipo penal sobre o obstáculo ser exterior ou próprio à coisa subtraída, bastando que se destrua ou se vença algo que atrapalhe a consecução do objetivo delituoso. Porém, muitos julgados elencados afastaram a qualificadora por entender que a ação prevista no tipo penal qualificado não pode recair sobre obstáculo inerente ao próprio objeto do furto.

Nesse ponto, apontamos um problema, a existência de decisões conflitantes passíveis de gerar insegurança jurídica, e, como solução, vislumbra-se a futura atuação da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em Embargos de Divergência, pacificando o entendimento jurisprudencial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte especial; dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, **Tratado de Direito Penal: parte geral -** 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de março de 2021;

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.965, Relator Ministro Ayres Britto. BRASÍLIA, 19 de abril de 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627621/habeas-corpus-hc-106965-ac-stf/inteiro-teor-110026105>. Acesso em 01 de março 2021.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.398, Relatora Ministra ELLEN GRACIE. BRASÍLIA, 27 de maio de 2008. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720584/habeas-corpus-hc-89389-sp>. Acesso em 08 março de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 165.528, relator Min. Marco Aurélio Bellizze. BRASÍLIA, Quinta Turma, julgado em 28.8.2012. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2013_231_capTerceiraSecao.pdf >. Acesso em 05 de março de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 144.032, relator Min. Adilson Vieira Macabu. Sexta Turma, julgado em 12.6.2012. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2013_231_capTerceiraSecao.pdf >. Acesso em 05 de março de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 153.472-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21.8.2012. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2013_231_capTerceiraSecao.pdf >. Acesso em 05 de março de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.079.847, Relator o Ministro OG FERNANDES. BRASÍLIA, 06 de junho de 2012. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21870142/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1079847-sp-2008-0171012-3-stj/inteiro-teor-21870143>. Acesso em: 14 de março de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.079.847-SP, Relator o Ministro Ministro Jorge Mussi, 22 de maio de 2013. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2013_231_capTerceiraSecao.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 743.615, Relator Ministro GILSON DIPP. BRASÍLIA, 04 de agosto de 2005. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7205050/recurso-especial-resp-743615-rs-2005-0063347-1>. Acesso em 01 março de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 230.117, relator Ministro FELIX FISCHER. BRASÍLIA, 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178122379/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-230117-df-2012-0195333-4>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 77675, Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA. BRASÍLIA, 27 de outubro de 1998. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14697956/habeas-corpus-hc-77675-pr>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 90.371, relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. BRASÍLIA, 19 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2259142/habeas-corpus-hc-90371-mg-2007-0214660-9>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 457.648, Relator o Ministro HAMILTON CARVALHIDO. BRASÍLIA, 21 de outubro de 2003. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/210913/recurso-especial-resp-457648-df-2002-0102795-4#>. Acesso em: 13 maio de 2021.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.395.838, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZE. BRASÍLIA, 20 de maio de 2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25097324/recurso-especial-resp-1395838-sp-2013-0261696-0-stj>. Acesso em 01 maio de 2021.

CAPEZ, Fernando. Código penal comentado. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral, décima quinta ed. São Paulo: Saraiva 2011.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr>. Data de acesso: 16 de março de 2021.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Dados estatísticos do Governo do Estado de São Paulo, disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/Estatistica/Mapas.aspx>. Acesso em: 10 de março de 2021.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

MARQUES, Frederico. Curso de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1954.

MASSON, CLEBER. Direito Penal Esquematizado. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo MÉTODO, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2004.

NORONHA, Magalhães. Direito Penal: Parte Especial. 15. ed., São Paulo, Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado: 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SANTA CATARIRANA. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal n. 0000978-50.2018.8.24.0018, Relatora Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, Primeira Câmara Criminal, j. 29-04-2021. Acesso em 10 de maio de 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1500523-35.2020.8.26.0228, Relator (a): Tetsuzo Namba; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal. Data do Julgamento: 28/04/2021. Acesso em 15 de maio de 2021.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A ANTECIPAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

GUILHERME DINIZ BARBOSA: Mestrando em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Defensor Público do Estado de São Paulo.

RESUMO: A antecipação da produção da prova testemunhal urgente, prevista no artigo 366 do Código de Processo Penal, é relevante manifestação da discricionaridade judicial no processo penal. O objetivo do presente trabalho é, a partir da base teórica da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, avaliar as decisões dos Tribunais Superiores sobre o tema, a fim de apresentar uma resposta adequada à Constituição do que caracterizaria a urgência exigida pelo citado dispositivo legal, afastando-se a discricionariedade.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionaridade. Urgência. Prova Testemunhal.

ABSTRACT: The anticipation of the production of urgent testimonial evidence, established in the Article 366 of the Brazilian Code of Criminal Procedure, is a relevant manifestation of judicial discretion in criminal proceedings. The objective of the present work is, based on the theoretical basis of the Critical Hermeneutics of Law, by Lenio Streck, to evaluate the decisions of the Superior Courts on the subject, in order to present a constitutionally adequate response of what would characterize the urgency demanded by the mentioned article, avoiding the judicial discretion.

KEYWORDS: Judicial discretion. Urgency. Testimonial evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O subjetivismo do positivismo jurídico e a Crítica Hermenêutica do Direito. 3. A antecipação da prova testemunhal no processo penal. 4. As decisões dos tribunais superiors à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A proposta de Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito é, a partir do enfoque hermenêutico, combater o problema da discricionaridade judicial, própria do positivismo jurídico e fortemente presente na prática judiciária no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Trata-se de tarefa árdua e indispensável à defesa da democracia e à necessária limitação do poder dos juízes.

No presente trabalho, apresentaremos algumas das principais características da referida teoria da decisão, a fim de lançar as bases para uma análise da intepretação do artigo 366 do Código de Processo Penal – mais precisamente, da antecipação da produção da prova testemunhal urgente nele prevista – pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

A aplicação do mencionado dispositivo legal tem sido terreno fértil para o solipsismo judicial, conferindo-se aos juízes, com a anuência dos Tribunais Superiores, liberdade para definir a urgência da prova.

Neste sentido, amparados nas lições de Streck, procuraremos apresentar uma definição de prova testemunhal urgente, que atenda às exigências de coerência e integridade do direito, bem como que esteja em conformidade com a Constituição da República e o processo penal democrático nela consagrado.

2. O SUBJETIVISMO DO POSITIVISMO JURÍDICO E A CRÍTICA HERMEMÊUTICA DO DIREITO

A discricionariedade judicial é um elemento comum às diversas correntes do positivismo jurídico9, tomada por estas como a solução para o problema da indeterminação do Direito.

Hans Kelsen, por exemplo, definiu a interpretação feita por juízes e tribunais como um "ato de vontade", através do qual se escolhe um sentido dentro da "moldura da norma" (ou até fora dela) para aplicá-la (STRECK, 2017b, p. 75). Para Herbert Hart, as regras jurídicas têm limites imprecisos ("textura aberta"), conferindo-se ao julgador liberdade para, quando não encontrar no Direito uma regra clara a ser aplicada (*hard cases*), criar uma solução para o caso concreto (SERRANO, 2016, p. 132).

Também nos denominados positivismos exclusivista e inclusivista está presente a discricionariedade: no primeiro, ao se admitir o emprego de regras e princípios não jurídicos para o preenchimento de lacunas; no segundo, ao se concluir que, mesmo com a incorporação de fatores morais no Direito, ainda assim esta pode ser insuficiente para regular todos os casos, abrindo-se espaço, pois, para que o juiz realize escolhas (STRECK, 2017a, p. 59).

9 A referência, conforme o alerta de Lenio Streck (2017c, p 34), é às correntes positivistas posteriores ao positivismo exegético, eis que já superada a ideia do "juiz boca da lei".

Segundo Lenio Streck (2017b, p. 75), a aposta positivista na discricionariedade decorre do fato de que as questões relativas à razão prática – como a interpretação realizada pelos órgãos judiciais - são colocadas em segundo plano, limitando-se a teoria do Direito a uma racionalidade teórica. Neste sentido, leciona Pedro Serrano (2016, p. 115):

> Tal concepção formal-objetivista do direito e sua obsessão metodológica pela pureza científica acabar por retirar da ciência jurídica qualquer tentativa de compreender o fenômeno da interpretação e aplicação do direito sob a ótica da racionalidade, relegando-as à discricionariedade e à subjetividade do julgador e conferindo-lhe um inegável poder absolutista, incompatível, nota-se, com os ideais de segurança jurídica e com os valores do Estado de direito que lhe foram tão caros enquanto cientistas jurídicos.

A discricionariedade judicial defendida (ou aceita) pelos positivistas está ligada ao paradigma da filosofia da consciência, segundo o qual, em apertada síntese, os objetos não têm uma essência a ser revelada, como ocorria na metafísica clássica: a atribuição de sentidos é feita pela consciência do sujeito ("esquema sujeito-objeto")10. É através da razão que o mundo passa a ser explicado (STRECK, 2017b, p. 14).

Ao se definir que o conhecimento deriva da consciência do sujeito, abre-se caminho para o solipsismo judicial. O sujeito solipsista é aquele que constrói o próprio objeto de conhecimento, a partir de seu ponto de vista interior; ele estabelece a "verdade" a partir de sua consciência (STRECK, 2017b, p. 68). É a esse sujeito - "viciado em si mesmo", egoísta, encapsulado - que o positivismo "delega" o poder discricionário, permitindo que as decisões sejam tomadas com base em subjetividades, ideologias ou interesses pessoais, através da atribuição arbitrária de sentidos (STRECK, 2017a, p. 276)11.

---

10 A partir do método racionalista de Renè Descartes, "na verificação da 'verdade', o cientista deve partir de sua consciência (mente, espírito) em direção ao mundo exterior (matéria), com o intuito de se aclarar, continuamente, a compreensão daquilo que observa. Desse modo, passa-se a acreditar que, na relação Sujeito-Objeto estabelecida, a perfeita compreensão sobre aquilo que é submetido à análise pode ser alcançada mediante um puro exercício intelectual (filosofia da consciência) do pesquisador." (MARQUES, DONATO, 2011, p. 78)

11 "A 'vontade' e o 'conhecimento' do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrárias de sentido e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade). Isso porque é preciso compreender a discricionaridade como sendo o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nota-se, portanto, que os positivistas "conferem ao julgador um poder de imperador absolutista, totalmente incompatível com o Estado de direito que queriam defender" (SERRANO, p. 134)12.

Com sua Crítica Hermenêutica do Direito, Lenio Streck visa a combater a discricionariedade e o solipsismo próprios do positivismo, e o faz amparado na hermenêutica de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, bem como na teoria integrativa de Ronald Dworkin.

Seu ponto de partida é o *linguistic turn*, do qual são expoentes os já citados Heidegger e Gadamer. O giro ontológico-linguístico promove uma ruptura paradigmática, transferindo o conhecimento para o âmbito da linguagem13: é nesta, e não na consciência, que se dá o sentido (STRECK, 2017b, p. 15). Trata-se da superação da filosofia da consciência e sua subjetividade pelo entendimento de que a linguagem não é uma ferramenta ou um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto, mas sim "condição de possibilidade, de acesso ao mundo, o que se dá numa experiência compartilhada/intersubjetiva" (STRECK, 2017a, p. 60).

Com efeito, a linguagem é pública, e não privada, produto de um sujeito solipsista (STRECK, 2017b, p. 17). Portanto, a linguagem não está à nossa disposição, os sentidos não podem ser arbitrariamente definidos pelo intérprete, já que aquela é intersubjetiva e se antecipa a qualquer tipo de interpretação; existe, pois, uma pré-compreensão, que não abre espaço para o subjetivismo (STRECK, 2017a, p. 227)14.

---

poder arbitrário 'delegado' em favor do juiz para 'preencher' os espaços da 'zona de penumbra' do modelo de regras. Não se pode esquecer, aqui, que a 'zona da incerteza' (ou as especificidades em que ocorrem os 'casos difíceis') pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumento o espaço da incerteza e, em consequência, seu espaço de 'discricionariedade'. Nesse sentido, discricionariedade acaba, no plano da linguagem, sendo sinônimo de arbitrariedade." (STRECK, 2017c, p. 70-71)

12 Pedro Serrano vai além e inclui a adoção do positivismo analítico – com o seu paradigma subjetivista e o esquema sujeito-objeto - como uma das razões para o fortalecimento da jurisdição como fonte de exceção nos países de modernidade tardia (2016, p. 106-107).

13 "No decorrer do século XX houve uma mudança no conceito de verdade, que passou de uma construção do homem isolado que conhece a realidade por meio de raciocínios dedutivos (visão idealista), para o homem que conhece a realidade e a acessa coletivamente, pois o ato de conhecer é um ato de comunicação e, como tal, a verdade é resultado de um consenso pré-estabelecido pelo diálogo." (SERRANO, 2016, p. 136)

14 "A partir da fenomenologia hermenêutica de Heidegger, a compreensão não é um processo que é produto de uma subjetividade do sujeito, mas é um existencial, é algo que nos constitui como seres humanos. Nessa linha, compreender significa o modo de ser próprio do ser humano na medida em que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico elaborado por Heidegger, que é a base da intepretação e segundo o qual "sempre ingressamos em um 'processo' de compreensão com algo antecipado" (STRECK, 2017a, p 29). Sobre o tema, segue a lição de Lenio Streck (2017a, 29-30):

> Heidegger explica: quando olho para um canto e vejo um fuzil, é porque, de forma antecipada eu já sabia o que era uma arma. Círculo hermenêutico é condição de possibilidade para a compreensão. Se falo de uma inconstitucionalidade é porque antes já sei o que é uma Constituição, Direito constitucional, jurisdição constitucional, etc. Isso tudo significa também que o círculo hermenêutico é o que propicia a antecipação de sentido que temos de algo.

A noção de pré-compreensão ("antecipação de sentidos") é essencial para se entender como se dá a interpretação e a aplicação do Direito.

Conforme afirmou Gadamer, "antes de dizer algo sobre o texto, deve-se deixar que o texto diga algo" (STRECK, 2017b, p. 107-108). Em outras palavras, se por um lado o texto (da lei escrita, por exemplo) não é tudo, também não é um nada15, de modo que não se parte de um "grau zero de sentidos", mas sim da pré-compreensão, de um sentido antecipado (STRECK, 2017a, p 21). Para Gadamer, ao interpretar o intérprete atribui sentido ao texto e explicita o que compreendeu, mas só

não nos perguntamos por que compreendemos o mundo pelo fato de já o termos compreendido. Há uma antecipação de sentidos que inexoravelmente interpela qualquer tipo de interpretação. Essa antecipação é a pré-compreensão (*Vorverständnis*) da qual nos fala Heidegger. Por isso compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método ou de um processo consciente do sujeito. Existe um processo de compreensão prévio que antecipa qualquer interpretação e somente a partir dele que o intérprete partirá para realizar o processo hermenêutico, dentro do qual, é necessário frisar, já estava inserido." (STRECK, 2017a, p. 227)

15 "Obedecer 'à risca o texto da lei democraticamente construída' (já superada - a toda evidência – a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a 'exegese' à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. (...) A legalidade reclamada, neste caso, é uma legalidade construída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional." (STRECK, 2017b, p. 97)

o faz na aplicação16, não havendo, pois, cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação (STRECK, 2017b, p. 98-99).

Nesse novo paradigma, evidencia-se a impossibilidade de o aplicador do Direito atribuir sentidos arbitrariamente ou, em outras palavras, "julgar conforme sua consciência", como faz o sujeito solipsista17. A decisão não mais se dá a partir uma escolha, no exercício de um poder discricionário. O juiz não mais elege, diante de várias possibilidades de decisão, aquela que lhe convém.

A ideia de pré-compreensão promove o controle desse subjetivismo, exigindo que o juiz se comprometa com o sentido do direito projetado pela comunidade política. Nesta linha, ensina Streck (2017b, p. 117-118):

> [...] toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso dentro da cadeira de integridade do direito. Não há decisão que parta do "grau zero de sentido". Portanto, e isso é definitivo, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua

16 Lenio Streck (2017a, p. 29) ensina que entre norma e texto não existe uma diferença estrutural, mas sim ontológica: "(...) o texto jurídico só existe na medida em que a ele se atribui uma norma. O texto não existe em sua 'textitude'; ele só é (existe) na sua norma, que é o sentido que se atribui no processo de *applicatio*, isto é, de intepretação/aplicação". Ainda sobre a *applicatio*: "*Applicatio* quer dizer que, além de não interpretarmos por partes, em fatias, também não interpretamos *in abstrato*. Quando nos deparamos com um texto jurídico (uma lei), vamos compreendê-lo a partir de uma situação, concreta ou imaginária. (...) Isso quer dizer que o intérprete não enxerga, primeiro, uma coisa sem sentido, para, depois, acoplar o conceito. Conceitos não existem sem coisas. É claro que conceitos e coisas não estão colados. Mas também não são descolados a ponto de o intérprete poder dar qualquer conceito (sentido) à coisa. Quando o intérprete se depara com o texto, há um sentido que se antecipa." (STRECK. 2017a, p. 22-23)

17 Sobre a mudança de paradigma, leciona Pedro Serrano (2016, p. 137): "Esta descoberta de que o homem acessa a realidade pela linguagem tem um efeito devastador nas teorias idealistas, pois não é o homem que cria a realidade das coisas como bem entende, mas deve buscar a verdade nos consensos que a linguagem determina por meio do diálogo. (...) Ao adotar o direito como fenômeno de comunicação, o pressuposto kantiano de que não é possível realizar uma conclusão objetiva a partir de um juízo de valor – porque a verdade do seu pressuposto não é demonstrável universalmente – cai por terra, pois se há consenso entre os interlocutores de que determinado pressuposto é verdadeiro, a conclusão passa a ser 'objetivável'".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> intepretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.

Neste ponto, a Crítica Hermenêutica do Direito se vale da teoria de Ronald Dworkin para enfrentar a subjetividade, exigindo dos juízes coerência e respeito à integridade do direito, na busca de uma decisão (resposta) adequada à Constituição.

A coerência relaciona-se à igualdade: deve o julgador aplicar, para casos idênticos, os mesmo preceitos e princípios (STRECK, 2017b, p. 101). A integridade, por sua vez, "exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito" (STRECK, 2017b, p. 101), vale dizer, que o julgador decida de acordo com os princípios que constituem a comunidade, construídos ao longo da história18.

O combate à discricionaridade e ao solipsismo presentes no positivismo é exigência da democracia, na medida em que se estabelece limites e possibilita o controle das decisões judiciais, reduzindo a subjetividade. Para tanto, a Crítica Hermenêutica do Direito, através das bases que aqui se expôs sinteticamente, defende a existência do direito fundamental à obtenção de respostas adequadas à Constituição (STRECK, 2017c, p. 689):

> A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, de respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um "produto" filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas.

18 "Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. (...) Cada juiz se posiciona na história institucional, devendo interpretar o que aconteceu e dar-lhe continuidade da melhor maneira possível. Cada tomada de decisão deve se articular ao todo coerente do Direito, mantendo uma consistência com os princípios constitutivos da comunidade. Dworkin se compromete com decisões judiciais corretas através da coerência e integridade normativas." (STRECK, 2017a, p. 252)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Expostos, sinteticamente, os caracteres gerais da teoria desenvolvida por Lenio Streck, passamos a apresentar julgados dos Tribunais Superiores acerca da antecipação da prova testemunhal por aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal, a fim de, em seguida, analisá-los à luz da doutrina aqui exposta.

3. A ANTECIPAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

A Lei nº 9.271/96 alterou o artigo 366 do Código de Processo Penal19, determinando a suspensão do processo e do prazo prescricional quando o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado. A modificação legislativa afastou a possibilidade de tramitação do processo quando o réu não for encontrado, em atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República), que eram fortemente vilipendiados no modelo anterior20, bem como às disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos21.

O citado dispositivo prevê, por outro lado, a possibilidade de "o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes". Para os fins do presente estudo, cumpre identificar como os Tribunais Superior tem tratado do tema, especificamente quanto à antecipação da prova testemunhal.

No Supremo Tribunal Federal, há o entendimento de que "a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso

19 Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

20 "Incrivelmente, até 1996, ainda existia no Brasil a possibilidade de processos em estado de revelia, ou seja, sem que o acusado tivesse sido citado (citação real). Eram processos nitidamente inquisitórios (ou melhor, ainda mais inquisitório que o atual...), em que se nomeava um defensor (in)ativo, na verdade, um convidado de pedra, absolutamente inativo e impossibilitado de produzir prova." (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 558-559)

21 "Artigo 8.2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; (...)"

ocorra" (STRECK, 2017, p. 32)22, posicionamento este ainda predominante da 1ª Turma, conforme se verifica no seguinte trecho da ementa de recente julgado23:

> [...] cabe ao juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, (...) especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP).

No caso que aqui tomamos como exemplo, o STF negou provimento a agravo regimental, considerando idônea a decisão que antecipou a produção de prova testemunhal em razão da possibilidade de as testemunhas se esquecerem dos fatos ou não serem localizadas e na imprevisibilidade de retomada do andamento do processo, bem como por economia processual.

Na mesma linha, a 2ª Turma, no *Habeas Corpus* nº 135.38624, decidiu que a gravidade do crime e o risco de perecimento da prova (consistente no esquecimento de detalhes importantes pelas testemunhas, em decorrência do decurso do tempo) justificam a antecipação da colheita da prova. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que "o magistrado utilizou-se da prudência necessária, a fim de resguardar a produção probatória e, em última análise, o resultado prático do processo penal", invocando, ademais, o direito à duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVII, da CR/88). Nota-se, portanto, que também se atribuiu ao julgador a tarefa de estabelecer aquilo que é urgente, com base na sua "prudência".

Ressalte-se o entendimento divergente dos Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, neste e em outros casos semelhantes25, para os quais a antecipação da prova testemunhal do artigo 366 do Código de Processo Penal deve

22 *Habeas Corpus* nº 93.157, julgado em 23/09/2008 pela 1ª Turma, redator para o acórdão Min. Menezes Direito (vencido o Min. Ricardo Lewandowski).

23 Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 165.581, julgado em 22/02/2019 pela 1ª Turma, relator Min. Alexandre de Moraes (vencido o Min. Marco Aurélio).

24 Julgado em 13/12/2006, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes.

25 Como exemplos: *Habeas Corpus* nº 130.038, julgado em 03/11/2015 pela 1ª Turma, e *Habeas Corpus* nº 108.064, julgado em 13/12/2011 pela 1ª Turma, ambos relatos pelo Ministro Dias Toffoli. Na mesma linha, o *Habeas Corpus* nº 83.709-3, julgado pela 1ª Turma em 30/03/2004, relator para o acórdão Min. Cezar Peluso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

observar os parâmetros do artigo 225 do mesmo diploma26, não bastando a mera alegação de comprometimento da memória das testemunhas pela ação do tempo.

Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça editou, em 2010, a súmula 455, com o seguinte teor: "A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo."

Entretanto, o próprio STJ permite a antecipação da colheita da prova quando a testemunha é policial, ao argumento de que o trabalho dos agentes de segurança pública, em constante contato com fatos submetidos ao processo penal, seria fator de maior comprometimento da memória, de modo que não antecipar a oitiva destes comprometeria a eficiência do sistema punitivo, conforme afirmou o Min. Rogério Schietti Cruz em seu voto-vista no Recurso em *Habeas Corpus* nº 64.086, julgado pela Terceira Seção em 23/11/2016.

A Corte Superior também tem flexibilizado o entendimento sumulado em situações em que, muito embora as testemunhas não sejam policiais, o lapso temporal entre os fatos e a instrução prejudique a memória daqueles e, consequentemente, a busca pela "verdade real"27.

Vê-se que, em que pese a invocação dos parâmetros do artigo 225 do Código de Processo Penal, a que acima nos referidos, em alguns julgados28, o STJ tem decido que o juiz pode tomar como urgentes a oitiva de policiais (em qualquer hipótese) e de quaisquer testemunhas, quando maior o decurso do tempo.

Neste panorama, é possível concluir que as Cortes Superiores tão somente exigem, para a antecipação da oitiva de testemunhas com amparo no artigo 366 do CPP, que o juiz apresente fundamentação concreta, que aponte o que ele considere urgente, segundo sua própria concepção de urgência. A limitação imposta

26 Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

27 No Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 557.840, julgado em 05/05/2020 pela 5ª Turma (relator Min. Ribeiro Dantas), decidiu-se ser possível a antecipação da oitiva das testemunhas por terem transcorridos dez anos entre a data dos fatos e a instrução.

28 Como exemplos, citamos julgados em que foram relatores os mesmos Ministros que, nos exemplos anteriores, decidiram ser possível a antecipação da colheita da prova testemunhal pelo risco de esquecimento: Recurso em *Habeas Corpus* nº 107.319, julgado em 21/03/2019 pela 6ª Turma (relator Min. Rogério Schietti Cruz), e *Habeas Corpus* nº 313.376, julgado em 18/05/2017 pela 5ª Turma (relator Min. Ribeiro Dantas).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pelo STJ – de não se indicar apenas o decurso do tempo como fundamento para a decisão – comporta diversas exceções, como se expôs, e não representa, de fato, uma real restrição a uma infinidade de casos29.

4. AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES À LUZ DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A partir do quanto se expôs, verifica-se que as Cortes Superiores conferem ampla discricionariedade aos juízes para a determinação do que seriam provas urgentes, a possibilitarem a produção antecipada, nos termos do artigo 366 do CPP.

Nota-se, aqui, a íntima relação entre a filosofia da consciência e o sistema inquisitório, fortemente presente na legislação infraconstitucional e na prática judiciária, eis que fica a critério do juiz a antecipação das provas (STRECK, OLIVEIRA, 2019, p.58). Neste sentido:

> [...] é possível afirmar que, no sistema inquisitório (ou inquisitivo), o sujeito (da relação sujeito-objeto) é o "senhor dos sentidos". Ele "assujeita" as "coisas" (se se quiser, "as provas", o "andar do processo" etc.). Isso exsurge, como já referido, da produção da prova *ex officio* e da prevalência de princípios (*sic*) como o do "livre convencimento do juiz" ou da "livre apreciação da prova". Ou seja, no "sistema inquisitivo", a prova depende do "inquisidor". Transplantada a frase para a filosofia *no* direito, a prova depende do sujeito. A prova é a "coisa". Essa "coisa" depende da visão de mundo do sujeito. Em outras palavras, a prova depende do que pensa o juiz. É do seu alvedrio que exsurgirá a decisão. (STRECK, OLIVEIRA, 2019, p. 56-57)

A Constituição da República de 1988, ao estabelecer o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz, a exigência de fundamentação e de publicidade das decisões, entre outros direitos e garantias, adotou o modelo acusatório de processo penal (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 48-49), no qual "o poder persecutório do

29 Invocamos, neste ponto, o trabalho de Marcelo Semer (2019, p. 187-200), segundo o qual, no universo de processos por ele pesquisado, 90,46% das testemunhas em processos relativos ao tráfico de drogas são agentes de segurança pública ou guardas municipais, aos quais se confere uma "credibilidade especial". Portanto, seguindo-se a posição do STJ, nos milhares de processos que tratam do citado crime a regra seria a antecipação da oitiva das testemunhas, desvirtuando o caráter excepcional – marcado pela urgência – da produção antecipada de provas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado" (STRECK, OLIVEIRA, 2019, p. 56).

Conforme afirma Aury Lopes Júnior (2010, p. 27), o processo penal é "instrumento a serviço da realização do projeto democrático" e sua finalidade é garantir a "máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial a liberdade individual". Mais do que mero caminho necessário para à aplicação da pena, o processo penal é limite ao poder punitivo estatal.

Em primeiro lugar, portanto, temos que a decisão que determina a antecipação da produção de provas deve refletir os princípios constitucionais, a fim de que seja, pois, uma resposta correta (adequada à Constituição), na linha do que estabelece a Crítica Hermenêutica do Direito.

A partir dessas premissas, a antecipação da oitiva de testemunhas não pode se amparar no suposto comprometimento da "eficácia do sistema punitivo" ou na busca de se garantir "o resultado prático do processo penal", tampouco em prol da celeridade do processo, conforme consta em algumas das decisões acima mencionadas. Tais entendimentos violam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório em favor de uma ideia de eficiência que toma o processo penal como instrumento de segurança pública, o que não é compatível com o modelo constitucional democrático.

Igualmente inaceitável a invocação da busca da "verdade real" como pretexto para antecipar a instrução, como defende Rômulo de Andrade Moreira (2013, p. 42-43), para quem toda prova testemunhal é urgente. Esta "busca pela verdade", além de ser própria do sistema inquisitivo30 e, pois, incompatível com a Constituição, é mais uma manifestação da filosofia da consciência no processo penal. Segundo Streck (2017b, p. 56), o "princípio da verdade real":

> [...] era a instrumentalização da ontologia clássica no processo penal, pelo qual a verdade do processo penal se revelaria ao juiz (*adequatio intellectus et rei*). A verdade estaria "nas coisas", que, por terem uma essência, iluminariam o intelecto do juiz. Ocorre que, por desconhecimento filosófico ou uma corruptela

30 "No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, 'detentor da verdade de um crime', e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter 'absoluto'". (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 76-77)

> metodológica, o aludido "princípio" foi transformado em *modus operandi* do paradigma que superou o objetivismo realista: o paradigma da filosofia da consciência. Desse modo, ao invés da "coisa" "assujeitar" o juiz – circunstância que asseguraria o exsurgimento da verdade "dada" no âmbito do processo penal - , foi o juiz que passou a "assujeitar" a coisa (a prova processual). E a "verdade real" passou a ser aquela "extraída inquisitorialmente pelo juiz". É dizer, a prova passou a ser aquilo que a consciência do juiz "determina". Por alguma razão – que é de todos conhecida – a "verdade real" *cambiou de paradigma*...!

Cumpre ressaltar, ainda, que, ao contrário do que sustentam alguns doutrinadores31, a antecipação da colheita de prova testemunhal compromete a ampla defesa e o contraditório, impedindo, por exemplo, que o defensor (público ou dativo) conheça a versão do acusado e possa formular perguntas pertinentes à testemunha, exercendo, pois, uma defesa meramente simbólica (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 566)32.

Por tais razões, a oitiva antecipada de testemunhas, só deve ser determinada em situações excepcionalíssimas, e não sob a alegação genérica de que o decurso do tempo compromete a memória, sob pena de violação dos citados princípios constitucionais. Tampouco se pode deixar ao arbítrio do juiz em quais situações o possível esquecimento por parte da testemunha permitiria sua oitiva antecipada, o que, como visto, tem ocorrido no STJ.

Há de se indagar, pois, qual o sentido de "provas urgentes" contido no citado dispositivo, para que este não dependa da opinião do julgador solipsista. Neste sentido:

---

31 "[...] a antecipação da prova testemunhal não tolhe o contraditório nem a ampla defesa, em especial, porque o processo não chegará a ser sentenciado em seu mérito enquanto o réu não for localizado, e uma vez comparecendo ao processo, terá contato com todos os testemunhos produzidos, para somente, então, como ato final da produção da prova oral, ser interrogado." (AVILA, ALTOÉ, 2017, p. 265)

32 Importante registrar o posicionamento de Vinícius Peluso (2008, p. 200-202), que afirma que, em consonância com os princípios constitucionais que regem o processo penal, a previsão do artigo 366 do CPP não pode consistir em verdadeira antecipação da produção da prova testemunhal, mas sim medida cautelar, que visa a conservar o depoimento que corre o risco concreto de não se realizar; se ao tempo da retomada do curso do processo for possível a oitiva da testemunha, esta deverá ser feita novamente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para se converter em prova.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> De nossa parte, entendemos que, a partir de uma análise constitucional, parece-nos evidente que, quando a lei estabelece a possibilidade de *o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes*, a sua decisão deverá estar fundamentada/justificada com todos os detalhes, além de passar pelo crivo do contraditório e da ampla defesa (...). Além disso, a urgência deve ser considerada levando-se em conta toda a história institucional das decisões anteriores que tratam dessa temática, respeitando a coerência e a integridade. "Provas consideradas urgentes" não é um enunciado assertórico. Tampouco é um enunciado performativo. A "proposição jurídica" só terá sentido em cada caso concreto. A aplicação automática do dispositivo (*tabula rasa*) abre espaço para a decisão que o juiz julgar mais conveniente. E isso é reforçar o "subjetivismo/discricionarismo" dos juízes." (STRECK, OLIVEIRA, 2019, p. 56-57)

Portanto, em obediência aos critérios de integridade e coerência, temos como adequadas as decisões que extraem o conceito de "prova urgente" do artigo 225 do Código de Processo Penal, que prevê a tomada antecipada do depoimento da testemunha que houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista. O elemento essencial à caracterização da prova testemunhal urgente é, pois, a possibilidade de perecimento da prova, que se resume à ausência – não meramente temporária, mas que comprometa seu comparecimento em definitivo – e ao risco concreto de morte ou de enfermidade que impossibilite o depoimento.

O entendimento aqui defendido é extraído de todas as decisões da Corte invocadas como precedentes para a formulação do enunciado da súmula nº 455 do STJ33, que pretendeu afastar o risco de comprometimento da memória como fator para antecipação da oitiva de testemunhas. Como exemplo, transcrevemos trecho do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer no *Habeas Corpus* nº 111.984:

33 São elas: RHC nº 21.173, julgado em 19/09/2009 pela 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; HC nº 111.984, julgado em 17/02/2009 pela 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer; HC nº 132.852, julgado em 14/05/2009 pela 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz; HC nº 103.451, julgado em 05/06/2008 pela 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva; HC nº 67.672, julgado em 28/05/2008 pela 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteve Lima; HC nº 45.873, julgado em 17/08/2006 pela 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves; EREsp nº 469.775, julgado em 02/03/2005, julgado em 24/11/2004 pela 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz.

> Cumpre esclarecer que a produção antecipada de prova testemunhal não é obrigatória em se tratando de suspensão estabelecida no art. 366 do CPP. Não é automática. Ela deve ser - conforme o caso - avaliada fundamentadamente.
>
> A decisão prevista no referido artigo, acerca da prova, deve ser, portanto, motivada. *In casu*, constata-se que o Juízo a quo não demonstrou com dados concretos extraídos dos autos a necessidade da produção antecipada da prova, restringindo-se em afirmar que o transcurso do tempo poderia influir na memória das testemunhas.
>
> Na verdade, o art. 366 se coaduna melhor com o art. 225 do que com o art. 92,
>
> todos do CPP. Esta última hipótese, acerca da inquirição antecipada de testemunhas, não traz, em princípio, nenhum gravame para o réu, em regra, presente. Justamente o sistema é que recomenda o tratamento diferenciado porquanto distintas - e, totalmente distintas - as situações.
>
> Nas prejudiciais, o réu não é, necessariamente, revel (*ex vi* art. 92 do CPP). Já
>
> na revelia, a possibilidade de prejuízo para o acusado pode ser, na prática, de grande monta. Aliás, igualando-se as hipóteses, a suspensão do art. 366 do CPP não teria nenhuma razão de ser (*v.g.*, a suspensão para as alegações finais...).

Contudo, como exposto acima, nem mesmo o STJ segue as decisões que ampararam o entendimento sumulado (em verdade, tampouco segue o simples enunciado da súmula, que diz menos que os precedentes que o sustentam), deixando de lado a exigência de observância do artigo 225 do CPP para a caracterização da urgência da prova, desvirtuando, por completo, o histórico com que o tema foi abordado na Corte.

5. CONCLUSÃO

A Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, fornece robustos elementos para o combate à discricionaridade judicial, inaceitável no processo jurisdicional de bases democráticas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A partir do quanto se expôs, é possível verificar que os Tribunais Superiores têm adotado uma atitude permissiva quanto à discricionariedade na aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal, no ponto específico da antecipação da oitiva de testemunhas. Como visto, extrai-se dos posicionamentos majoritários tanto do STJ, como do STF, uma defesa cega do solipsismo, sob diversos argumentos, nenhum deles, contudo, com amparo na Constituição e no sistema acusatório nela consagrado.

Verificou-se, também, a inobservância dos deveres de coerência e integridade – não apenas decorrentes das teorias de Dworkin e Streck, mas imposição legal34 -, revelada pela adoção de um verdadeiro casuísmo, especialmente pelo STJ, que ignora o conteúdo dos próprios precedentes que levaram à elaboração de súmula sobre o tema.

A partir das lições de Streck, reconstruindo a história institucional das decisões que tratam da oitiva antecipada de testemunhas, nos termos do artigo 366 do CPP, é possível concluir pela necessidade de observância do artigo 225 do CPP para a identificação da urgência exigida pelo dispositivo legal.

Com isso, atende-se, a um só tempo, os requisitos de coerência e integridade, a necessidade de se resguardar ao máximo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (tornando excepcional a oitiva antecipada de testemunhas) e de se afastar a discricionaridade do julgador, propiciando que se chegue a uma decisão adequada à Constituição.

6. REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; ALTOÉ, Rafael. **Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal.** In: **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.255-270, jan./jun. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Iniciação ao processo penal.** 2ª ed., Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

34 Imposta pelo artigo 926 do Código de Processo Civil ("Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.") e plenamente compatível com o processo penal.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. **Decisão penal no Estado Democrático à luz da hermenêutica filosófica e do modelo constitucional de processo.** In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 54, p. 75/87, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O artigo 366 do código de processo penal e a produção antecipada da prova testemunhal**. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 40-45, fev./mar. 2013.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **Revelia e a produção antecipada da prova testemunhal no processo penal (art. 366 do CPP)**. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 72, p. 186-206, mai./jun. 2008.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. 1ª ed., São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1ª ed., São Paulo: Alameda, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017a.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017c.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO COMO MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO

ANAMARIA NEGRÃO SALOMON:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade UNA – Unidade Aimorés

ANA AMÉLIA RODRIGUES PEIXOTO35

(coautora)

DANIEL SECCHES SILVA LEITE[3]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico apresenta um estudo crítico, técnico e teórico acerca do uso da Mediação no processo sucessório. A mediação, como meio alternativo de solução de conflitos, utiliza técnicas de negociação que evitam a potencialização do conflito e permitem a solução amigável e, diante disso, se apresenta como meio hábil para que se evite o desgaste da relação familiar em razão do traumático e agudo processo de sucessão em razão do falecimento de ente querido. Assim, este estudo busca a compreensão da mediação como instituto autônomo de solução de conflitos, além de estudar os procedimentos sucessórios, traçando, por fim, um paralelo analítico acerca da utilização da mediação em procedimentos sucessório, judicial ou extrajudicial cuja importância se dá em razão da manutenção das relações familiares, visto que esta não sofrerá o desgaste e o abalo comum às lides sucessórias.

Palavras-chave: Família. Direito Sucessório. Mediação. Sucessão.

ABSTRACT: This scientific article presents a critical, technical and theoretical study about the use of Mediation in the succession process. Mediation, as an alternative means of resolving conflicts, uses negotiation techniques that avoid the potentialization of conflict and allow a friendly solution and, in view of this, it presents itself as a skillful means to avoid the erosion of the family relationship due to the traumatic and acute succession process due to the death of a loved one. Thus, this

35 Graduanda do curso de Direito da Faculdade UNA – Unidade Aimorés.

[3] Orientador e professor do curso de Direito da Faculdade UNA – Unidade Aimorés.

study seeks to understand mediation as an autonomous conflict resolution institute, in addition to studying succession procedures, drawing, finally, an analytical parallel about the use of mediation in succession, judicial or extrajudicial procedures whose importance is due to the maintenance of family relationships, since this will not suffer the wear and tear common to succession disputes.

Keywords: Family. Mediation. Succession. Succession Law.

Sumário: Introdução. 1. Mediação e seus princípios. 2. O procedimento sucessório judicial e extrajudicial. 3. O uso da mediação no procedimento sucessório. 4. Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A mediação de conflitos, juntamente com a arbitragem e a conciliação, se apresenta como um dos principais meios de solução alternativa de conflitos. Desde a sua criação aos costumes, até o aprimoramento legislativo da mediação, o procedimento se vale de conceitos de negociação e flexibilidade entre as partes, em prol da busca de uma solução pacífica e equânime do conflito entre os participantes.

De outra forma, o procedimento de partilha e sucessão guarda peculiaridades e problematizações próprias de si. Por vezes, a herança se reveste em uma dolorosa e arrastada contenda entre os herdeiros, esvaindo a estrutura e a relação familiar entre os entes que, via de regra, se encontram consternados pela perda de um ente querido.

Diante disto, este estudo procura o conhecimento analítico e aprofundado destes dois institutos. Em primeira monta, busca a compreensão do que é a mediação e como este meio de solução de conflitos é utilizado no sistema jurídico brasileiro; em segundo momento, faz-se a racionalização e a pré-compreensão do procedimento sucessório judicial e extrajudicial, traçando, por fim, um paralelo entre os institutos jurídicos, procurando estabelecer formas de aplicação da mediação como meio de solucionar o conflito entre os herdeiros, fomentar o acordo e a boa convivência e preservar as relações familiares e afetivas entre os partícipes, para além da sucessão e do trauma experimentado por eles.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2 Mediação e seus princípios

A mediação é um meio alternativo de solução de conflitos, podendo ser aplicada em procedimentos de natureza extrajudicial e/ou judicial e apresenta-se, junto à conciliação e a arbitragem, como meio hábil para a solução pacífica e amigável de pendências jurídicas entre as partes envolvidas. Destarte, a mediação poderá ser utilizada na resolução de conflitos que versem dobre direitos disponíveis, de forma livre, e direitos indisponíveis, desde quem, neste caso, o acordo oriundo da mediação seja submetido ao crivo da homologação judicial.

O atual Código de Processo Civil, considerando a importância da mediação, confere a ela seção específica de tutela, entre os artigos 165 e 175, de modo a predeterminar regras e princípios que regem a mediação judicial no Brasil. Paralelamente e concomitantemente, a mediação é tutelada, de forma específica, pela Lei 13.140/2015, que trata precipuamente das regras de aplicação da mediação.

Por conceito, a mediação, de forma imparcial e independente, potencializa a vontade das partes envolvidas, tornando o procedimento judicial mais efetivo e legitimo para com elas. Neste contexto, a mediação é conceituada, nos moldes do artigo 1º, parágrafo único da Lei 13.140/2015 como:

> *a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*

Acerca da referida conceituação, Daniel Amorim Assumpção Neves, com mestria, define a mediação como sendo uma *"forma alternativa de solução de conflitos fundada no exercício da vontade das partes, o que é o suficiente para ser considerada espécie de forma consensual do conflito"* (NEVES, 2016, p. 89).

Neste contexto, ainda sobre a mediação e sua importância no procedimento judicial, sua aplicação e efetividade, o mesmo autor afirma:

> A mera perspectiva de uma solução de conflitos sem qualquer decisão impositiva e que preserve plenamente o interesse de ambas as partes envolvidas no conflito torna a mediação ainda mais interessante que a autocomposição em termos de geração de pacificação social. (NEVES, 2016, p. 90)

Neste sentido, conforme se nota, a mediação possui grande relevância na solução pacífica de conflitos, sendo regida por regras e princípios previamente estabelecidos que irão nortear o processo mediatório.

Neste diapasão, cumpre demonstrar que os princípios, em termos gerais, têm por função orientar o direito material e processual, conferem amoldamentos supralegais ao procedimento, de valor genérico e que produzem efeitos jurídicos. Nesta feita, nos termos do artigo 166 do CPC, a mediação é regida, para além dos princípios gerais do direito, pelos princípios da Independência, Imparcialidade, Oralidade, Autonomia da Vontade, Decisão Informada e Confidencialidade. Além destes, a Lei de mediação adiciona ainda os princípios da Boa-fé e da busca do consenso, conforme artigo 2º36.

Quando nos referimos do princípio da Independência, informamos que as partes são independentes, de modo que o mediador, terceiro partícipe do processo, deve limitar-se à mediação e não promover interferências na independência e autonomia dos demais participantes.

Noutro giro, a imparcialidade do mediador é que determina que este não deverá guardar qualquer vínculo ou interesse pessoal para com as partes, sob risco de parcialidade e, consequentemente, vício de procedimento, sendo que, a ele, se aplicam as mesmas regras gerais de suspeição e impedimento aplicáveis aos magistrados. A obrigação do mediador informar às partes possíveis causas de suspeição, fatos ou circunstâncias de impedimento de sua atuação no procedimento está determinada nos termos do artigo. 5º37 "c*aput*" e parágrafo único da Lei de mediação:

Subproduto do princípio da confidencialidade e da celeridade processual (princípio geral do direito) o princípio da oralidade informa que o procedimento de

36 Lei 13.140/2015 - Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

37Lei 13.140/2015 Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mediação será feito preponderantemente de forma oral, sem que, em regra, sejam promovidos complexos registros ou gravações, em respeito aos demais princípios aludidos.

O princípio da Autonomia da Vontade trata da elevação da vontade das partes litigantes, que poderão convencionar regras processuais e materiais, potencializando a satisfação das partes e a efetividade do procedimento de mediação. É mister o esclarecimento de que nem tudo poderá ser convencionado entre as partes, mas estas poderão, nos termos da Lei, negociar as melhores regras a que serão submetidas. Nesse sentido, acerca do princípio da autonomia Selma M. Ferreira Lemes, citando Amaral Neto, afirma que:

> A esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito, psicológica; autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas. (LEMES *apud* AMARAL NETO, 1992, p. 34)

Ademais, considerando que a mediação tem como base o atendimento da vontade mútua das partes, não poderiam elas, as pessoas, serem obrigadas a se submeterem ou permanecerem no procedimento de mediação, conforme artigo 2º, §2º[38] da Lei 13.140/15.

Em continuidade, o princípio da decisão informada determina que, para que seja realizada mediação ou autocomposição da demanda, é necessário que as partes tomem suas decisões munidos de todas e quaisquer informações relevantes existentes, o que, novamente, visa a ascensão sa autonomia das partes e a segurança jurídica do

38 Lei 13.140/2015 - Art. 2º § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

procedimento, que é realizado com legalidade e legitimidade, sob o crivo do juiz, em procedimentos extrajudiciais, e do escrivão/tabelião, caso o procedimento se faça extrajudicialmente. Luiz Antônio Scavone Junior afirma que este princípio:

> (...) estabelece como condição de legitimidade da autocomposição por meio da conciliação a absoluta consciência e conhecimento das partes quanto aos seus direitos e quanto aos fatos estabelecidos pelo conflito, o que somente pode ser atingido, na nossa opinião, se o conciliador tiver formação jurídica, notadamente em razão da necessidade de o conciliador sugerir solução juridicamente possível. (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 303)

O processo de mediação não se reveste de publicidade, tendo em vista que, pelo princípio da Confidencialidade, um dos mais importantes, a mediação é confidencial em relação a terceiros, sendo que, por força dos artigos 30 e 3139 da Lei de Mediação. O dever de confidencialidade atinge a todos os envolvidos no processo:

---

39 Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§3º Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Partes, juiz, mediador, advogados, testemunhas e tantos outros quanto forem partícipes no procedimento.

Em confirmação a isto, o autor Luiz Antônio Scavone Junior palestra que:

> Os procedimentos de mediação e conciliação são confidenciais e toda informação coletada durante os trabalhos não poderá ser revelada pelo profissional, pelos seus prepostos, advogados, assessores técnicos ou outras pessoas que tenham participado do procedimento, direta ou indiretamente, e, evidentemente, nessa medida, não podem testemunhar(...). A confidencialidade atinge, inclusive, as partes. (SCAVONE JUNIOR, 2018, p. 300)

Em raciocínio concomitante, Fernanda Tartuce corrobora este posicionamento reafirmando a importância da confidencialidade. A autora afirma que "o fato de poderem dispor sobre o que querem ver coberto pela confidencialidade (disciplinando os fins a que se destinarão as informações obtidas na sessão consensual) é mais uma expressão do princípio da autonomia da vontade" (TARTUCE, 2018, p. 232). Neste contexto, a autora termina por definir a confidencialidade como:

> "o instrumento apto a conferir um elevado grau de compartilhamento para que as pessoas se sintam "à vontade para revelar informações íntimas, sensíveis e muitas vezes estratégicas" que certamente não exteriorizariam em um procedimento pautado pela publicidade. (TARTUCE, 2018, p. 233)

A busca pelo consenso, de forma óbvia e clara, é princípio básico da mediação, tendo em vista ser o objetivo principal e essencial do procedimento, de modo que é a busca pela mediação.

Por fim, traz-se o princípio da Boa-fé, que determina a fidelidade e respeito no procedimento de mediação. A boa-fé é princípio geral de direito e deve ser considerada independente da seara de direito em questão, mas pela importância que guarda, foi elevada a princípio específico da mediação. Sobre o tema, Daniel M. Assumpção Neves explana que

> (...) é necessário que algumas regras sejam estabelecidas, aliás, como em qualquer outra atividade humana que coloque contentores frente a frente. Os deveres de proceder com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> lealdade e com boa-fé, presentes em diversos artigos do Código de Processo Civil, prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevendo condutas que violam a boa-fé e lealdade processual e indicando quais são as sanções correspondentes. Como ensina a melhor doutrina, ainda que por vezes não se mostre fácil no caso concreto, deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa de interesses. (NEVES, 2016, p. 313)

Diante do todo o exposto, pode-se afirmar que a mediação se apresenta como o meio mais adequado para que tenhamos um procedimento judicial equânime, justo e amoldado às necessidades das partes, inclusive no processo sucessório, de modo a permitir aos herdeiros o lugar de fala e a autonomia de suas vontades, oferecendo a oportunidade de promover a solução do conflito de forma pacífica, célere e eficaz.

3 O procedimento sucessório judicial e extrajudicial

Tão logo ocorra o evento morte, abre-se o processo sucessório, sendo o procedimento de inventário e partilha o meio apto a promover a divisão, partilha e transferência de propriedade dos bens deixados pelo falecido. Deste modo, o procedimento sucessório de inventário pode ocorrer de forma judicial ou extrajudicial, a depender das características e peculiaridades das partes envolvidas, bem como dos bens a serem partilhados.

O direito sucessório poderá ter como origem a sucessão legítima, que decorre essencialmente de força de Lei, ou da sucessão testamentária, que se traduz no testamento, ato de última vontade do autor da herança antes do evento morte.

Sobre os tipos de sucessão, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim explicam que

> A sucessão legítima dá-se por disposição legal, em favor das pessoas mencionadas como herdeiras, por uma ordem de prioridade que a lei denomina "ordem da vocação hereditária". Trata-se de direito fundamental, definido na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXX: *é garantido o direito de herança. [...]* De seu turno, a sucessão testamentária decorre da manifestação de última vontade do autor da herança, mediante testamento ou codicilo. Serão sucessores, por essa forma, as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> pessoas nomeadas pelo testador, mas com a restrição de que se resguarde a metade da herança, chamada de legítima, aos herdeiros necessários, que são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (OLIVEIRA; AMORIM, 2016, p. 52)

Neste contexto, insta esclarecer ainda que, por força do artigo 1.788 do código civil, a presença de herdeiros legítimos ou necessários poderá ocorrer comutativamente à presença de herdeiros testamentários, sem que haja qualquer objeção jurídica, em âmbito processual ou material. (OLIVEIRA; AMORIM, 2016, p. 52)

Diante disso, antes de adentrar no uso da mediação e de suas vantagens no procedimento sucessório, faz-se necessário tecer breves esclarecimentos acerca do procedimento de inventário e partilha, como forma de facilitar o entendimento do assunto aprofundado.

3.1 Procedimento sucessório judicial

Via de regra, o procedimento sucessório deverá ocorrer por meio judicial, de modo a resguardar a legalidade e a eficácia do procedimento que, por vezes, se apresenta longo e complexo.

Legalmente, o Direito das Sucessões é tutelado pelo código civil, artigo 1.784 e seguintes, além dos dispositivos do código de processo civil, artigo 610 e seguintes, de modo que todo e qualquer procedimento deverá respeitar os ditames legalmente estabelecidos.

Conforme estabelecido pelos artigos 610 e 611, ambos do Código de Processo Civil, em casos de interessado incapaz ou que o falecido tenha deixado testamento, o procedimento deverá ser, necessariamente, judicial, devendo ser instaurado até 02 (dois) meses após a morte do autor da sucessão, devendo ser findo no prazo de 12 (doze) meses.

O procedimento de inventário tem o condão de reunir todo o complexo de passivos e ativos do falecido em um único montante jurídico, chamado de *monte mor*, reunindo ainda todas as pessoas interessadas, herdeiros necessários, legalmente estabelecidos, e testamentários, que decorrem da vontade do "*de cujus*". Em regra, a

sucessão legítima respeitará a ordem de sucessão disposta no art. 182940 do código civil, podendo esta ordem, por força dos artigos seguintes, sofrer sensíveis alterações em decorrência de características dos herdeiros, como regime de comunhão de bens.

Ao seu turno, é justa a lembrança de que a legítima compõe 50% da herança e que esta, por força de Lei, não pode ser disposta por meio testamentário, de modo que somente outra metade poderá ser objeto de disposição por parte do falecido em seu ato de última vontade.

Nesta seara, a sucessão legítima demonstra caráter protetor da família, por limitar quantum mínimo à legítima, mas sem afastar em completude a autonomia da vontade do falecido, ao permitir a ele o atendimento de sua vontade por meio do testamento deixado. Sobre a ordem sucessória, Paulo Cézar Pinheiro Carneiro informa que

> a sucessão legítima apresenta-se como equilíbrio entre autonomia privada e proteção ao núcleo familiar. Diz-se, então, que o instituto tem uma função supletiva e limitadora da vontade individual. Supletiva porque, ausente previsões testamentárias, será seguida a ordem estabelecida em lei. Limitadora, pela necessidade de subsistência do núcleo familiar, que não poderia ser deixado em completo desamparo, ao menos no que tange aos herdeiros necessários, já que eles fazem jus a uma quota mínima de 50% da herança. A proteção a eles pode se ver ainda em vida, já que o artigo 549 do CC proíbe doações que superem a legítima. Os herdeiros legítimos estão previstos no artigo 1.829 do Código Civil, sendo listados, nessa ordem preferencial, como o descendente, o ascendente, o cônjuge ou o companheiro e os colaterais. Com a exclusão desses últimos, todos os demais

40 CC. Art. 1.829 -. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

> também são considerados herdeiros necessários, a teor do artigo 1.845 do Código Civil. (CARNEIRO, 2019. p. 22)

Assim, o procedimento sucessório terá como função a proteção dos direitos familiares e patrimoniais dos envolvidos, atentando-se à vontade do *de cujus*, ao respeitar o testamento, desde que a estipulação e destinação de bens promovidas por ele não extrapole o valor legalmente reservado à Legítima.

Outrossim, a finalidade do procedimento judicial é, diante de herdeiros incapazes ou da presença de testamento, garantir que a divisão seja legalmente justa e equânime, ressalvando, assim, o direito e a vontade daqueles que não possuem voz no processo. O juízo tem papel primordial no procedimento, propriamente como guardião da Lei e da ordem jurídica.

Neste condão, o procedimento visa promover, ao seu fim, a divisão dos bens sem que alguma das partes seja prejudicada, garantindo o cumprimento da vontade do falecido. Ao termo, cada herdeiro recebe o formal de partilha, documento em que se discrimina a quota parte (quinhão) que lhe compete a herança.

Em resumo, e com a didática que lhe é peculiar, Paulo Cézar Pinheiro Carneiro explica o procedimento sucessório da seguinte forma:

> Em termos sucintos, no inventário serão arrolados e avaliados os bens do monte, citados ou habilitados os herdeiros, pagas as dívidas reconhecidas, colacionados os bens doados em vida pelo falecido, e calculado o imposto devido pela transmissão. Trata-se, portanto, de uma espécie de descrição e liquidação do acervo hereditário a ser, em breve, partilhado, e de uma determinação de quem concorrerá nessa divisão. Entre nós, todo esse *iter* se desenvolve perante a autoridade judiciária ou por escritura pública [...] A partilha, por sua vez, é a fase final do procedimento sucessório, em que se haverá de atribuir a cada um dos herdeiros a porção que lhe couber dos bens e direitos do acervo, pondo fim à comunhão hereditária. (CARNEIRO, 2019. p. 37)

Neste diapasão, como é peculiar nos procedimentos judiciais, o inventário judicial terá decisão proferida pelo juízo competente de forma fundamentada, nos termos do artigo 612 do CPC. Deste modo, não é difícil a compreensão de que o

procedimento judicial ignora parte da vontade dos herdeiros, pois retira deles parcela de voz e autonomia da vontade.

3.2 Procedimento sucessório extrajudicial

Paralelamente, é possível, conforme disposição do art. 610, §1º CC/0241, a realização de inventário extrajudicial para a partilha dos bens. Para tanto, é necessário que todos os herdeiros sejam capazes; que o autor da herança não tenha deixado testamento e que fundamentalmente todos os herdeiros estejam de acordo com a divisão e partilha.

O procedimento de inventário extrajudicial procura, a seu modo, elevar a autonomia da vontade das partes que, capazes, poderão transigir pelo melhor resultado útil do procedimento. Ao final, o resultado prático se assemelha ao procedimento judicial, em que cada herdeiro recebe, certidão de escritura pública emitida pelo cartório, de modo que esta poderá ser levada a qualquer registro ou órgão para que se tenha os consectários necessários.

Acerca da possibilidade de realização do procedimento extrajudicial e de sua importância prática e jurídica, de forma didática e explicativa Oliveira e Amorim palestram que

> Não mais subsiste, portanto, a exclusividade do procedimento judicial para formalizar a sucessão hereditária. O ato pode ser praticado na esfera administrativa, por ato do Tabelião de Notas da escolha dos interessados, quando presentes os requisitos legais.
>
> Cumpre ressaltar que o novo modo de inventário, qualificado como extrajudicial, notarial ou administrativo, tem o propósito de facilitar a prática do ato de transmissão dos bens, porque

41CPC. Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2 º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> permite modo mais simples e célere para resolver a partilha. Com isso reduz a pletora dos serviços judiciários, abrindo campo a um procedimento extrajudicial no Ofício de Notas, afastando os rigores da burocracia forense para a celebração de um ato notarial que visa chancelar a partilha amigavelmente acordada entre meeiro(a) e herdeiros e o recolhimento dos impostos devidos. Parece-nos acertada a alteração empreendida pela Lei n. 11.441/2007, porque reserva aos magistrados a análise das questões mais complexas e simultaneamente preserva o direito dos cidadãos de recorrerem, quando entenderem necessário, ao Judiciário. (OLIVEIRA; AMORIM, 2016, p. 543)

Desta feita, o procedimento extrajudicial possuirá, ao seu termo, a mesma eficácia e validade jurídica conferidas ao procedimento realizada de forma judicial, produzindo todos os efeitos necessários para a transferência de propriedade dos bens deixados pelo ente falecido aos herdeiros por direito.

Entrementes, pode-se afirmar que, por ser decorrente da vontade conjunta dos herdeiros do falecido, o procedimento extrajudicial enaltece a vontade destes em relação ao resultado prático e fático do procedimento, permitindo a cada um deles transigir a seu modo sobre sua quota parte (conhecida por quinhão), desde que em concordância com os demais partícipes.

4 O uso da mediação no procedimento sucessório

A mediação pode ser utilizada em qualquer dos procedimentos sucessórios, seja ele judicial ou extrajudicial, de modo que o processo mediatório pode ser utilizado em qualquer deles. Isto se faz possível pois, no procedimento judicial, aplica-se o disposto no art. 3º, §3º do CPC, que preconiza o uso da mediação e da conciliação como forma de solução de conflitos. Assim, mediar ou conciliar, no curso do procedimento judicial, se faz possível e útil, embora a decisão final dique adstrita ao juízo, de modo que a vontade das partes poderá ser minimizada ou mesmo mitigada pelo magistrado.

Noutro giro, a mediação é de extrema importância e aplicabilidade em casos de inventários extrajudiciais. Conforme art. 610, §1º, a concordância dos herdeiros quanto aos termos do inventário é condição essencial para sua validade e finalização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Acerca do uso da mediação no procedimento de inventário, Maria Carla Fontana Gaspar Coronel afirma que a mediação provoca um procedimento mais célere e sem conflitos. Para a autora, o uso da mediação nestes procedimentos deve atentar a algumas questões fundamentais como

> - A atividade mediadora jamais será obrigatória.
>
> - A família, de comum acordo, deverá escolher um terceiro imparcial (sem poder decisório), que auxiliará todos os envolvidos a entender a situação de acordo com a lei.
>
> - O mediador estimulará a comunicação entre os membros da família, identificando possíveis líderes e facilitadores.
>
> - Por fim, o mediador deverá desenvolver soluções consensuais para a controvérsia entre os membros da família. (CORONEL, 2019)

Em procedimentos extrajudiciais a mediação poderá ser utilizada antes e durante o procedimento de inventário propriamente dito, de modo a viabilizar o próprio procedimento, tendo em vista que não é penoso encontrar exemplos em que os herdeiros, capazes, sem acordo, judicializam a demanda para solução do conflito.

Em regra, o inventário e partilha possui caráter patrimonial e afetivo. Parece óbvia a carga emocional em que os herdeiros são envoltos quando da perda do ente querido. Neste sentido, a mediação é o meio mais adequado para, atentando-se para as necessidades extra-patrimoniais, resolver a demanda entre as partes. Este é o posicionamento de Fernanda Tartuce, que afirma:

> O valor dos bens envolvidos na sucessão pode provocar controvérsias consideráveis por conta de fatores subjetivos. Quando as disputas envolvem objetos de significado afetivo (altamente simbólico), não se pode resolver adequadamente a querela com base em uma objetividade matemática. Existindo fatores subjetivos quanto à valorização do bem, pode haver dificuldades para os operadores do Direito por estar em jogo uma diferenciada ordem de valores na qual os desejos escapam à compreensão meramente objetiva que o sistema jurídico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> ordinariamente empreende à partilha de bens286. Nessa conjuntura, o aporte interdisciplinar da mediação pode colaborar para descortinar os elementos subjetivos envolvidos na questão e amenizar as resistências dos envolvidos. (TARTUCE, 2018, p. 364)

Em raciocínio análogo e complementar, Adolfo Braga Neto afirma que "*a mediação familiar tem o espírito não adversarial, de cooperação e humanização* ", sendo este o motivo para sua utilização em procedimentos de inventário e partilha. (BRAGA NETO, 2019, p.111).

Neste ínterim, tem-se por óbvia a conclusão de que a mediação, aliada aos seus procedimentos e princípios peculiares e aos demais meios alternativos de solução de conflitos, se apresenta como o meio mais adequado para a resolução de discordâncias entre as partes relativas ao inventário extrajudicial, sobretudo em razão de se atentar à humanidade do procedimento e aos cuidados com as pessoas envolvidas, afastando-as da fria e impositiva atuação estatal.

Considerações finais

Diante de todo o estudo realizado acerca do procedimento sucessório, sobretudo em relação ao procedimento de inventário extrajudicial, e do instituto jurídico da mediação, seus preceitos, princípios e aplicações, pode-se afirmar que o uso da mediação em casos de inventário e partilha constitui grande avanço na tutela dos direitos e na autonomia da vontade das partes.

O processo de mediação, conforme visto, apresenta vasto campo para a expansão de utilização de seus métodos. Tanto assim, que o próprio legislador eleva a mediação à positividade da Lei, informando que a mesma deve ser utilizada em todos os meios e que deve ser almejada em todo o procedimento judiciário.

A mediação é um moderno meio de solução de conflitos, que permite às partes conflitantes o diálogo e a negociação, elevando a igualdade e a justiça da prestação jurisdicional e do procedimento, visto que almeja a satisfação equânime das partes em relação ao processo, judicial ou extrajudicial, a que foram submetidas, sem abandonar ou abrir mão das últimas vontades que o *de cujus* eventualmente tenha deixado, o que eleva e enaltece a importância da mediação, em razão da potencial satisfação de todos

para além das questões financeiras envolvidas, pois promove o agrado da potencial carga emocional acometida aos envolvidos.

Em segunda monta, é possível concluir ainda que a mediação, em razão da forma de aplicação e do uso de técnicas de apaziguamento e da elevação da autonomia da vontade das partes, permite a preservação da unidade e das relações familiares entre os herdeiros que, em momento fragilizado de perda do ente querido, eventualmente se apresentam em litígio, tendo em vista o valor, financeiro ou sentimental/afetivo, envolto aos itens da herança.

Deste modo, entende-se que se faz necessária a atuação do Estado no sentido de buscar meios e métodos para se aplicar de modo sistêmico e institucionalizada as formas de resolução pacífica de conflitos, como é a mediação, mas não se limitando a ela, sempre com objetivo de melhor atender ao cidadão e preservar a justiça e a ordem familiar e social, sem ignorar a humanidade e a perspicácia necessárias ao procedimento sucessório que por si só representa trauma às pessoas envolvidas.

Referências bibliográficas

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14724**: Informação e documentação. Trabalhos Acadêmicos - Apresentação**.** Rio de Janeiro: ABNT, 2002;

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: CLA Cultural, 2019

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 16 ago. 2020.

_____. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.307%2C%20DE%2023,Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20arbitragem.&text=Art.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Poder%C3%A3o%20as%20partes,costumes%20e%20%C3%A0%20ordem%20p%C3%BAblica>. Acesso em 22 ago. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em nov. 2020.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação(...). Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm Acesso em nov. 2020

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Inventário e partilha: judicial e extrajudicial** – Rio de Janeiro: Forense, 2019. 335 p.

CORONEL, Maria Carla Fontana Gaspar. **O positivo efeito da mediação nos inventários.** 2019. Disponível em http://blog.bragamoreno.com.br/2019/10/o-positivo-efeito-da-mediacao-nos-inventarios/, acesso em mar. 2021.

FIUZA, Cezar. **Teoria da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.36.

FUZETTI, Bianca Liz de Oliveira. **Procedimento arbitral: da instauração até a sentença arbitral.** 2014. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/42228/procedimento-arbitral-da-instauracao-ate-a-sentenca-arbitral> acesso em set. 2020.

LEMES. Selma M. Ferreira. **Arbitragem. Princípios jurídicos e fundamentais. Direito Brasileiro e comparado.** Revista dos tribunais-vol.686, p.73/89. 1992.

MARTINS. Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem.** Disponível em <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>, acesso em set. 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – Volume único. 8. ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.1.760p.

OLIVEIRA, Euclides de. AMORIM, Sebastião. **Inventário e partilha: teoria e prática** – 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 758p.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. – 8ed. Ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. 354p.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis** – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018. 451p.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NA ADMISSIBILIDADE DE PENHORA NA RENDA SALARIAL

ANTÔNIO MARIO COSTA DA SILVA JUNIOR: Bacharelando do Curso de Direito da Universidade Católica do Tocantins (UNICATÓLICA).

EMANUELLE **ARAÚJO CORREIA**[42]

WELLINGTON GOMES MIRANDA[43]

(orientadores)

RESUMO: Este estudo decorre de uma indagação sobre a admissibilidade de penhora na renda salarial tendo como parâmetro o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sobre a admissibilidade de penhora na renda salarial e o cumprimento das decisões judiciais. Diante dessas informações fica o questionamento: Segundo os critérios utilizados nas leis atuais que tratam o princípio da dignidade da pessoa humana sobre a admissibilidade de penhora na renda salarial, pode se perguntar, se a impenhorabilidade de salários pode ser mitigada pelo princípio da razoabilidade? O objeto da pesquisa foi aqui abordado de qualitativa, com a finalidade de verificação do conhecimento e a percepção que se tem em relação ao objeto com a finalidade unicamente de elucidar a problemática aqui proposta quais sejam apontar os critérios utilizados pela lei para analisar o princípio da dignidade da pessoa humana sobre a admissibilidade de penhora na renda salarial.

Palavras-chave: Princípio da Dignidade. Admissibilidade. Penhora. Renda Salarial

[42] 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.

(Prof. Orientadora).

[43] Professor da Unicatólica do Tocantins, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito. (Prof. Orientador).

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentação Teórica. 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Considerações Teóricas e Implicações Práticas. 2.2 Dignidade do Credor Versus Dignidade do Devedor. 3. Requisitos Dispensáveis para que haja a Impenhorabilidade do Salário. 3.1 A Impenhorabilidade de Salários pode ser mitigada pelo princípio da razoabilidade? 4. Jurisprudência favorável à Penhora de Salários e a Admissibilidade de Penhora na Renda Salarial. 5. Considerações Finais. 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O direito à dignidade é entendido como um postulado norteador de princípios e regras que foram agregadas em nosso ordenamento jurídico através da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988é uma qualidade intrínseca ao ser humano, que o protege contra todo tratamento deteriorante e contra qualquer discriminação odiosa, assegurando condições materiais mínimas de sobrevivência.Antes mesmo de ser agregada na Carta Constitucional já estava disposta e tinha efetivação na Declaração dos Direitos Humanos e com o passar do tempo foi evoluindo até os dias atuais.O princípio da dignidade da pessoa humana está disposto na Constituição da República Federativa do Brasil "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)III - a dignidade da pessoa humana".(BRASIL, 1988).

Como o Código de Processo Civil preconiza,

> "Art. 833. São impenhoráveis: (...) IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ; (...).Tendo como intuito garantir a proteção ao cidadão através do reconhecimento de direitos e políticas sociais.(BRASIL, 2015).

O que podemos perceber com a leitura do exposto acima que o recebido pelo devedor a título de salário ou remuneração é impenhorável, consoante disposição do art. 833, inciso IV, do CPC, já que esses valores são de certa forma destinados para garantirem à sua subsistência e de sua família, de forma a assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) e o mínimo existencial que é essencial a todos os indivíduos, como assim lhes garante a lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como já aludido, ″o processo de execução é um conjunto de meios materiais previstos em lei, à disposição do juízo, visando à satisfação do direito ″(Neves, 2017, p. 1053). Diante do mencionado, na possibilidade de garantir ao devedor um mínimo que lhe permita a sua subsistência, é necessário que se faça a discussão em todos os aspectos da questão da proteção social ao indivíduo.

Por fim, realizar-se-á pesquisa jurisprudencial a fim de reforçar a tese da relativização da impenhorabilidade de salários diante de alguns julgados, apesar da maioria do superior Tribunal de Justiça ser a favor da impenhorabilidade absoluta do salário, percebe se que existem precedentes julgados admitindo a mitigação desta regra, mesmo que não seja o entendimento majoritário.

Nesse sentido,Didier Jr. 2015, ressalta que, o precedente é uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

Os precedentes judiciais são permitidos de eficácia e espécies, podem ser persuasivos, com eficácia de obstar a revisão de decisões, com eficácia autorizante e também os precedentes podem ser vinculantes ou obrigatórios.

Destarte, no âmbito judicial as decisões judiciais devam ser inspiradas em valores que contenha uma compreensão jurídica da dignidade da pessoa humana, é o que diz Sarlet, 2009, [...] já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas conseqüências jurídicas, muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas.

Em virtude disso, percebe-se que há um conflito entre as partes processuais, o que deve haver é um equilíbrio na aplicação da norma jurídica, amparando a vítima, neste caso, o devedor, o qual, espera do Poder Judiciário alcançar o seu direito, quanto ao seu salário.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**:** CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme consta na norma do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, quando diz que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa

humana"(BRASIL, 1988).A noção sobre a dignidade humana foi se modificando ao longo da história, através do tempo e do espaço pelo efeito da política e dos aspectos ideológicos de cada nação (VIEGAS, 2017, p. 74).

Este princípio garante os direitos fundamentais e inerentes a todos os indivíduos, sem distinções. Barroso 2010 ressalta que a dignidade da pessoa humana não se aplica somente nas relações entre indivíduo e Estado, mas também nas relações privadas (força horizontal dos princípios fundamentais).

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana adquire status de super princípio, uma vez que norteia integralmente o sistema jurídico brasileiro:

> Com a Constituição Federal de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana chega ao ápice dentro do ordenamento jurídico, é à base de todos os direitos constitucionais, e ainda, orientador estatal. Isso exatamente para acabar com os excessos que ocorreram com o nazismo,como medo e a insegurança que havia sido espalhado por todo o mundo, através de vários atos que atentaram contra a humanidade, baseados na idéia de um único ser, ou ainda, quem não se lembra do holocausto, experiência que atemorizou toda a humanidade. (CHEMIM,2009, p.3).

Conforme está disposto na Constituição Federal do Brasil de 1988, o princípio da dignidade humana, no artigo 1º, inciso III. Que diz: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana".(BRASIL, 1988).

Assim, não resta dúvida que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o substrato para os demais princípios, visto que abrange todos os indivíduos e constitui os direitos fundamentais, desta feita, entende se como um meio capaz de mitigar as desigualdades, pode ser entendido como a mola propulsora para uma vida com dignidade.

Conforme o autor Sarlet, define a dignidade da pessoa humana, na sua acepção jurídica, como:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho }degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (Sarlet, 2010, p. 60).

A dignidade da pessoa humana, como está disposta no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e sua aplicabilidade é inerente à República Federativa do Brasil, onde constitui se como uma característica essencial. Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental é assegurar ao homem que seus direitos devem ser respeitados e preservados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Portanto, é importante entender o significado da palavra dignidade.

> No Direito contemporâneo, a palavra "dignidade" tem sido usada em um terceiro sentido, geralmente associado aos direitos humanos. A dignidade é empregada como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta. A dignidade é ontológica, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular. (SARMENTO, 2016, p. 104).

Destarte, para Piovesan (2016,p.194) "os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório".

Resta claro, diante do exposto, que é através deste princípio que o ser humano tem amparo à igualdade, a liberdade, a proteção do desenvolvimento familiar e os demais direitos fundamentais que são inerentes aos indivíduos.

Importa ressaltar que durante a fase social do constitucionalismo moderno, responsável pelo surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, surgiu a preocupação com a igualdade com um subprincípio da dignidade da pessoa humana.

> Paralelamente à evolução dos direitos fundamentais no âmbito internacional, os pensadores católicos, em meados do século XIX, desenvolveram doutrinas buscando uma solidariedade social baseada na dignidade da pessoa humana e que não dividia a população em três classes sociais: clero, burguesia (capitalista) e proletariado (trabalhadores). (BRAGA, 2017, p. 194).

Pelegrini (2004, p. 05) o princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico:"Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão freqüentes à sua dignidade".

Percebe se que ao longo de várias décadas, a sociedade foi constantemente evoluindo e criando sua própria dinâmica em torno dos direitos humanos fundamentais, que desenvolveu a necessidade de uma solidariedade social como início de um Estado Democrático de direito, exigindo das instituições política a busca por reformular o seu papel como instituição política.

Chemim acerca deste conteúdo, diz que:

> O princípio da dignidade da pessoa humana nasce para proteger o ser humano, mantendo e garantindo o viver com dignidade, e o respeito recíproco. No século XX, o homem busca felicidade, o viver dignamente, condutas respeitosas e confiança. No entanto, cabe ressaltar, que o pensar não deve estar voltado só para si, mas também no outro, de forma a realizar, não somente a sua própria felicidade, mas também a do próximo. (CHEMIM, 2009. p. 3).

Em um contexto geral este é o princípio que abrange toda a humanidade é o princípio considerado como matriz e assim com esta nova forma de pensar e de lidar com o Direito fica estabelecido o princípio da dignidade da pessoa humana, é o que diz Chemim (2009. p. 3) ao dizer que, no século XXI torna-se uma garantia contra todas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

as formas de abjeção humana". Destarte, Alves afirma que, "a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, o alicerce, estatuto jurídico dos indivíduos que confere sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais" (ALVES, 2001, p. 132).

Como escreve Ana Paula Lemes de Souza:

> A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, essa meta princípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta princípio lógica ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos (ou, a depender, também dos poderosos). (SOUZA, 2015. p. 22-41).

Conforme podemos perceber, a dignidade significa algo inerente a todo ser humano, todos temos direitos de sermos tratados de forma digna, com respeito independente de raça, cor, religião, sexo, nem mesmo o Estado ou a sociedade tem o direito de retirá-lo de qualquer pessoa.

2.2 DIGNIDADE DO CREDOR VERSUS DIGNIDADE DO DEVEDOR

A cerca deste assunto acentua Gonçalves (2012, p. 39) que diz:O elemento subjetivo da obrigação ostenta a peculiaridade de ser duplo: um sujeito ativo ou credor, e um sujeito passivo ou devedor. O sujeito ativo é o credor da obrigação, aquele em favor de quem o devedor prometeu determinada prestação.

O novo código de processo civil, determina em seu art. 8º, caput, que "ao ser feita a aplicação do ordenamento jurídico, o juiz deverá atender aos fins sociais e ao bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade [...]".(BRASIL 1988).

É sob uma visão prática de apresentação ao credor de solução para satisfação integral de seus direitos regidos conforme a lei. Quando estamos nos referindo quanto à legalidade em relação à impenhorabilidade do salário é justamente sobre esse ponto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de vista que precisamos repensar de forma sistemática e organizada para não dar brechas quanto a sua lisura.

Salienta-se que, diante do conflito existente entre a dignidade das partes processuais, o que deve haver é um equilíbrio na aplicação da norma jurídica, amparando a vítima, neste caso, o devedor, o qual, espera da justiça alcançar o seu direito, quanto ao seu salário.

Assim, de acordo com nosso pensamento, dispôs Reinaldo Filho (2006, p.02):

> Se o fundamento da regra da impenhorabilidade pressupõe que se evitem sacrifícios patrimoniais exagerados, por outro lado não pretendeu exageros de liberalização. A norma deve ser interpretada dentro de um indispensável plano de equilíbrio entre a concepção humanitária da preservação das condições mínimas de dignidade material do devedor com a necessidade também relevante de se garantir a efetividade da tutela jurisdicional executiva. (REINALDO FILHO, 2006, p 02).

Nesse passo, o que fica em evidência é que o devedor mesmo tendo contraído dívidas não pode ver seu padrão de vida reduzido em razão disso, ao credor também fica configurado que o direito a uma vida digna não deve ser negado. Haja vista que o credor é parte hipossuficiente em uma relação jurídica, haja vista que seu sustento e a satisfação de suas necessidades dependem do recebimento de seus créditos perante o devedor.

3. REQUISITOS DISPENSÁVEIS PARA QUE HAJA A IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO

Conforme o artigo 457 da CLT prevê o seguinte: "compreende-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber". Desta maneira, a CLT faz uma distinção dos vocábulos salário e remuneração. A autora Barros, (2006, p. 246), corrobora neste sentido quando diz "que salário é a retribuição devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, de forma habitual, não só pelos serviços prestados, mas pelo fato de se encontrar à disposição do empregador, por força do contrato de trabalho".

O Salário é o montante fixo de dinheiro que o empregador paga a um empregado mensalmente, pelos serviços prestados. Este é o conceito que está disposto nos artigos 76, 457 e 458 da CLT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, o salário consiste na contraprestação que o empregador deve em razão dos serviços que foram prestados pelo empregado no desenvolvimento de um vínculo empregatício, oriundo de um contrato de trabalho.

Destarte, podemos dizer que trata-se de um dos mais importantes meios de sobrevivência para uma grande parcela de pessoas, notadamente podendo até mesmo se configurar como o principal meio de obtenção de renda e até mesmo o único para essas pessoas.

Conforme disposto no Código de Processo Civil no art. 833, inc. IV, estabelece que

> São impenhoráveis os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal. (BRASIL 1988).

Na própria legislação processual, contudo, há exceções à regra da impenhorabilidade salarial. Assim é que o §2º do citado preceptivo dispõe que a impenhorabilidade do salário ''não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais''. Em outras palavras, podemos dizer que, o Código de Processo Civil admite expressamente a penhora do salário em duas situações: a) para pagamento de pensão alimentícia; e b) quando o salário do devedor exceder a 50 (cinquenta vezes) o valor do salário-mínimo.

Apesar de confuso, o § 2º do art. 833, fica claro que há possibilidade de penhora de salário nestas duas situações que foram mencionadas acima.

Um trecho que merece destaque é o § 2º do art. 833, que trata da possibilidade da penhora de salário, independentemente do valor, quando a execução estiver relacionada à natureza alimentar, qualquer que seja a sua origem, inclusive dos honorários advocatícios, conforme prevê o art. 85, § 14 – "Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial". (BRASIL, 2015).

Conforme entendimento já pacificado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> a remuneração protegida pela regra da impenhorabilidade é a última percebida – a do último mês vencido – e, mesmo assim, sem poder ultrapassar o teto constitucional referente à remuneração de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Após esse período, eventuais sobras perdem tal proteção. (BRASIL, 2014).

Destarte, o que percebe sobre a finalidade da impenhorabilidade é que a mesma é a responsável para que haja a preservação da sobrevivência digna, ou seja, do "mínimo existencial" que está constitucionalmente garantido. Mesmo que seja possível a penhorabilidade do salário conforme o novo Código de Processo Civil.

3. 1 A IMPENHORABILIDADE DE SALÁRIOS PODE SER MITIGADA POR RAZOABILIDADE?

Quando falamos da importância garantida por lei em relação a proteção legal à impenhorabilidade do salário, estamos dizendo que ela precisa ser pensada de maneira sistemática e organizada.

A penhora constituiu uma forma de limitação da propriedade particular, uma vez que o Estado, por meio da força príncipe restringe o direito de propriedade, a fim de satisfazer uma obrigação por este assumida, salvo as situações legais de impenhorabilidade:

> A penhora é ato executivo e não compartilha a natureza do penhor e do arresto. (...) Indubitavelmente, a penhora constitui "ato específico de intromissão do Estado na esfera jurídica" do obrigado, mediante a apreensão material, direta ou indireta, de bens constantes no patrimônio do devedor. (ASSIS, 2017, p. 266).

O procurador do Trabalho da 1ª região, Fábio Goulart Villela, autor de alguns artigos jurídicos, aduziu ao escrever acerca dos limites da penhora de salários que:

> ""(...) perfeitamente possível a penhora sobre salário do devedor de crédito trabalhista, atribuindo às regras instituídas no artigo 649, inciso IV, e parágrafo 2º, do CPC, quando da aplicação supletiva ao direito processual do trabalho (CLT, art. 769), interpretação condizente com os princípios e com a própria realidade que cerca a esfera trabalhista. Em franca ponderação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> de interesses, muita das vezes a tutela conferida ao devedor empregado pelo fundamento da dignidade da pessoa humana deve ser mitigada (mas não rechaçada) em favor da subsistência e da própria dignidade do credor trabalhista, que, em sua essência, já traz o estigma da hipossuficiência econômica."(VILLELLA,2020).

O que podemos perceber é que existe uma reduzida aplicabilidade da norma prevista no art. 833, §2º do NCPC, porque na realidade brasileira não são todas as pessoas que recebem um salário acima de 40 mil reais, a modificação na lei sinaliza uma quebra de paradigma.

Segundo o STF, sim, a impenhorabilidade de salários pode ser mitigada por razoabilidade. Existe uma regra geral que trata da impenhorabilidade de salários, que está prevista no CPC/15, onde fala que pode ser excepcionada, haja vista que deve ser preservado um percentual capaz de dar amparo à dignidade do devedor e de sua família. Sendo este foi o entendimento majoritário da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Uma discussão acerca desse assunto se deu após o impasse da 1ª e da 2ª Turmas sobre o assunto, os ministros entenderam ser razoável a penhora de 30% dos valores recebidos por uma devedora membro do Tribunal de Contas de Contas do Estado de Goiás, em um processo em que tem uma remuneração de mais de R$ 20 mil.

Quando o relator, ministro Benedito Gonçalves, deu negativa do provimento aos embargos e foi voto vencido.

> Aos casos de impenhorabilidade só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de seu mínimo existencial, à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes. (Gonçalves, 2018).

A Divergência foi ganha porque a maioria seguiu o entendimento da ministra Nancy Andrighi. Que disse "A regra geral da impenhorabilidade do CPC/73 pode ser mitigada em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade, nos casos em que ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os ministros Maria Thereza de Assis Moura, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Felix Fischer e Francisco Falcão seguiram a ministra Nancy.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. IMPENHORABILIDADE DE VENCIMENTOS. CPC/73, ART. 649, IV. DÍVIDA NÃO ALIMENTAR. CPC/73, ART. 649, PARÁGRAFO 2º. EXCEÇÃO IMPLÍCITA À REGRA DE IMPENHORABILIDADE. PENHORABILIDADE DE PERCENTUAL DOS VENCIMENTOS. BOA-FÉ. MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DO DEVEDOR E DE SUA FAMÍLIA. 1. Hipótese em que se questiona se a regra geral de impenhorabilidade dos vencimentos do devedor está sujeita apenas à exceção explícita prevista no parágrafo 2º do art. 649, IV, do CPC/73 ou se, para além desta exceção explícita, é possível a formulação de exceção não prevista expressamente em lei. 2. Caso em que o executado aufere renda mensal no valor de R$ 33.153,04, havendo sido deferida a penhora de 30% da quantia. 3. A interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental. A impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais. 4. O processo civil em geral, nele incluída a execução civil, é orientado pela boa-fé que deve reger o comportamento dos sujeitos processuais. Embora o executado tenha o direito de não sofrer atos executivos que importem violação à sua dignidade e à de sua família, não lhe é dado abusar dessa diretriz com o fim de impedir injustificadamente a efetivação do direito material do exequente. 5. Só se revela necessária, adequada, proporcional e justificada a impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes. 6. A regra geral da impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. (art. 649, IV, do CPC/73; art. 833, IV, do CPC/2015), pode ser excepcionada quando for preservado percentual de tais verbas

> capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família. 7. Recurso não provido.(EREsp 1582475, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142), CE - CORTE ESPECIAL, Julgado em :03/10/2018, Data da Publicação: 16/10/2018).

Neste julgado acima percebe se que a impenhorabilidade dos salários e proventos pretende manter uma subsistência mais digna do devedor e não salvaguardar a ilicitude. A ofensa ao patrimônio já houve por parte do inadimplente ou praticante do ato ilícito. A execução é uma reação a isso e não uma ofensa ao patrimônio do devedor/executado. O direito à satisfação da dívida é algo que não interessa somente aos interesses das partes, mas à própria administração da justiça.

4. JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL À PENHORA DE SALÁRIOS E A ADMISSIBILIDADE DE PENHORA NA RENDA SALARIAL

Ressalta ainda que, apesar da jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça ser pela impenhorabilidade absoluta do salário, o que percebemos é que existem precedentes admitindo a mitigação desta regra. Vejamos abaixo alguns exemplos:

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. ART. 186 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, INCISO IV, DO CPC. RELATIVIZAÇÃO. VERBA ARBITRADA EM ELEVADA MONTA. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE PARCELA DO VALOR TOTAL. DIREITO DO CREDOR. (...) "a regra disposta no art. 649, inciso IV, do CPC não pode ser interpretada de forma literal. Em determinadas circunstancias é possível a sua relativização, como ocorre nos casos em que os honorários advocatícios recebidos em montantes exorbitantes ultrapassam os valores que seriam considerados razoáveis para sustento próprio e de sua família. Nesses casos, a verba perde a sua natureza alimentar e a finalidade de sustento". 6. "Não viola a garantia assegurada ao titular de verba de natureza alimentar a afetação de parcela menor de montante maior, desde que o percentual afetado se mostre insuscetível de comprometer o sustento do favorecido e de sua família e que a afetação vise à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

executivo." (REsp 1356404/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 4/6/2013, DJe 23/8/2013). No caso, o valor penhorado não compromete o sustento do advogado e de sua família. Ademais, o princípio da menor onerosidade do devedor, insculpido no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor, sendo indevida sua aplicação de forma abstrata e presumida e, no presente caso, não há notícias de outros bens em nome do devedor passíveis de penhora. Recurso especial da FAZENDA NACIONAL não conhecido e recurso especial da PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A improvido. (REsp 1264358/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. VALORES PROVENIENTES DE SALÁRIO. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. SÚMULA N. 284 DO STF. 1. É inadmissível o recurso especial quando a fundamentação que lhe dá suporte não guarda relação de pertinência com o conteúdo do acórdão recorrido. 2. A regra geral da impenhorabilidade inscrita no art. 649, IV, do CPC pode ser mitigada, em nome dos princípios da efetividade e da razoabilidade, nos casos em que ficar demonstrado que a penhora não afeta a dignidade do devedor. Precedentes. 3. Não se conhece do recurso especial se o exame da suposta contrariedade do julgado a dispositivos de lei estiver condicionado à (re)avaliação de premissa fático-probatória já definida no âmbito das instâncias ordinárias. 4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1473848/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 25/09/2015).

Portanto, a relativização da impenhorabilidade deve ser aplicada de forma individual, de acordo com cada caso concreto. Notoriamente, deveria ser aplicável àqueles devedores que gozam de boas condições financeiras, o que não implicaria o comprometimento de suas necessidades nem no sustento de sua família.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A relevância de discussões levantadas sobre o tema comentado nesta pesquisa torna-se necessária e extremamente válida, tendo em vista a série de casos concretos que são divulgados diuturnamente por meios das redes de comunicações quanto também noticiadas em telejornais sobre o tema supracitado.

O presente artigo fez estudos a partir do questionamento dos critérios utilizados sobre as regras de impenhorabilidade da remuneração previstas tanto no CPC no art. 833 e disposta na Constituição Federal no artigo 1°, inciso III, que se une tanto com a dignidade do devedor quanto com a efetividade da jurisdição. Tal estudo tem o intuito de apresentar e indagar os critérios para a obtenção de tal direito.

O salário torna-se como a principal fonte de renda de um indivíduo para o seu custeio e de seus dependentes. Com a penhora seja de redução definitiva ou temporária, pode levar não só ele como seus dependentes para um futuro incerto e a sua dignidade também levada ao caos, haja visto essa renda ser destinada à sua subsistência e de sua família, de forma a assegurar que a sua dignidade como pessoa humana seja resguardada.

Consoante entendimento do STJ, é possível, em situações excepcionais, a mitigação da impenhorabilidade dos salários para a satisfação de crédito não alimentar, desde que observada a Teoria do Mínimo Existencial, sem prejuízo direto à subsistência do devedor ou de sua família, devendo o magistrado levar em consideração as peculiaridades do caso e se pautar nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A questão relacionada ao conflito entre a garantia do mínimo existencial e a reserva do possível é um assunto em voga no cenário jurídico brasileiro, não obstante, nos deparamos com o maior obstáculo dos dias atuais, a dualidade quanto à impenhorabilidade. Destarte, o que podemos falar quando tratamos das duas vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana, ficando claro que não há impenhorabilidade absoluta de salário, ainda que a dívida cobrada não tenha natureza alimentar.

Contudo a presente apuração se faz necessária, não somente para fins acadêmicos, mas também para o conhecimento comum. Tendo em vista a dificuldade de entendimento, tanto dos critérios analisados quanto as adversidades para sua solicitação, essa em sua grande maioria pela falta de entendimento comum.

Há necessidade que as pessoas tenham ciência dos seus direitos e estejam preparadas para lidar com estas questões relativas à Impenhorabilidade de salários, existe uma certa carência de conhecimento neste sentido quando se trata de leis

pertinentes e estudos científicos direcionados a essa temática.

6. REFERÊNCIAS

ALVES,Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o enfoque da doutrina social da igreja**.Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2001,p.132.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**, ed. RT, 2ª ed. em e-book, 2017, item 266.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação, 2010. Disponível em: https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 09 de abr. 2021.

BARBOSA, Flávio Alves. **Descomplicando o Complicado: Aprendendo a Fazer uma Monografia em Três Dias.** Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2016.

BRAGA,Karina Costa. **A Evolução da Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Vetor da Previdência Social. Direitos Humanos**, Revista n.164,ano2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-evolucao-da-dignidade-da-pessoa-humana-como-valor-vetor-da-previdencia-social/#_ftn1. Acesso em: 20 março. 2021.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em:. Acesso em: 10 de março de 2021.

_____.**Constituição Federal**. De 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.Acesso em: 20 fevereiro. 2021.

_____. **Código de Processo Civil (2015).** Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça - STJ, **EREsp 1.330.567/RS,** 2ª Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2014, DJe 19.12.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **- EREsp 1582475,** Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142), CE - CORTE ESPECIAL, Julgado em :03/10/2018, Data da Publicação: 16/10/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. -**REsp 1356404/DF**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 4/6/2013, DJe 23/8/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal.**REsp 1264358/SC**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014).

_____. Supremo Tribunal Federal.AgRg no **REsp 1473848/MS,** Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 25/09/2015).

_____. Superior Tribunal de Justiça (**Acórdão 1179533,** 07213154720188070000, Relatora: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 19/06/2019, publicado no PJe: 24/06/2019).

CHEMIM, Pauline de Moraes. **Importância do Princípio da Dignidade Humana** (2009).Disponível em:https://www.conjur.com.br/2009-jan23/importancia_principio_dignidade_humana_constituicao_88?pagina=3.Acesso em: 20 fevereiro de 2021.

DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 5ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.p. 441.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: teoria geral das obrigações. 9. ed.São Paulo: Saraiva, 2012.p.39.

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow.Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista BoniJuris**,, Curitiba, v. 16, n. 485, p. 5-16, abril 2004.

PIOVESAN,Flávia.**Direitos humanos e o direito constitucional internacional**.São Paulo: Saraiva 2016,p.194.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A penhora on-line: a utilização do sistema BacenJud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1066, 2 jun. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8459/a-penhora-on-line>. Acesso em: fevereiro/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001, p. 60. Apud SANTANA, Raquel dos Santos. A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. 2010. Revista Jurisway. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6435>. Acesso em: 20 março 2021.

_____ (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito

constitucional. In: **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo umacompreensão jurídico-constitucional necessária e possível. 2. ed.. rev. e ampl. Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2009.p. 19.

SARMENTO,Daniel.**Dignidade da pessoa humana: conteúdo,trajetórias e metodologia.**Belo Horizonte: Fórum,2016,p.104.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. Dignidade humana através do espelho: o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.); GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **Direito, arte e literatura:** XXIV Congresso Nacional do CONPEDI. Belo Horizonte: CONPEDI, 2015. p. 22-41.

VILLELA, Fábio Goulart. **Os limites da penhora sobre o salário**. Disponível em:<http://www.aojus.org.br/p3870.aspx> . Acesso em: abril/2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Famílias poliafetivas:** uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea. Orientador: Leonardo Macedo Poli. 2017. 232 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461. Acesso em: 09 de abr. 2021.

www.conteudojuridico.com.br

SEGURANÇA E LIBERDADE

GABRIELA DE CASTRO IANNI: Especialista em Direito Processual Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Especialista em Perícias Criminais pela Faculdade Professor Damásio de Jesus. Especialista em Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Mestranda em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica. (PUC-SP). Advogada Criminal.

RESUMO: Visa o presente trabalho avaliar a liberdade e a segurança, historicamente, no atual Estado Democrático de direito e sua interface com a Filosofia, especialmente, diante do legado de Hannah Arendt e as agruras que a sociedade moderna enfrenta, em um muno globalizado, engastado pela violência, a fim de vislumbrar a impositiva reflexão e harmonização entre os direitos individuais, não obstante as necessárias críticas às posturas que os negligenciam.

PALAVRAS - CHAVE: Liberdade. Segurança. Populismo penal. Totalitarismo. Cultura do medo.

ABSTRACT: The present work aims to evaluate freedom and security, historically, in the current Democratic State of law and its interface with Philosophy, especially, in view of Hannah Arendt's legacy and the hardships that modern society faces, in a globalized world, set by violence, in order to glimpse the imposing reflection and harmonization between individual rights, despite the necessary criticisms of the attitudes that neglect them.

KEYWORDS: Freedom. Safety. Criminal populism. Totalitarianism. Culture of fear.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estado Democrático de Direito 2.1. Direito à vida, à liberdade e à igualdade. 3. Segurança na Constituição Federal de 1988. 3.1. Notas introdutórias sobre o surgimento e a conceituação de segurança. 3.2. Segurança como direito social. 3.3. Segurança pública, preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas. 4. A tensão entre a liberdade e a segurança. 4.1 Clamor público e direito às liberdades.

4.2. A Influência da mídia nas políticas públicas de segurança. 4.3. A Ponderação de valores e a intervenção mínima do Direito Penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira, cunhada como Constituição-Cidadã, foi promulgada em 1988 com o objetivo, segundo seu Preâmbulo, de instituir um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar a liberdade e a segurança como valores invioláveis (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).

A liberdade e a segurança são direitos fundamentais dos indivíduos, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, cumprindo pesquisar a magnitude desses direitos no modelo democrático que permeia o Estado de Direito brasileiro. Em Immanuel Kant tem-se a concepção primeira de Estado de Direito como "ente que estabelece regras limitadoras das condutas a serem seguidas pelo povo, para uma coexistência pacífica das liberdades individuais, que devem ser garantidas pela não interferência no seu desenvolvimento"44.

É ainda sabido, por outro vértice, que a prática de atos e a adoção de comportamentos considerados contrários ao ordenamento jurídico-penal faz surgir o direito estatal de punir, do que decorre o conflito, ao menos aparente, entre liberdade e segurança.

É também de se mencionar que os princípios e direitos constitucionais, quando dizem respeito às liberdades e garantias, somente são passíveis de restrições em casos específicos, devendo limitarem-se ao necessário para a salvaguarda de outros diretos, constitucionalmente protegidos.45

Inicialmente parece um impasse, sendo o cerne da pesquisa realizada no presente artigo, isto é, o conflito atual entre liberdade e segurança e a possível solução da colidência entre eles, essencial no cenário jurídico pátrio, ante os atuais indicies de violência no Brasil.

---

44 PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais. Tipo, tipicidade e bem jurídico universal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 33.

45 MATOS, Ines Lobinho. A Dignidade da pessoa Humana na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 87.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1 - ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado democrático é o emblema de um Estado de Direito e Justiça46, decorrente da necessidade de eliminar os regimes absolutistas e os regimes autoritários em detrimento da liberdade, verificados sobretudo nos séculos XVI, XVII e XVIII.

A aspiração, ressalta Dalmo de Abreu Dallari47, é a realização de valores individuais, sendo que para obter-se êxito neste escopo, é indispensável conter o poder político através da própria estruturação dos órgãos que o compõe, com a divisão de poderes. Fixa-se, ainda, como característica fundamental do Estado Democrático de Direito, no final do século XVIII, a supremacia da liberdade, como valor supremo do indivíduo e meio através do qual se assegura os demais valores e direitos, inclusive a igualdade e a segurança.

O panorama dos direitos fundamentais, alicerce do Estado Democrático de Direito, segundo Hermínio Alberto Marques Porto e Roberto Ferreira da Silva48, se consubstancia nos direitos imprescindíveis à condição humana, sendo seu vetor o supra princípio da dignidade humana, que lhes dá sentido e extensão, referenciando a definição de direitos fundamentais como todos aqueles decorrentes da dignidade da pessoa humana e que se destinam a assegurá-la, entre os quais figuram a liberdade e a segurança.

Deste esboço, entrevê-se que a liberdade e segurança dos indivíduos não podem ser conspurcadas em um Estado Democrático de Direito.

1.1 Direito à vida, à liberdade e à igualdade

Liberdade, em sentido geral, tem seu significado relacionado ao estado de ser livre ou de não estar sob o controle de outrem, ou seja, de não sofrer restrições ou imposições arbitrárias, delineando, portanto, a faculdade do ser humano que está apto a escolher ou decidir segundo a sua própria vontade49. Assim, também, se concebeu

46 PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais. Tipo, tipicidade e bem jurídico universal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.33.

47 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.

48 PORTO, Hermínio Alberto Marques;SILVA, Roberto Ferreira da. Fundamentação Constitucional das Normas de Direito Processual Penal. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 638.

49 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 606.

nas iniciais acepções dos estudos da Filosofia, que relacionou a liberdade à condição do indivíduo de agir livremente50, ou seja, de poder agir sem coerções ou restrições.

Como característica das pessoas, pode-se afirmar que alguém é livre na medida em que pode agir autonomamente, desenvolvendo ao máximo suas capacidades51. Karl Marx, na acepção da liberdade como sinônimo de autorrealização, apontou a sociedade livre como uma sociedade "onde o livre desenvolvimento de cada um é a condição para o livre desenvolvimento de todos"52.

No campo filosófico, os estudos relativos à liberdade iniciam-se com Santo Agostinho, principal figura patrística, que perfilhou a senda do livre arbítrio ao formular questões gnosiológicas e éticas53 (entre elas o que se deve entender pela verdadeira felicidade, qual a origem do mal e, portanto, do livre arbítrio), bem como questões da graça (resultando em uma nova formulação da problemática relativa ao livre arbítrio).

Santo Agostinho distingue o livre arbítrio (possibilidade de escolha e do exercício da vontade, a qual, sem o auxílio de Deus, se inclina para o pecado) e liberdade (como realização do bem com vista à beatitude)54. O problema, portanto, centrava-se na forma pela qual poderia o homem servir-se do seu livre arbítrio para ser realmente livre.

As correntes filosóficas denominadas racionalismo e empirismo se fundem no criticismo de Immanuel Kant55, cujo problema central era a conciliação da concepção mecânica da natureza com o conceito de liberdade essencial à vida moral, do que derivam todos os outros problemas expressos em suas Críticas56 ("da Razão Pura", "da

50 SANTOS, Inês Moreira. Direito Fundamental à Privacidade vs. Persecução Criminal. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade a Pessoa Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 107.

51 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, p. 711.

52 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Ibid.*, p. 711.

53 VITA, Luís Washington. **Pequena História da Filosofia.** São Paulo: Saraiva, 1968, p. 31.

54 MORA, João Ferrater. **Dicionário de Filosofia.** Disponível em: https://www.portalconservador.com/livros/Jose-Ferrater-Mora-Dicionario-de-Filosofia.pdf. Acesso em: 24 jun. 2019.

55 VITA, Luís Washington. *Ibid.,* p. 87.

56 VITA, Luís Washington. *Ibid.*, p. 87.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Razão Prática" e "do Juízo"). O filósofo é responsável por conciliar: [...] liberdade humana como poder de autodeterminação com o determinismo natural que, para ele, constitui a racionalidade da natureza"57. Assim, considerou a liberdade como númeno58, pois "aquilo que, de um ponto de vista (dos fenômenos) pode ser considerado necessidade, de outro ponto de vista (do númeno), pode ser considerado liberdade".

Em suas perquirições, concebe como boa a ação que é praticada sob um imperativo categórico (no qual a asserção não depende de condição alguma, ou seja, não é hipotética, nem disjuntiva – essas duas últimas nas quais a asserção é subordinada a uma condição e nas quais se exprime uma alternativa59, respectivamente), aplicável a todos os seres dotados de razão. Seu inverso, é o mal. O mal é atribuído a liberdade humana, sendo que liberdade é agir de forma autônoma. A faculdade dessa decisão e escolha é a liberdade.

Segundo os ensinamentos de Zygmunt Bauman60, a liberdade vai além, trata-se da capacidade de nos autogovernarmos61, sendo a liberdade uma criação histórica e social, que existe como relação social, fazendo parte de uma certa diferença entre os indivíduos e que só tem sentido como a oposição a algum outro condicionalismo, passado ou presente62.

A história, por sua vez, traz as Revoluções da Europa do século XVII, especialmente a Revolução Francesa, inspirada nos ideais iluministas, como o grande evento histórico da liberdade, fato este que se coaduna com a concepção de Hannah Arendt sobre as Revoluções, isto é, eventos que objetivavam a fundação da liberdade,

57 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 607.

58 ABBAGNANO, Nicola. *Ibid.*, p. 607.

59 VITA, Luís Washington. *Op. cit.*, p. 89.

60 BAUMAN, Zygmunt. **A Liberdade.** Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 152.

61BAUMAN, Zygmunt. *Ibid.*, p. 152.

62 BAUMAN, Zygmunt. *Ibid.*, p. 12-13.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sendo a Revolução Americana seu maior exemplo63 (e a Revolução Francesa, por seu turno, voltada para a libertação, isto é, liberação das necessidades da vida64).

Com efeito, várias formas de servidão marcaram a Europa nos séculos XVI a XVIII. Nas sociedades do Antigo Regime, os grupos sociais estavam divididos em três estamentos (ordens ou estados), o clero, a nobreza e o terceiro estado. Não havia igualdade jurídica entre os estamentos. Outrossim, eram sociedades marcadas pelo imobilismo (que não deixava de ser falta de liberdade para o acesso) das posições sociais determinadas pelo nascimento e pela tradição65.

A lei não era igual para todos, porque os seres humanos não eram considerados iguais. Essa desigualdade, por seu turno, determinava diferenças em funções, diferenciações em relação ao talento e à dignidade das pessoas66.

A sociedade francesa pré-revolucionária, por exemplo, era feudal, mercantilista e absolutista – os reis tudo podiam e aos súditos cumpria obediência total. Não existiam liberdades democráticas, nem econômicas.

Ocorre que, a França era sustentada, na realidade, pelo terceiro estado, formado pelas camadas populares (operários, artesãos e camponeses) e liderado pela burguesia, ocupante de um lugar social inferior ao do clero e da nobreza, sem a liberdade de comércio, dirigida que era a economia pelo Estado67.

Sem liberdade de decisão para os burgueses, imbuídos da revolucionária filosofia do iluminismo eles "[...]acreditavam que o mercantilismo, caracterizado fundamentalmente pela intervenção do Estado na economia não era natuaral e

63 Nos estudos de Eduardo Jardim: "Dois fatos pesaram positivamente para o sucesso da experiência americana. A revolução foi precedida pela libertação da pobreza. Assim, a dimensão propriamente política da iniciativa revolucionária pôde ser destacada. Por outro lado, mesmo antes da independência, em cada pequena comunidade por todo o país, tinham sido formadas assembleias com a participação dos cidadãos". JARDIM, Eduardo. Resenha de 'Sobre a revolução', de Hannah Arendt. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/prosa/post/resenha-de-sobre-revolucao-de-hannah-arendt-381674.html 2011. Acesso em: 20 jun. 2019.

64 ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro.** São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 194.

65 COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral – volume único.** 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 257.

66 COTRIM, Gilberto. *Ibid.*, p. 257.

67 CÁCERES, Florival. **História Geral.** 4ª ed., Editora Moderna, p. 283.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sinônimo de atraso econômico, resolvendo que o caminho era a derrubada do absolutismo[...]"68.

A Revolução Francesa, deflagrada pela crise do absolutismo, teve como motes liberdade, igualdade e fraternidade, sustentando ainda os lemas cidadania, justiça e democracia política, derrubando o Antigo Regime, marcado pela hierarquia da igreja, da monarquia e da aristocracia na França69. Assim consideravam-se os revolucionários realizando a libertação geral dos povos contra a tirania e a opressão70.

E, com base nos ideias iluministas, em 26 de agosto de 1789, na primeira fase da Revolução Francesa, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, uma síntese da concepção burguesa de sociedade, consistente na igualdade jurídica (em oposição à concepção feudal de sociedade) e na inviolabilidade da propriedade privada71, declarando solenemente os direitos naturais, sagrados e inalienáveis dos cidadãos, conforme o destaque do artigo 1º, como a liberdade dos homens desde o nascimento.

O século XVIII é marcado pelas transformações ocorridas especialmente na economia dos países europeus, dando origem ao movimento intelectual iluminista (período conhecido também por ilustração ou filosofia das luzes), que se mostrava como uma filosofia mais adequada ao capitalismo e que defendia o uso da razão (luz) contra o Antigo Regime, tendo como ideal a liberdade, em contraposição ao absolutismo.72

Afirma Gilberto Cotrim73 que os pensadores iluministas defendiam a liberdade de expressão, a educação do povo, a igualdade jurídica, a divisão de poderes dentro do Estado e governos representativos, acreditando que esses eram os elementos essenciais para a edificação de uma sociedade justam na qual seus membros seriam felizes.

---

68 CÁCERES, Florival. *Ibid.*, p. 284.

69 CÁCERES, Florival. *Ibid.*, p. 284.

70 MONTELLATO, Andrea Rodrigues Dias. **História Temática.** 3ª ed., Scipione, p. 73.

71 PEDRO, Antonio. **História geral: compacto, 2º grau.** São Paulo: FTD, 1995, p. 216.

72 COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral – volume único**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 267.

73COTRIM, Gilberto. *Ibid.*, p. 267.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Justiça e felicidade são propostas, à luz da filosofia iluminista, como decorrência da liberdade e da igualdade.

Leciona Andrea Rodrigues Dias Montellato74 que:

> [...]retomando alguns ideias humanistas do Renascimento, o pensamento iluminista acreditava em mudanças fundamentadas na força da lei, na liberdade do indivíduo, na igualdade política, social e econômica, enfim nos direitos do homem. Os homens nascem iguais, ou seja, são naturalmente iguais e livres, e o desenvolvimento técnico e o pregresso são as chaves de um futuro que se revela otimista. A razão, o intelecto e o raciocínio significam a esperança de um mundo mais feliz e mais justo, pois, por meio deles, o homem fazia-se capaz de transformar a própria história, independentemente da ordem divina.

Aqui se depreende a estreita ligação entre liberdade e igualdade.

Segundo John Locke75, filósofo da "gloriosa revolução"76 e grande teórico do liberalismo político que vigorou na Europa e na América a partir do século XIX, os homens nasciam livres, racionais e iguais e "a liberdade natural do homem consiste em estar livre de qualquer poder superior na terra"77. Em sua "versão" do liberalismo, os governos eram "instituídos para proteger os direitos individuais, que preexistiam à organização política das relações sociais"78.

Entre os direitos naturais preconizados por John Locke está o direito de propriedade, visando especialmente salvaguardá-la da tributação sem autorização dos

74 MONTELLATO, Andrea Rodrigues Dias. *Op. cit.*, p. 78.

75 COTRIM, Gilberto. *Ibid.,* p. 268.

76 Pode-se afirmar também uma Revolução da Burguesia inglesa (marcando o fim do absolutismo inglês) que temerosa do absolutismo de Jaime II e da rebelião popular, entrou em acordo com Guilherme Orange, reconhecido como soberano da Inglaterra pelo Parlamento, promulga, em 1689, o *Bill of Rights*, prevalecendo, a partir de então, o princípio de que o *"o rei reina, mas não governa"*, ficando o governo sob autoridade do Parlamento". PEDRO, Antonio. **História geral: compacto, 2º grau.** São Paulo: FTD, 1995, p. 189.

77 COTRIM, Gilberto. *Ibid.*, p. 268.

78 DEWEY, John**. Liberalismo, Liberdade e Cultura.** São Paulo: Editora Nacional, 1970, p. 17.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

representantes do povo, o que se não fosse observado resultava no direito à revolução, pois não o dever de obediência aos governantes cedia ao desrespeito aos direitos que lhes cumpria defender.

Para o filósofo, cuja teoria se coadunava com as necessidades de liberdade econômica e participação da burguesia no governo79, os homens eram governados pela razão, sendo que o governo ideal era a monarquia constitucional inglesa, com a separação dos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo). Em sua obra intitulada "Dos Ensaios sobre o Governo Civil"80 ele propõe uma relação entre governantes e governados guiada por uma constituição.

Voltaire, filósofo de destacada importância no século XVIII, atacava a nobreza, mostrando-se incansável na luta pela liberdade individual, contrário à Igreja e seus membros. Defendia a ideia de que cada país deveria adotar um tipo de governo conforme o seu grau de desenvolvimento, sendo que os países mais evoluídos, como a França, deveriam adotar o governo liberal republicano81.

Outro destaque do século das luzes foi Montesquieu, cuja grande contribuição para a ciência política foi a doutrina dos três poderes, que deveriam ser independentes entre si para garantir a liberdade individual dos cidadãos82. Por oportuno, cita-se que "A definição mais conhecida de Constitucionalismo é a que o identifica com a divisão do poder ou, de acordo com a formulação jurídica, com a separação dos poderes"83, que erige um sistema de freios e contrapesos entre eles.

Assim, traumatizados com o Absolutismo monárquico que tudo podia (*L'État c'est moi*, dizia Luís XIV, isto é, "O Estado sou eu"84), os franceses trataram de estabelecer direitos de defesa contra o Estado, impondo um não agir para proteger a esfera de liberdade dos indivíduos.

79 PEDRO, Antonio. **História geral: compacto, 2º grau**. São Paulo: FTD, 1995, p. 199.

80 LOCKE, John. **Ensaio sobre o governo civil.** 2011, passim.

81 COTRIM, Gilberto **História global 2.** 3. ed. -- São Paulo: Saraiva, 2016, p. 102.

82 PEDRO, Antonio. *Ibid.*, p. 200-201.

83 ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 248.

84 COTRIM, Gilberto **História global 2.** 3. ed. -- São Paulo: Saraiva, 2016, p. 100.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Aqui repousa a ideologia própria do liberalismo, que propugnava a existência de um Estado mínimo, não interventor em questões econômicas e sociais.85Com influência do pensamento iluminista, do exercício da razão e do intelecto em oposição às ideias de inspiração divina, surge o liberalismo (que assim fica conhecido no final do século XIX, em que pese seus princípios fundadores remontarem ao século XVII), baseando-se na liberdade individual dentro da sociedade, especialmente nos campos da política, religião e economia86, marcado por duas fases, a primeira, no século XVIII, caracterizada pelo individualismo e, a segunda, no século XIX, caracterizada pelo estatismo.87

E, de fato, com o fim do absolutismo na Inglaterra, a monarquia adquire um caráter constitucional, com separação do público e do privado, com base na garantia das liberdades individuais e na preocupação com direitos coletivos, dando origem ao Estado Liberal.

Na França, em 1815, a monarquia é restaurada com uma nova feição, de um governo constitucional liberal, do que se depreende-se, a estreita relação entre liberdade e descentralização do poder.

O Estado Liberal, abstencionista, com o mínimo de interferência na vida social e limitação do poder soberano trouxe inegáveis benefícios à sociedade, como progresso econômico (fato este que resulta na conhecida Revolução Industrial) e a

85 LEAL, Rafael Prado. **A (re)construção dos direitos sociais no século XXI Entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso.** RIL Brasília a. 53 n. 211 jul./set. 2016 p. 143-166.

86 COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral** – volume único. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 267 e MONTELLATO, Andrea Rodrigues. **História Temática**. 3ª ed., Scipione, p. 112.

87 ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit*, p. 604. A primeira fase do liberalismo é caracterizada pelas seguintes linhas doutrinárias, que constituem os instrumentos das primeiras afirmações políticas do liberalismo: a) jusnaturalismo, que consiste em atribuir ao indivíduo direitos originários e inalienáveis; b) contratualismo, que consiste em considerar a sociedade humana e o Estado como fruto de uma convenção entre os indivíduos que a integram; c) liberalismo econômico, próprio da escola fisiocrática, que combate a intervenção do Estado nos assuntos econômicos e quer que estes sigam exclusivamente seu curso natural; d) como consequência global das doutrinas precedentes, negação do absolutismo estatal e redução da ação do listado a limites definidos, mediante a divisão dos poderes. [...] 2 a segunda fase do liberalismo começa quando esse postulado entra numa crise e cujos precedentes se encontram nas doutrinas políticas de Rousseau, Rurke e Hegel, bem como no fato de que, no terreno político e econômico, o liberalismo individualista parecia defender uma classe determinada de cidadãos (a burguesia), e não a totalidade dos cidadãos. ABBAGNANO, Nicola. *Ibid*., p. 604.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

valorização do indivíduo, o que o leva ao ultra–individualismo e a conscientização da importância da liberdade.88

Ao Estado (de Direito) que ficou conhecido como Liberal, cujo nascedouro foram os atos revolucionários que se passaram na Europa do século XVII com declínio após a Primeira Guerra Mundial, seguiu-se o Estado Social, atribuindo-se ao Estado a organização da economia e a defesa social, tendo em vista o predomínio da burguesia sob os bens de produção em detrimento do proletariado. É, portanto "consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo é o Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal" 89.

No entanto, remanesce uma parcela de insegurança, especialmente na abertura a interpretações contraditórias que o caráter social proporciona, ineficaz, como preceitua Claudio José Langroiva Pereira aos reclamos de Justiça Social.90.

Eis o surgimento Estado Democrático de Direito, cujas raízes estão no século XVIII, que no Brasil tem como emblema a atual Constituição Federal, promulgada no ano de 1988. Segundo o Preâmbulo da Constituição Federal, institui-se o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança (assim como o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça) como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

A liberdade e a segurança ganham contornos de direito fundamental do cidadão no Estado Democrático de Direito pátrio, ao prescrever, o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal a inviolabilidade do direito à liberdade e à segurança.

88 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

89 MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Disponível https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em: jun. 2019.

90 PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais. Tipo, tipicidade e bem jurídico universal.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 147.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Informadora da liberdade é também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 194891, preconizando em seu Preâmbulo que dignidade inerente a todos os membros da família humana e a inalienabilidade e igualdade dos direitos de seus membros são fundamentos da liberdade, assim como da Justiça e da paz no mundo.

Depreende-se, novamente, o estreito laço de interdependência entre liberdade, paz, segurança e justiça indispensáveis à vida digna do ser humano.

Por outro lado, através do esforço da filósofa Hannah Arendt92, uma noção do diversa é conferida ao termo liberdade, quando ela se opõe a ideia de liberdade circunspecta unicamente ao domínio da vontade interna, não devendo a liberdade ser, segundo a filósofa, reduzida ao livre arbítrio, pois permanecer restrito à interioridade, à vontade interna, seria obscurecer a noção de liberdade.

Tendo como paradigma a Grécia Antiga (comunidade política fundada com o propósito de servir aos livres93, cuja experiência política é vigoroso modelo das esferas pública e privada), aonde a liberdade se dava com a participação nos assuntos comuns,

91 Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em 27 mai. 2021.

92 BARBOSA, Marcelo. **Arendt: Liberdade, Ação e Discurso**. *In* Encontro Hannah Arendt. Anais [do] VII Encontro Hannah Arendt & IV Ciclo Hannah Arendt. Departamento de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina. Londrina: UEL, 2013. Disponível em: http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/eventos/vii-encontrohannah-arendt.php. Acesso em: 23 jun. 2019.

93 ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 201. A isto acrescente-se que: "O sentido grego de liberdade, por um lado, ocorria de forma negativa, isto é, onde o indivíduo não era dominado e nem tinha a intenção de dominar o outro. Em outro sentido, ela era positiva, a liberdade era efetivada na esfera pública da ágora que só pode ser produzida pelo concurso plural dos cidadãos livres e iguais que pudessem se relacionar através do diálogo e do convencimento recíproco". BARBOSA, Marcelo. **Arendt: Liberdade, Ação e Discurso**. *In* Encontro Hannah Arendt. Anais [do] VII Encontro Hannah Arendt & IV Ciclo Hannah Arendt. Departamento de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina. Londrina: UEL, 2013. Disponível em: http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/eventos/vii-encontrohannah-arendt.php. Acesso em: 23 jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

na *polis*94 e em seus interesses, a liberdade, para Hannah Arendt, é política (estando no espaço entre os homens)95:

> [...]se entendemos então o político no sentido da *polis*, sua finalidade ou *raison d'etre* seria estabelecer e manter em essência um espaço em que a liberdade, enquanto virtuosismo pudesse aparecer. É este o âmbito em que a liberdade constitui uma realidade concreta, tangível em palavras que podemos escutar, em feitos que podem ser vistos e em eventos que são comentados, relembrados e transformados em estórias antes de se incorporarem por fim ao grande livro da história humana96.

Duas atividades humanas merecem destaque, conforme os pensamentos de Hannah Arendt97, isto é, ação e discurso, uma vez que a ação ocorre na pluralidade humana enquanto modo de participação pública. A pluralidade é a condição humana fundamental para Hannah Arendt, pois os homens agem politicamente numa relação intersubjetiva. A ideia central é compendiada por Rene Erick Sampar98:

> Ação e liberdade adquirem significados contíguos na filosofia de Hannah Arendt por ambas se manifestarem no mundo. A liberdade para ela é a razão de ser da política e o motivo pelo qual os homens convivem politicamente organizados; a ideia de

94 O pensamento de Hannah Arendt, apresentado em "O que é liberdade", foi: a *polis* grega foi outrora precisamente a "forma de governo" que proporcionou aos homens um espaço para aparecimento onde pudessem agir – uma espécie de anfiteatro onde a liberdade podia aparecer". ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 201.

95 Marcelo Barbosa em "Arendt: Liberdade, Ação e Discurso" verbera que: "[...] para Arendt, liberdade e política, em termos originários, significam a mesma coisa, ou seja, uma determinada forma de organização social, baseada na participação ativa dos cidadãos, desenvolvida na cidade grega nos últimos séculos antes da era cristã". BARBOSA, Marcelo. *Op. cit.*

96 ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 201.

97 BARBOSA, Marcelo. Arendt: Liberdade, Ação e Discurso. In Encontro Hannah Arendt. Anais [do] VII Encontro Hannah Arendt & IV Ciclo Hannah Arendt / Departamento de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina. Londrina: UEL, 2013. Disponível em: http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/eventos/vii-encontrohannah-arendt.php. Acesso em 23 jun 2019, p. 179.

98 SAMPAR, Rene E.; FACHIN, Zulmar. **Poder e liberdade em Hannah Arendt**. Argumenta Journal Law, n. 24, p. 63-74, 2016.

> liberdade se vincula a possibilidade de homens e mulheres se reunirem em ação e discurso para tratar de assuntos que interessem à coletividade, fundando assim um espaço político duradouro.

O campo da liberdade é o da vida ativa, sendo imprescindível a existência de um espaço duradouro em que homens e mulheres possam agir acerca de interesses públicos a despeito de seus interesses pessoais, o que significa que no pensamento arendtiano liberdade e pluralidade são conceitos adjacentes.99

3. SEGURANÇA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3.1. Notas introdutórias sobre o surgimento e a conceituação de segurança

Pode-se afirmar o direito à segurança como o direito do cidadão de estar resguardado de riscos e perigos. A ideia inicial, quando se fala em segurança, é a do indivíduo protegido e seguro.

Em sua obra sobre os Direitos Humanos e a Segurança Pública, Guilherme de Souza Nucci100 delineia o conceito de liberdade como representativo de conforto, bem-estar, confiança, certeza, de modo que se pode dizer: estou em casa, sinto-me seguro, mas não, necessariamente associado o fenômeno criminal, como seu antagonista direto.

A ideia de segurança guarda estreita relação como origem do Estado (na Idade Moderna os denominados "Estados Nacionais Modernos" ou "Estados-Nação"101, aliados a centralização do poder nas mãos do rei). A razão de ser do Estado estava em assegurar a vida, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, oriunda da degradação da sociedade feudal na Europa, iniciada na Baixa Idade Média, entre os séculos XI e XV,

99 SAMPAR, Rene E.; FACHIN, Zulmar. **Poder e liberdade em Hannah Arendt**. Argumenta Journal Law, n. 24, p. 63-74, 2016.

100 NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 47.

101 COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral** – volume único. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 260.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a qual caracterizava-se pela descentralização ou fragmentação do poder político e militar nas mãos dos senhores feudais102.

A simbiose entre projetos de segurança individual e de Estado103 tem origem na obra de Thomas Hobbes, na qual o filósofo compara o Estado ao poderoso monstro Leviatã, criado para acabar com a desordem e a insegurança da sociedade. Para o pensador, o Estado era a única solução para os conflitos nas sociedades primitivas aonde o homem era o "lobo do próprio homem"104.

Assim, Gilberto Cotrim105 sustenta que para Thomas Hobbes a única solução para os conflitos entre os homens era "[...]estabelecer um contrato social, no qual cada um deveria renunciar a sua liberdade em favor de um governo absoluto, capaz de garantir a ordem, a direção e a segurança do convívio social".

As lições de Luís Washington Vita106 sobre Thomas Hobbes informam que, através das obras "Elementos de Filosofia" e "*Leviatham*", o pensador busca a concepção sistemática de materialismo, utilitarismo, sensismo e empirismo terminando em uma justificação do absolutismo régio, sendo que sua doutrina de Estado, partindo da igualdade entre todos os homens, tem no insucesso das aspirações deles o surgimento de sentimentos de ódio e desconfiança que, no intento de precaução, atacam. Eis a citada concepção pessimista de Hobbes na qual o homem seria um lobo do próprio homem, isto é, *homo homine lúpus*107.

Para o filósofo John Locke todos os homens eram naturalmente livres e todo o possível deveria ser feito em prol dessa liberdade e dos direitos individuais. No entanto, não seria possível garantir automaticamente esses direitos. Assim, Andrea

102 PEDRO, Antonio. **História geral: compacto, 2º grau**. São Paulo: FDT, 1995, p. 141.

103 VILARDI, Rodrigo Garcia. **Redução da insegurança pública: política pública de segurança ou política de segurança pública: estudo de caso.** Tese de Mestrado em Direito Penal, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 27.

104 COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral – volume único**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 260.

105 COTRIM, Gilberto. *Ibid.* p. 260.

106 VITA, Luís Washington. **Pequena História da Filosofia.** São Paulo: Saraiva, 1968, p. 64.

107 Disponível em: https://www.tca.com.br/blogdomarcos/2005/06/15/homo-homini-lupus-em-hobbes-e-freud/. Acesso em: 27 mai. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Rodrigues Dias Montellato108 discorre que, nestas circunstâncias, envoltas as ideias do liberalismo a crença dos liberais era de que:

> [...]um Estado absolutista, baseado no pensamento religioso, ia contra a liberdade do homem: o Estado não poderia constituir-se num poder acima dos indivíduos [...], mas deveria ser conduzido pelos homens com o fim de garantir segurança individual dos membros da sociedade.

Para assegurar a liberdade e a propriedade dos homens John Locke via como necessário o Estado oferecendo-lhes proteção e segurança. O homem livre abandona parte dessa condição, por ser repleta de temores e perigos, para juntar-se em sociedade, o que lhes proporcionaria a conservação, da vida, da liberdade e da propriedade, ou seja, segurança.

A ideia de contrato social formulada por Jean Jacques de Rosseau sustenta a necessidade de um pacto entre os homens que, apesar de nascerem livres, deveriam, de forma concorde, estabelecer leis que assegurassem a liberdade, a justiça e a igualdade.

O desenvolvimento do pensamento iluminista que preconizava o exercício da razão e do intelecto em contraposição à supremacia da inspiração divina, defendia a separação entre o poder da Igreja e do Estado, que por seu turno, deveria ser conduzido pelos homens e não por um poder que lhes fosse superior.

Consoante Claudio Pereira de Souza Neto109, desde o contratualismo "preservar a "ordem pública" e a "incolumidade das pessoas e do patrimônio" é a função primordial que justifica a própria instituição do poder estatal". Na Era Moderna, o elemento básico de legitimação do Estado, é a segurança.

Os pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, na análise de Hannah Arendt, identificavam liberdade política com segurança, sendo o "propósito supremo da

108 CABRINI, Conceição. **História temática: o mundo dos cidadãos, 8ª série**. São Paulo: Scipione, 2000, p. 112.

109 SOUZA NETO, Claudio Pereira de. ***A segurança pública na Constituição Federal de 1988*: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas.** Revista de Atualidades Jurídicas da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília: OAB Editora, n.1, mar.-abr.2008, p. 09.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

política "a finalidade do governo"110, garantir a segurança, tornando a liberdade como elemento viável, que se erige como a quintessência de atividades que ocorriam fora do âmbito político.

A Filosofia ecoa, assim, na ideia de segurança e seus ideais aproximam a liberdade e a segurança, de sorte que, na concepção da ilustração, o homem tinha o direito de viver com liberdade, igualdade e, sincronicamente, com segurança.

3.2. Direito individual fundamental à segurança

Com o que aqui se asseverou, à guisa do Preâmbulo constitucional pátrio, tem-se o direito à segurança como direito individual fundamental e social. Situa-se a segurança como essencial à vida em sociedade.

Nesta senda, o *caput* do artigo 5º do Diploma Magno assegura a todos os indivíduos a inviolabilidade do direito à segurança.

No que toca à segurança individual, alguns direitos elencados no Texto político referem-se aos direitos subjetivos em geral, associados ao direito à liberdade (como o princípio da legalidade, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada - artigo 5º, II, XXXVI) e outros à segurança pessoal (especialmente a liberdade pessoal inserta no artigo 5º, LXI)111.

Assegurando-a como direito individual, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948), marco de tais direitos, preconiza, em seu artigo III, que todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, assinada em 22 de novembro de 1969 na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 7º, no qual aborda o direito à liberdade individual, dispõe sobre o direito de toda pessoa à liberdade e à segurança pessoal.

Assim alça-se a segurança como direito fundamental, garantindo respeito aos direitos individuais do homem e à sua dignidade, uma vez que estes direitos se tratam de reflexos do princípio regente da dignidade da pessoa humana e constituem o plexo

110 ARENDT, Hanna. **Entre o Passado e o Futuro.** São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 194.

111 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 25ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 297.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de direitos e garantias dos seres humanos112, destinados a assegurar a tutela do indivíduo e de sua dignidade, especialmente contra o arbítrio do poder estatal, tendo o diploma constitucional pátrio assegurado uma gama de direitos individuais objetivando a segurança individual.

Resultado do enfrentamento ao autoritarismo e às arbitrariedades, os chamados direitos fundamentais de primeira geração, integrados pelos direitos individuais e políticos, compõem-se das liberdades públicas destinadas à proteção da segurança da pessoa humana, de seu desenvolvimento, aperfeiçoamento e da própria liberdade.113

Sem segurança, como direito individual, não há liberdade, posto que não há como as pessoas desenvolverem seus direitos elementares.114

3.2. Segurança como direito social

Conforme o artigo 6º, da Constituição Federal, no rol dos direitos sociais está o direito à segurança, ao lado dos direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à previdência social, da proteção à maternidade, à infância e de assistência aos desamparados.

No Brasil, a liberdade econômica vem a sofrer limitações em prol da justiça social marcando a busca por harmonia social especialmente a partir da "Era Vargas", na década de 30, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e pelo Constituinte de 1934, que insere no Texto constitucional o capítulo "Da Ordem Econômica e Social" e o artigo 115 preconizando que a ordem econômica deveria ser organizada conforme as necessidades da vida nacional e princípios de justiça, de modo a possibilitar a todos uma existência digna.

112SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 224.

113SILVA, Marco Antonio Marques da. *Ibid*, p. 224.

114FIGUEIREDO, Marcelo. Políticas Públicas de Segurança. *In* PEREIRA, Claudio José Langroiva (coord.). **Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 271.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É dizer, o direito à segurança compõe o plexo necessário a uma vida em sociedade, com dignidade, porquanto, conforme a lição de Alexandre de Moraes115 "os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes", visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Os direitos sociais estão intimamente ligados às desigualdades amarguradas pelas classes menos favorecidas, demandando prestações positivas por parte do Estado, com o que são classificados como direitos fundamentais de segunda geração, representando a otimização dos direitos fundamentais individuais.

Os direitos fundamentais de segunda geração somam-se às liberdades públicas e caracterizam-se como poder de agir116, possibilitando a integração efetiva do homem na comunidade, objetivando fornecer-lhe qualidade e dignidade de vida em sociedade.

3.3. Segurança pública, preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas

A segurança pública resta constitucionalizada e assume feição de bem a ser preservado pelo Estado117, na medida em que o artigo 144 da Constituição Federal brasileira prevê que a segurança pública é dever do Estado, além de direito e responsabilidade de todos, a ser exercida pelas polícias civil, militar, federal, rodoviária, ferroviária e bombeiros militares, com o escopo de preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

115 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 191.

116 SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 224.

117 SANTOS, Christiano Jorge. Interceptação Telefônica, Segurança e Dignidade da Pessoa Humana. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.), **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 840.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Logo, trata-se do conjunto de normas destinado à preservação da paz e da convivência social pacífica, o que vale dizer, sem riscos, ou seja, da ordem pública interna118, legitimando a atuação estatal em políticas de segurança pública.

Para Jorge Luiz Bezerra119:

> a expressão segurança pública implica a condição de tranquilidade e paz social que deve ser assegurada ao povo em geral e ao indivíduo quanto a sua pessoa e seu patrimônio, livres de perigo e danos pela ação preventiva e repressiva das polícias civil (inclusive federal) e militar, que atuam no interesse da manutenção da ordem política social.

Na concepção de Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira120 a dimensão positiva da segurança representa o direito positivo à proteção devida pelos poderes públicos contra quaisquer agressões ou ameaças, instituindo o dever estatal de pacificação da sociedade, inerente a própria origem do Estado.

Estar seguro ou ter a segurança garantida é, assim, pressuposto e condição da liberdade.

A proteção do homem, de sua vida, de sua existência e, inclusive, de sua liberdade, ganha relevo de proteção do homem contra o próprio homem, ao se observar que, historicamente, foram eles próprios os causadores das maiores barbáries, em eventos como os das duas Grandes Guerras Mundiais.

Assim, a segurança ainda remete à busca histórica do homem pela paz.

Exercida para a preservação da ordem pública, o direito à segurança consubstancia o direito difuso de uma vida segura e harmônica em sociedade.

---

118 ACQUAVIVA, Marcos Claudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro.** 16ª ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006, p. 776.

119 NUCCI, Guilherme de Souza. ***Direitos Humanos Versus Segurança Pública***. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 47.

120 CALADO, Antônio Ferreira. O Sistema Prisional – Garante de Direitos Fundamentais. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 745.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em suma, conforme os escólios de Guilherme de Souza Nucci:

> (...) na junção dos significados, segurança pública é a ausência de risco correspondente ao interesse da sociedade, tomada esta como a soma das individualidades, mas como um corpo, qual seja, a coletividade. Segurança pública é o conjunto das ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou à manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo. 121

4. A TENSÃO ENTRE A LIBERDADE E A SEGURANÇA

Estabelecida a existência dos direitos à liberdade e à segurança, frequentes são os debates e dilemas sobre os seus limites. Inês Moreira122 observa que o primeiro problema para o exercício pleno da liberdade é existência de outros homens, porque "a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro".

A isto acrescente-se que os altos indicies de violência no Brasil, bem como a fragilidade e o descrédito nas instituições democráticas colocaram a sociedade brasileira em uma constante sensação de insegurança (esta, intimamente relacionada com a falta de confiança nas instituições123), conduzindo a demandas pela implementação de medidas estatais à consecução da paz e da segurança, resultando, amiúde, em propostas de restrição da liberdade individual em prol da segurança coletiva.

---

121 NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 47.

122 SANTOS, Inês Moreira. Direito Fundamental à Privacidade vs. Persecução Criminal. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade a Pessoa Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 107.

123 FIGUEIREDO, Marcelo. Políticas Públicas de Segurança, In PEREIRA, Claudio José Langroiva (coord.). **Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 270.

Há de se retomar, portanto, a acepção política de liberdade sustentada por Hannah Arendt124, para quem a liberdade é ação política, admissão ao mundo político e participação nas coisas públicas e nas atividades políticas, repousando na convivência entre os homens no espaço público e na sua participação nos assuntos comuns.

Com base nos escritos intitulados "A Condição Humana"125, Hannah Arendt idealiza o espaço público como o lugar da liberdade, onde é possível decidir sobre o mundo comum agindo em conjunto com os iguais.

Diga-se, por relevante, que o essencial para a filósofa, no ser humano livre, é sua ação, sua capacidade e possibilidade de começar algo novo, novas percepções e relações nos diversos relacionamentos que ele mantem ao longo da vida.

Todavia, deve ser sopesado que o automatismo do homem, que não pensa antes de agir, potencializa a tensão entre liberdade e segurança, tornando-lhe especialmente suscetível ao totalitarismo, no padrão perquirido por Hannah Arendt em sua formulação sobre a "banalidade do mal" no livro "Eichmann em Jerusalém"126, escrito resultante de sua experiência durante o julgamento de Adolf Eichmmann, no qual ela destaca que, em resultado da massificação da sociedade, se criou uma multidão incapaz de fazer julgamentos morais"127. Assim se erigem os automatismos. Eichmann, um dos responsáveis pela solução final, é um exemplo, incapaz de resistir às ordens que recebeu128.

É o que se vê, atualmente, nos espaços públicos, marcados pelo medo decorrente da violência, cujos episódios são super explorados e manipulados a pretexto do exercício da liberdade de informação e expressão, o que tem gerado debates poucos científicos e nada dialéticos, descambando, repetidas vezes, para a violação de direitos, especialmente da liberdade, justamente pela falta do pensar e do

124 RUBIANO, Mariana de Mattos. **Revolução em Hannah Arendt: compreensão e história.** Tese de Doutorado em Filosofia. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 119.

125 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Forense universitária, 2007, *passim*.

126 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: uma reportagem sobre a banalidade do mal**. Tradução de Ana Corrêa da Silva. Coimbra: Tenacitas,[1963], 2003, *passim*.

127 SANTOS, Inês Fonseca Santos. RTP, 2006. **A banalidade do mal de Hannah Arendt.** Disponível em: http://ensina.rtp.pt/artigo/a-banalidade-do-mal-de-hannah-arendt/. Acesso em: 24 jun. 2019.

128 SANTOS, Inês Fonseca Santos. **A banalidade do mal de Hannah Arendt.** RTP, 2006. Disponível em: http://ensina.rtp.pt/artigo/a-banalidade-do-mal-de-hannah-arendt/. Acesso em: 24 jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

efetivo e verdadeiro debate de ideias, em uma alienação do mundo, tema central da crítica arendtiana à modernidade e à normalidade de Eichmann, bem como ao tipo de sociedade que oferece condições para o surgimento do totalitarismo.129

Posta assim a questão, é de se mencionar que a dignidade não pode ser tolhida do indivíduo, jamais. Trata-se de valor inerente, irrenunciável e irrevogável. A segurança pública deve ser alcançada sempre com respeito aos direitos e às garantias individuais.

Como, então, deveria o debate se desenvolver e quais, portanto, deveriam ser as diretrizes das políticas públicas adequadas à liberdade e à segurança, esta segunda, por sua vez, inegavelmente inserida no campo da liberdade130?

4.1. Clamor público e direito às liberdades

Com todo o exposto, deve ser observado que a necessária reciprocidade e dialeticidade entre liberdade e segurança tem sofrido influências e interferências indevidas. Uma delas é o clamor público punitivista.

O clamor público punitivista das massas é, por seu turno, elemento à suscetibilidade dos regimes autoritários. Segundo Hannah Arendt131, o fim do totalitarismo "é a transformação da natureza humana, a conversão dos homens em "feixes de recíproca reação", e tal fim é perseguido mediante uma combinação, especificamente totalitária, de ideologia e de terror"

Assim, a participação no mundo político e a influência popular punitivista nas políticas públicas, especialmente de segurança, desnatura-se, muitas vezes, para autoritarismos, passo que pode conduzir ao totalitarismo.

129 SILVA, Tiago Dias. **Adolf Eichmann, Um Típico Homem de Massas?** *In Encontro Hannah Arendt. Anais [do] VII Encontro Hannah Arendt & IV Ciclo Hannah Arendt / Departamento de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina.* Londrina: UEL, 2013. Disponível em: http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/eventos/vii-encontrohannah-arendt.php. Acesso em 23 jun. 2019.

130 FIGUEIREDO, Marcelo. Políticas Públicas de Segurança. *In* PEREIRA, Claudio José Langroiva (coord.). **Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 271.

131 ARENDT, Hannah. *Ibid.*, p. 367.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Liberdade e política devem assegurar ação e discussão, ensina Hannah Arendt132 ao refletir sobre a ascensão do totalitarismo, palco no qual se pode imaginar a falta de reciprocidade entre liberdade e política por subordinar, referido regime, as esferas da vida (pública e privada) às exigências políticas, desprezando-se os direitos civis.

No sentido político, entende-se por regime totalitário o regime em que o Estado subordina os interesses dos indivíduos aos interesses da coletividade, tendo como forma de governo a ditadura pessoal ou de grupo133. É caracterizado pela ideologia, conjunto de ideias e valores destinados a orientarem o comportamento das maiorias. Assim, o totalitarismo é um grande inimigo da liberdade, de sorte que, na esfera da segurança, os direitos individuais têm sido constritos de forma autoritária em nome da segurança coletiva.

Com efeito, o clamor público por políticas punitivistas é decorrência da incorreta doutrinação da população através da apologia à ideologia do medo, quiçá um totalitarismo do medo e terror em relação à violência e aos comportamentos criminais. O fenômeno é descrito por Natália França Von Sohsten134:

> O sentimento de insegurança decorrente da criminalidade (ou de uma parte dela) gera incertezas na população, baixa os níveis de tolerância social, cria obsessão pela vigilância e pelo controle, fortifica o desejo de segregação, de vingança, aumenta a demanda por mais pena e mais castigo, intensifica o clamor social etc. A insegurança coletiva derivada da criminalidade violenta é apontada, com frequência, como uma das preocupações prioritárias da população. A sociedade de riscos (U. Beck) conta com uma infinidade incontável de perigos, mas é o risco de ser vitimizado por um delito o que mais sobressai (o que mais preocupa a população em geral).

132 ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2014, p. 194.

133 SILVA, De Plácido e. **Dicionário Jurídico.** 2ª ed., Forense, p. 1572.

134 SOHSTEN. Natália França Von. **Populismo penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13214&revista_caderno=3#_ftn28. Acesso em: 23 jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De fato, a sensação de medo e insegurança, na era da globalização, está generalizada, berço no qual nasce o populismo135 penal, que, para o criminólogo argentino Máximo Sozzo136, se trata de um "novo jeito de fazer política", uma estratégia fundamental de controle do crime que propugna, basicamente, o endurecimento contínuo das políticas públicas de segurança como forma de superar o fracasso do ideal liberal ressocializador.

Assim é, mormente na sociedade moderna, desenvolvida na era da globalização, e sob a faceta "negativa", segundo Zygmunt Bauman 137, que é "altamente seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da coerção e das armas, do crime e do terrorismo, todos os quais agora desdenham a soberania nacional e desrespeitam quaisquer fronteiras entre os Estados", o que potencializa o sentimento de medo e insegurança. O fenômeno ganha matizes ainda mais relevantes no mundo atual, sem fronteiras porque "o espectro da vulnerabilidade paira sobre o planeta "negativamente globalizado, com o que estamos todos em perigo, e todos somos perigosos uns para os outros"138.

Conclui Zygmunt Bauman "a geração mais tecnologicamente equipada da história humana é aquela mais assombrada por sentimentos de insegurança e de desamparo"139.

Os sentimentos de medo e de insegurança levam a população a exigir do poder Executivo o aumento de efetivo policial. Os reclamos, no âmbito legislativo, são

135 O Dicionário de Política de Norberto Bobbio define como populistas as fórmulas políticas cuja fonte principal de inspiração e termo constante de referência são o povo, considerado como agregado social homogêneo e como exclusivo depositário de valores positivos, específicos e permanentes. [...] Para Peter Wills, Populismo é "todo o credo e movimento baseado nesta premissa principal: a virtude reside no povo autêntico que constitui a maioria esmagadora e nas suas tradições coletivas " (Wills em Ionescu - Gellner , 1971); para Lloyd Fallers, o populismo é uma ideologia segundo a qual "a legitimidade reside no povo " (Fallers, 1964). BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11ª ed., Brasília: Universidade de Brasília, p. 981.

136 RAMOS, Marcelo Butelli Ramos; GLOECKNER Ricardo Jacobsen. **Os Sentidos Do Populismo Penal: Uma Análise Para Além Da Condenação Ética.** Delictae, vol. 2, nº3, Jul.-Dez. 2017, p. 248. Disponível em: http://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/39/36, Acesso em: 20 jun. 2019.

137 BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Zahar, p. 126.

138 BAUMAN, Zygmunt. *Ibid*. Zahar, p. 128.

139 BAUMAN, Zygmunt. *Ibid*. Zahar, p. 132.

por leis mais severas e pela diminuição de garantias processuais, o que criaria expectativas de estabilidade e ordem, remetendo a uma falsa sensação de segurança.

Mas, isso é prejudicial à liberdade e à segurança? A resposta à indagação é positiva, de sorte que se assiste, no mudo contemporâneo, ao aumento progressivo da criminalidade, desprezando-se o necessário respeito aos direitos, liberdades e a necessidade de políticas de prevenção e de controle social informal.

A onda do populismo penal é contrária à liberdade na medida em que não se desenvolve sob a égide da liberdade, do verdadeiro diálogo e debate de opiniões e políticas alternativas nos espaços públicos, mote da liberdade de Hannah Arendt.

É, pois, de se falar em um movimento ou uma política totalitária, que, na perspectiva de Hannah Arendt, é onipotente e onipresente, atuando de forma total no psicológico dos cidadãos, tolhendo-lhes a liberdade, especialmente de participação e discussão. Perdem os indivíduos a faculdade crítica, de julgar e distinguir entre o bem e o mal. As arbitrariedades, em um totalitarismo, são praticadas sob o manto de uma suposta legalidade ou suposto direito (natural).

E, de fato, o populismo penal, inserido no contexto expansionista, que bebe na fonte do senso comum, do saber popular e das emoções, entre elas, o medo do delito, busca no consenso popular por maior rigor em políticas criminais140, justificadas sob a falsa premissa de que o crime se combate com pena privativa de liberdade.

Assim, sobressai uma falha na comunicação. O aumento da criminalidade e os sinais de ineficiência e ineficácia das atuais políticas públicas de segurança têm sido interpretados equivocadamente, como necessidade de recrudescimento delas, quando deveriam ser interpretados como necessidade de reformulação - e não o são, haja vista que a população abdicou da reflexão, fim essencial do totalitarismo que reduz os homens a autômatos absolutamente obedientes141.

140 GOMES, Luis Flávio. **Populismo Penal Midiático: caso mensalão, mídia disruptiva direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

141 BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 1ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1249.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É de se concluir vigente um modelo de Estado totalitário supressor dos direitos e garantias individuais e coletivas142, que busca a legitimação de um equivocado discurso voltado para um poder punitivo cada vez maior, através da proliferação do medo, no sentido de se descaracterizar os fundamentos do Estado Democrático de Direito143.

Aqui se consigna o preocupante prejuízo à democracia, pela massa favorável a governos e políticas com características totalitárias, que pregam serem capazes de impor disciplina para recompor a ordem e a segurança.

Este, inclusive, foi o contexto circunstancial "de crise" que deu margem ao recuo do liberalismo, à crise das democracias liberais e ao avanço dos regimes totalitários nos países que se envolveram na Primeira Guerra Mundial, isto é, a demanda por políticas à recomposição da ordem social e da disciplina capitalista diante dos problemas socioeconômicos agregados ao temor das elites em relação as lutas do proletariado no período pós-guerra.144 145.

Ocorre que, para a manutenção do Estado Democrático é imprescindível o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, entre eles a liberdade, não se olvidando que a liberdade humana é uma liberdade social, liberdade situada, que deve ser concebida tendo em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica em deveres e responsabilidades recíprocas146.

4.2. A Influência da mídia nas políticas públicas de segurança

142 NEVES, Rogério de Souza. **Os Efeitos do Populismo Penal Midiático na Implementação da Filosofia de Polícia Comunitária.** REBESP, Goiânia, v. 8, n. 1, 2015, p. 97.

143 NEVES, Rogério de Souza. *Ibid.* p. 97.

144 COTRIM, Gilberto***. História Global – Brasil e Geral*** – volume único. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 437.

145 Após a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Social parecia incontrolável. Camponeses se apoderaram de terras, operários tomavam fábricas e usinas. A instauração do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha atendeu às necessidades da burguesia, que precisava conter as agitações operárias fim de levar avante o processo de concentração do capital. PEDRO, Antonio. **História Geral**. São Paulo: FDT, 1995, p. 309.

146 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado.** 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 259.

O clamor das massas é exasperado, especialmente, pela mídia, com destaque ao sensacionalismo que atinge diretamente suas emoções.

Incutida a sensação de insegurança na população, pela repetição, bem como espetacularização dos casos de violência, o natural sentimento de vingança é estimulado clamando a população por leis cada vez mais severas, pela diminuição de garantias (notadamente processuais penais) e por penas de privativas de liberdade progressivamente mais drásticas, em mera retribuição ao mal causado pelo infrator.

A verdade é que, em prol do mero sentimento ilusório, da sensação não condizente com a realidade, está-se pacificando o cristalino equívoco metodológico da necessidade de cerceamento da liberdade, através dos meios de comunicação, incitando o clamor popular por severas, quiçá desumanas, formas de repreensão à criminalidade.

Aqui se apresenta a deturpação do direito à liberdade de expressão nos meios de comunicação de massa, visto que os efeitos destrutivos da comunicação incorreta são incontestáveis147.

Ocorre que, a propagação do medo, pelos meios midiáticos, fato este que se aplica ao movimento do populismo penal, é exatamente o mecanismo de persuasão do totalitarismo, ao incutir o medo na sociedade de que, sem a adoção de medidas rigorosas, estará o corpo social fadado ao aniquilamento pela violência.

O medo, cada vez maior, inspirado na população pela imprensa, especialmente na era da globalização, cuja propagação da informação ganhou contornos incalculáveis, leva os cidadãos a aderirem, irracionalmente, às políticas populistas. Semelhantemente, vê-se no totalitarismo, isto é, indivíduos manipulados pelos meios de comunicação e propaganda.

Assim, vige uma mídia produtora de desinformação, responsável por difundir uma cultura de medo, por meio do discurso de pânico e impunidade.

147 PEREIRA, Claudio José Langroiva; GAGLIARDI, Pedro Luiz Ricardo. Comunicação Social e a Tutela da Dignidade Humana In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade a Pessoa Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 51.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sobre o tema, advertem Marcelo Butelli Ramos e Ricardo Jacobsen Gloeckner148:

> Por se alimentar de um contexto social alucinado, melindrado pelo pânico moral que resulta da manipulação das imagens da violência urbana pelos meios de comunicação de massa (COHEN, 2011), essa faceta moderna do discurso criminalizador estaria a ilustrar um movimento institucional extremamente hábil na formatação de leis penais dotadas de uma eficácia puramente simbólica, leis que funcionam, no limite, como uma espécie de álibi político cujo propósito maior é escusar o Estado e seus agentes políticos, sobretudo o seu corpo parlamentar, do oferecimento de soluções mais estruturais e menos violentas para questões relacionadas à temática da conflitividade social (LARRAURI, 2007, pp. 7-8).

Assim, o direito à liberdade de expressão, quando mal exercido, importa em prejuízo à segurança, seja individual, seja coletiva e, acima de tudo, à liberdade.

Inobstante, causando a insustentável insegurança jurídica na sociedade, devido a busca permanente do Estado ao recurso da legislação penal como solução de riscos sociais149.

Qual, pois, o método de solução da tensão?

4.3. A Ponderação de valores e a intervenção mínima do Direito Penal

Com base na classificação original de Konrad Hesse150 o princípio da concordância prática ou harmonização preconiza solucionar eventuais conflitos entre

148 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. **Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética.** Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 248-248, 2017.

149 PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico Penal de Direitos Universais Tipo, tipicidade e bem jurídico universal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 189.

150 MELO, José Patrício Pereira. **As Diferenças entre o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Adequação e da Concordância Prática ou da Harmonização.** Revista Direito e Dialogicidade – Artigo. In Universidade Regional do Cariri (URCA) 2178-826X, p. 9.

direitos, o que se pode aplicar às tensões entre liberdade e segurança, ou seja, nas palavras de José Patrício Pereira Melo151:

> a confrontação de bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando de modo a, no caso concreto sob exame, estabelecer qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.

Não há que se falar em sacrifício propriamente dito, mas sim em harmonização de direitos. Com efeito, a aplicação do princípio da concordância prática ou harmonização, "coordena e combina bens jurídicos evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua"152.

Aqui a importância dos direitos individuais e da dignidade da pessoa humana, que se erige em critério de delimitação de direitos fundamentais em sua interpretação e aplicação153.

Com espeque em Joaquim Gomes Canotilho154 é a assertiva da inexistência de redução de direitos, mas sim concordância prática entre segurança e liberdade:

> A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a consequente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a

151 *Ibidem,* p. 9.

152 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 17.

153 COSTA, Helena Regina Lobo da**. A Dignidade humana teorias de prevenção geral positiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

154CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6 ª ed., Livraria Almeida Coimbra, 1993, p. 152.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> uma «lógica do tudo ou nada», antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu «peso» e as circunstâncias do caso.

Inquestionável é que no Estado Democrático de Direito o valor da intervenção mínima é pressuposto da liberdade, visto que, consoante a lição de Claudio José Langroiva Pereira155, com o que não pode o Direito Penal ser recurso à moralização ou à disciplina social, no padrão da *ultima ratio* que inspira seu manejo nos Estados Democráticos de Direito:

> A intervenção do direito penal somente quando imprescindível para a manutenção da ordem pública, exigindo garantias jurídicas especiais, apresenta uma descrição do princípio da intervenção penal mínima como forma de redução da intervenção do Direito Penal àquilo que seja estritamente necessário em termos de utilidade social geral. Orienta-se pelo principado de utilizar-se da sanção e aplicação penal somente quando a efetiva intervenção de meios menos lesivos, como por exemplo, as medidas estatais de política social, o Direito Civil, o Direito Administrativo, não produzir efeitos preventivos concretos.

5. CONCLUSÃO

1 - A liberdade individual decorre da dignidade da pessoa humana. Os direitos inatos do homem, que serviram de inspiração às Revoluções dos séculos XVIII e XIX, foram positivados dando origem aos direitos fundamentais, de capital importância.

2 - Viver em liberdade é viver em segurança. Sem segurança não se tem liberdade, do mesmo modo que a recíproca se mostra verdadeira. No entanto, a falta de liberdade tem sido as algemas do mundo e da sociedade atual, o que tem gerado uma insegurança cada vez maior. O ser humano vive com medo, evita lugares vazios, sair à noite ou em lugares considerados perigosos, deixando, contudo, de adotar

155 PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais. Tipo, tipicidade e bem jurídico universal.** São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 147.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

posturas realmente eficazes para a solução da problemática concernente aos riscos e à insegurança.

3 - Abster-se, porém, de labutar por um mundo melhor, esquecendo-se das responsabilidades individuais e sociais, evitando-se os debates científicos, têm sido a solução adotada pela população, quando mister maior engajamento.

4 - O direito à liberdade é limitador de prisões arbitrárias, hoje o caminho concebido pela população como solução da violência urbana.

5 – Todavia, não se deve utilizar o Direito Penal de forma simbólica, mesmo porque não se trata do meio adequado para lograr segurança, pelo contrário, arvora-se em insegurança, inclusive jurídica, em rota de colisão com o Estado Democrático de Direito. É necessário cuidado para não se praticar injustiças em nome da Justiça ou de uma pseudo justiça, cerceadora da liberdade e produtora de segurança simbólica.

6 - No aparente conflito de interesses deve ser utilizada a ponderação de valores, sempre à luz da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito pátrio, que demanda a intervenção mínima do Direito Penal.

7 - A coexistência pacífica dos direitos à liberdade e à segurança não importa em renúncia, mas sim em harmonização.

8 – Dicotomias não solucionadas por falta de reflexão e empenho do homem colocam sua liberdade e sua segurança no plano de existência meramente formal.

9 - É preciso coragem, consciência, reflexão e verdadeira ação política para a evolução social tão almejada nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Claudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. 16ª ed., São Paulo: Jurídica Brasileira, 2006.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Forense universitária, 2007.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2014.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: uma reportagem sobre a banalidade do mal.** Tradução de Ana Corrêa da Silva. Coimbra: Tenacitas,[1963], 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11ª ed., Brasília: Universidade de Brasília.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Zahar.

CABRINI, Conceição. **História temática: o mundo dos cidadãos, 8ª série**. São Paulo: Scipione, 2000.

CÁCERES, Florival. **História Geral**. 4ª ed., Editora Moderna.

CALADO, Antônio Ferreira. O Sistema Prisional – Garante de Direitos Fundamentais. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A Dignidade humana teorias de prevenção geral positiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral – volume único**. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

COTRIM, Gilberto **História Global 2.** 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado.** 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 27 mai. 2021.

DEWEY, John. **Liberalismo, Liberdade e Cultura.** São Paulo: Editora Nacional, 1970.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

FIGUEIREDO, Marcelo. Políticas Públicas de Segurança. *In* PEREIRA, Claudio José Langroiva (coord.). **Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

JARDIM, Eduardo. **Resenha de 'Sobre a revolução', de Hannah Arendt**. Disponível: em https://www.academia.edu/5930312/Resenha_-_JARDIM_Eduardo._Hannah_Arendt_pensadora_da_crise_e_de_um_novo_in%C3%ADcio, 2011. Acesso em: 20 jun. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 25ª ed., São Paulo: Saraiva.

GARCIA, Rodrigo. **Redução da Insegurança Pública: Política Pública de Segurança ou Política de Segurança Pública. Estudo de Caso.** Tese de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. **Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética.** Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 248-248, 2017.

GOMES, Luis Flávio. **Populismo Penal Midiático: caso mensalão, mídia disruptiva direito penal crítico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o governo civil**. 2011.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** Disponível: em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso: jun. 2019.

MELO, José Patrício Pereira**. As Diferenças entre o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Adequação e da Concordância Prática ou da Harmonização.** Revista Direito e Dialogicidade – Artigo. In Universidade Regional do Cariri (URCA) 2178-826X

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MORA, João Ferrater. **Dicionário de Filosofia.** Disponível: em https://www.portalconservador.com/livros/Jose-Ferrater-Mora-Dicionario-de-Filosofia.pdf. Acesso: jun. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Ricardo Quartim de. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente.** Disponível https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso: jun. 2019.

MONTELLATO, Andrea Rodrigues Dias. **História temática: o mundo dos cidadãos, 8ª série**. São Paulo: Scipione, 2000. Coleção História Temática.

NEVES, Rogério de Souza. **Os Efeitos do Populismo Penal Midiático na Implementação da Filosofia de Polícia Comunitária.** REBESP, Goiânia, v. 8, n. 1, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos Versus Segurança Pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEDRO, Antonio. **História geral: compacto, 2º grau**. São Paulo: FTD, 1995.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. **Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais. Tipo, tipicidade e bem jurídico universal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. **Segurança Pública, Instituições Democráticas e seus Elementos Históricos, Políticos e Econômicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2019.

RUBIANO, Mariana de Mattos. **Revolução em Hannah Arendt: compreensão e história.** Tese de Doutorado em Filosofia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2016.

SAMPAR, Rene E.; FACHIN, Zulmar. **Poder e liberdade em Hannah Arendt**. Argumenta Journal Law, n. 24, p. 63-74, 2016.

SANTOS, Christiano Jorge. Interceptação Telefônica, Segurança e Dignidade da Pessoa Humana. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.), **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SANTOS, Inês Fonseca Santos. **A banalidade do mal de Hannah Arendt.** RTP, 2006. Disponível em: http://ensina.rtp.pt/artigo/a-banalidade-do-mal-de-hannah-arendt/. Acesso em: 24 jun. 2019.

SANTOS, Inês Moreira. Direito Fundamental à Privacidade vs. Persecução Criminal. In MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Tratado Luso-Brasileiro de Dignidade a Pessoa Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009

SCARANCE, Antonio Fernandes. **Processo Penal Constitucional.** Revista dos Tribunais.

SILVA, De Plácido. **Dicionário Jurídico**. Forense.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a Efetivação da Dignidade Humana. *In* MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana.** São Paulo: Quartier Latin, 2009

SOHSTEN, Natália França Von. **Populismo penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal.** Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13214&revista_caderno=3#_ftn28. Acesso em 23 jun. 2019.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas.** Revista de Atualidades Jurídicas da Ordem dos Advogados do Brasil. OAB Editora, Brasília: n.1, 2008.

VILARDI, Rodrigo Garcia. **Redução da insegurança pública: política pública de segurança ou política de segurança pública: estudo de caso.** Tese (Mestrado em Direito Penal), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VITA, Luís Washington. **Pequena História da Filosofia.** São Paulo: Saraiva, 1968.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CASAMENTO DO PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN

CAROLINE DOS SANTOS ROCHA:
Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil - Campus Fernandópolis/SP

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa transparecer as efetivas mudanças que a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015 realizou no Código Civil de 2002, mais precisamente entre os artigos 3° e 4°, ocasionando abundantes inovações que sempre foram muito almejadas pelos deficientes. Através do Estatuto, os portadores de Síndrome de Down adquiriram diversos direitos e ainda deixaram de ser considerados como pessoas incapazes para exercer atos pertinentes à sua vida civil. Atualmente, são pessoas em gozo de sua capacidade plena. Um dos direitos que foram adquiridos e na verdade pode ser considerado como o principal deles, é a possibilidade do portador de Síndrome de Down decidir se casar ou constituir união estável. Para alguns, esta permissão de fato concretizou a inclusão social do deficiente na sociedade; contudo, há entendimentos opostos entendendo que os portadores da Síndrome de Down foram expostos a situações vulneráveis, em razão de suas condições especiais que não permitem que sejam considerados capazes. Sem embargos, havendo manifestação de vontade do portador de Síndrome de Down, quando ele entender necessário e assim desejar, poderá se valer do instituto da decisão apoiada, visando dar mais credibilidade naquilo que pretende realizar, inclusive para a escolha de se casar.

Palavras-chave: Capacidade civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Síndrome de Down. Casamento.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 INCAPACIDADE CIVIL. 1.2 Mudanças Realizadas nos Artigos 3° e 4° do Código Civil com o Surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência. 2 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. 2.1 Do Portador de Síndrome de Down (ou trissomia). 2.2 A Capacidade Civil do Portador de Síndrome de Down. 2.3 Tomada da Decisão Apoiada e Curatela. 3 DO CASAMENTO. 3.1 Regimes de Casamento. 4 UNIÃO ESTAVÉL. 5 CASAMENTO DO PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN. 5.1 Regime de Bens e Partilha de Bens. 6 PROBLEMÁTICA: CONFLITO ENTRE NORMAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E CÓDIGO CIVIL DE 2002. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

Por muito tempo, as pessoas portadoras de deficiência mental ou intelectual eram vistas como pessoas incapazes para praticar atos relacionados à vida civil, pois, para a legislação, essa parcela da população não possuía aptidão para exercer a denominada capacidade civil de fato (ou de exercício), sendo submetida à curatela.

Constantemente eram sujeitos passivos de discriminações, não obtinham sequer nenhum amparo para inclui-los socialmente ou ter as suas necessidades e direitos atendidos nas mesmas condições que uma pessoa física "comum", ainda que diante da existência de princípios e normas constitucionais, como por exemplo a redação do art. 5° da Constituição Federal, cujo texto é o seguinte:

> 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:
>
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição etc.

Com o surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, significativas alterações ocorreram na legislação civil, principalmente em relação à capacidade civil da pessoa deficiente, até então apontada como incapacitada, sendo que, atualmente, estão inseridas no rol das pessoas relativamente incapazes – art. 4°, CC. Outra considerável alteração foi a possibilidade de constituição de família, seja através do matrimônio ou da união estável.

Em que pese isso, consideremos um portador de Síndrome de Down contraindo matrimônio, posto que é um direito previsto em lei: será que ele possui capacidade civil e responsabilidade para exercer cuidados sob o patrimônio? como será definido o regime de casamento? não seria mais eficiente um regime legal específico que evitasse eventuais prejuízos patrimoniais? quais as medidas que serão tomadas para que o portador de deficiência não seja prejudicado?

Nesse passo, será analisada a forma como o portador de Síndrome de Down será conduzido até a sua decisão de querer constituir uma família, e como ficarão algumas situações após a constituição familiar.

Trata-se de um tema que divide opiniões doutrinárias, visto que existem aqueles que defendem o objetivo geral do EPD, que é conceder maior liberdade e autonomia à essa parcela da população, e, por outro lado, há entendimentos de que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

os deficientes, em virtude da situação de vulnerabilidade, se lhes forem reconhecida a capacidade civil, não terão mais a proteção jurídica necessária.

São indagações como estas que serão objetos de estudos no decorrer do presente trabalho de conclusão de curso, através de pesquisas bibliográficas e explanatórias, visando auferir maiores conhecimentos e esclarecimentos sobre o tema, assim como analisar as significativas alterações que a lei n° 13.146/15 proporcionou ao ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro capítulo serão abordadas as teorias da incapacidade civil presentes em nosso ordenamento jurídico, e ainda, sobre as efetivas mudanças ocorridas no atual Código Civil em relação às incapacidades. Em sequência, serão elucidados conceitos sobre deficiência, mais propriamente em face dos portadores de Síndrome de Down, suas capacidades civis, direitos concretizados pela vigência do EPD, utilização da decisão apoiada, ou curatela, em casos extremamente excepcionais.

O terceiro capítulo terá exposição da história do casamento, as evoluções que ele sofreu em razão das alterações sociais e culturais, bem como a exibição dos regimes de casamento existentes. Como lógica, em razão da maioria dos brasileiros serem antepostos em uniões estáveis, também será feito sua abordagem no quarto capítulo.

Feita as abordagens gerais, será analisada a possibilidade do casamento ou união estável do portador de Síndrome de Down, forma de concretização e seus efeitos em face de eventual partilha de bens e herança.

Encerrando o presente trabalho, ocorrerá a exposição de uma problemática entre normas do EPD e CC, visto que apesar de versarem sobre o mesmo assunto – curatela do deficiente, contam com disposições textuais que ensejam interpretações divergentes.

1 INCAPACIDADE CIVIL

A pessoa natural adquiri personalidade jurídica desde o seu nascimento com vida, isto quer dizer que de fato ela é um ser humano capaz de adquirir direitos e contrair deveres, denominados por capacidade jurídica. Todavia, segundo Gonçalves (2017, p. 104), apesar da personalidade jurídica e da capacidade jurídica serem tratadas coadunadas no Código Civil, se faz importante ressaltar que elas não se confundem, visto que a pessoa natural poderá sofrer limitações no exercício de sua capacidade jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Código Civil de 2002, de início, cuidou de tratar da pessoa natural logo nos seus primeiros artigos. Assim, em que pese a capacidade jurídica, cumpre destacar que em nosso ordenamento jurídico vigoram duas espécies de capacidade que são conferidas à pessoa natural.

A primeira, denominada como capacidade de direito (ou gozo), consiste em uma capacidade inerente conferida a pessoa humana, atribuindo a ela direitos e deveres desde o seu nascimento com vida, sem qualquer distinção, retroativos à respectiva concepção (art. 2° do CC). Consiste em um direito intrínseco que não é possível ser renunciado e somente será extinto com a impreterível morte.

Há, ainda, a capacidade de fato (ou exercício), que diferente da anterior, está relacionada com a possibilidade de a pessoa humana exercer pessoalmente atos da sua vida civil, mas nem toda pessoa natural detém. Quanto a isso, a legislação se incumbiu de definir quais são as situações que excluem a pessoa natural do gozo da capacidade de fato e, consequentemente, são consideradas incapazes.

A incapacidade de fato se subdivide em dois tipos, sendo a absoluta, aquela na qual o incapaz não possui nenhum discernimento e sempre será representado por um terceiro na prática de seus atos civis, e a relativa, na qual a pessoa possui ínfimo desenvolvimento e por isso necessita de assistência de outra pessoa na realização de seus atos.

Posto isso, se uma pessoa natural possuir a capacidade de direito e a capacidade de fato concomitantemente, poderá dizer que ela está em gozo de sua capacidade plena – alguns doutrinadores entendem como uma 3° (terceira) modalidade de capacidade. Entretanto, se apenas possuir a capacidade de direito (ou gozo), diz que sua capacidade é limitada, devendo ser submetido a curatela como medida excepcional para a realização de determinados atos.

1.1 Mudanças Realizadas nos Artigos 3° e 4° do Código Civil com o Surgimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, reflexos significativos ocorreram no Código Civil de 2002, mais precisamente em seus artigos 3° e 4°, fazendo com que os seus incisos fossem devidamente revogados e/ou alterados, pois classificavam os portadores de deficiência como pessoas absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil.

O referido Estatuto foi sancionado no dia 6 de julho de 2015, publicado no dia seguinte (7) e entrou em vigor 180 dias depois através da Lei n° 13.146/15.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Todavia, cumpre esclarecer que antes do surgimento do Estatuto no Brasil, as pessoas deficientes tiveram direitos e muitas garantias reconhecidas em 2007, quando se realizou a Convenção Sobre os Direitos das Pessoa com Deficiência na cidade de Nova York, sede da ONU.

O objetivo da convenção era abdicar a discriminação e a desumanidade que os deficientes sofriam e trazer reconhecimento e igualdade para essas pessoas na mesma proporção que às pessoas sem deficiência, e nessa mesma acepção o Estatuto se manteve.

> Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação (Lei nº 13.146, 2015).

Em síntese, antes das efetivas mudanças, o art. 3° do CC possuía em seu corpo três incisos mencionando as seguintes pessoas como absolutamente incapazes: a) os menores de 16 anos; b) aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem discernimento para a prática dos atos civis; e c) aqueles que por causa transitória não pudessem exprimir a sua vontade.

Já o art. 4° elencava as pessoas consideradas relativamente incapazes, sendo: a) os maiores de 16 anos e menores de 18; b) os ébrios habituais, viciados em tóxicos, e os que, c) por deficiência mental tenham o discernimento reduzido; d) os excepcionais, sem desenvolvimento completo; e) os pródigos.

Em consonância com o exposto, depreende-se que a antiga legislação definia o portador de deficiência como um ser inábil, aquele que não detinha discernimento para efetuar atos, ainda que simples, relacionados à sua vida. Desse modo, se a pessoa era interditada, todos os atos pertinentes à sua vida eram praticados por um curador designado por decisão judicial.

Com o advento da Lei de Inclusão das Pessoas com Deficiência isso mudou. O artigo 3° do Código Civil passou a conter como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos, não existindo mais outra situação-condição no ordenamento jurídico, visto que a redação antes contida no atributo I passou a sopesar como relativamente incapaz, com previsão localizada no art. 4°, CC e, em contrapartida, a previsão do atributo II foi absolutamente retirada do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Xavier (2018, p.26) o critério subjetivo (ou psicológico) foi absolutamente abolido do Código Civil, prevalecendo até então o critério etário (idade) para a definição da incapacidade absoluta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por ter sido absolutamente retirada da legislação, o portador de deficiência mental e intelectual passou a ser considerado um ser humano plenamente capaz de exercer os atos da sua vida civil e manifestar suas vontades, conforme prevê o EPD.

Neste interim, Araújo (2016) expressa que a pessoa que apresenta deficiência não é incapaz para sua vida civil, devendo ter o exercício de sua capacidade legal assegurado nas mesmas condições das demais pessoas, salvo se dispor de circunstância que lhe impeça a sua manifestação de vontade – art. 4°, III, CC.

À vista disso, Gonçalves (2017, p. 114) faz uma excelente pontuação: "Observa-se que a incapacidade relativa não decorre propriamente da deficiência, mas da impossibilidade de exprimir à vontade".

Além do mais, nas palavras de Tartuce (2018), com as mudanças estruturais e funcionais que a teoria das incapacidades sofreu, os institutos do direito de família, casamento, interdição, curatela e a instituição da decisão apoiada sofreram repercussão direta, acarretando significativas alterações.

Assim sendo, observa-se que, após muito afinco, finalmente os deficientes mentais e intelectuais conquistaram o seu espaço, ultrapassando os obstáculos discriminatórios e desumanos que refutavam sua autonomia de vontade e inclusão social, passando a serem sujeitos de direitos em iguais condições às demais pessoas.

2 DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A deficiência é vista como uma limitação que a pessoa possui em razão de algum fator. O art. 2° do Estatuto da Pessoa com Deficiência traz em seu corpo o seguinte conceito:

> Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Em consonância ao conceito, depreende-se que existe uma diversidade de deficiências presentes em nossa contemporaneidade, sendo que, independente de qual é a deficiência, todos são considerados plenamente capazes de manifestar suas vontades e escolhas.

Quando a possibilidade de manifestar a vontade estiver ausente, seja em razão da deficiência ou por alguma causa contida no art. 4, IV, do Código Civil, a pessoa será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

considerada relativamente incapaz, devendo ser submetida à curatela em situações excepcionais, conforme será analisado.

2.1 Do Portador de Síndrome de Down (ou trissomia)

Os seres humanos possuem em seu organismo 46 cromossomos em cada célula embrionária, sendo que 23 derivam do espermatozoide fornecido pelo pai e 23 já estão contidos no óvulo da mãe. Os cromossomos são responsáveis por todas as nossas características, ou seja, são eles que criam a individualidade de cada um.

Ocorre que, às vezes, a pessoa possui um total de 47 cromossomos em suas células em razão da triplicação do cromossomo de "par 21", ou seja, invés da pessoa humana nascer com apenas duas cópias do cromossomo 21 (um do pai e outro da mãe), ela nasce com três (advindo de algum ascendente).

A presença desse terceiro cromossomo deriva de uma alteração genética que ocorre no momento da concepção do bebê, não havendo nada que possa ser feito para evitar a triplicação do cromossomo 21. Assim, a Síndrome de Down não pode ser vista como uma doença, ainda que a sua presença cause deficiência mental e atraso psicomotor.

2.2 A Capacidade Civil do Portador de Síndrome de Down

De acordo com o art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os deficientes possuem o direito de exercerem sua capacidade legal nas mesmas condições que uma pessoa que não é deficiente. À vista disso, após as mudanças ocorridas no CC, é possível concluir que o portador de Síndrome de Down, atualmente, é considerado uma pessoa plenamente capaz para exercer os atos de sua vida civil e manifestar as suas vontades.

Como forma de efetivar e deixar transparente os direitos adquiridos, o referido Estatuto elenca um rol de atos que as pessoas portadoras de deficiência mental e intelectual podem exercer livremente, através do gozo da capacidade plena (capacidade de direito + exercício). São eles:

> Art. 6° A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:
>
> I - Casar-se e constituir união estável;
>
> II - Exercer direitos sexuais e reprodutivos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> III - Exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
>
> IV- Conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
>
> V - Exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;
>
> VI - Exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas;

Para a prática desses direitos, poderá o portador de Síndrome de Down, caso seja sua escolha, optar pelo instituto da Tomada da Decisão Apoiada, visando dar maior credibilidade e confiança naquilo que se pretende fazer.

Por outro lado, caso ele não consiga manifestar sua vontade em razão da patologia que lhe acoberta, segundo Tartuce (2018, p. 1.603), o portador será considerado relativamente incapaz, nos moldes de art. 4°, III, CC, devendo, excepcionalmente, ser submetido à curatela.

2.3 Tomada da Decisão Apoiada e Curatela

Se faz importante distinguir o que é Tomada de Decisão Apoiada (TDA) e o que é Curatela, pois, apesar de possuírem objetivos similares que é proteger e assessorar os incapazes, têm aplicações distintas.

A TDA é uma inovação trazida pela Lei 13.146/15, especificamente localizada no art. 116, na qual resultou a inserção do art. 1.783-A no Código Civil. Nela, o portador de deficiência elege duas pessoas de sua confiança para lhe oferecer apoio e assessorar em eventuais escolhas ou atos que deseja praticar, a fim de conferir maior certeza e confiabilidade aos negócios jurídicos.

Aqueles que forem escolhidos deverão prestar apoio e respeitar o portador de deficiência mental ou intelectual naquilo que por ele for praticado. Caso haja divergência entre eles, caberá ao Juiz decidir em relação ao conflito.

Em se tratando de pessoa com Síndrome de Down, a escolha da TDA deverá partir dela, uma vez que, perante a legislação civil e o Estatuto, são pessoas plenamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

capazes para manifestar suas vontades; logo, a ausência de apoiadores não gera invalidade do ato.

Por outro lado, tem-se o instituto da curatela, que já é muito conhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Na curatela, é nomeado um terceiro para cuidar dos interesses da pessoa que não consegue expressar sua vontade. Em relação as pessoas com Síndrome de Down, ela poderá ser utilizada quando ficar demonstrada a vulnerabilidade do deficiente, ou seja, quando a situação colocar em risco os interesses dele.

Lobô (2015, *apud* TARTUCE, 2018, p. 1.620) afirma que não existe mais em nosso ordenamento jurídico o instituto da interdição total, onde o objetivo era coibir que a pessoa deficiente mental ou intelectual exercesse os atos da vida civil. Atualmente, fala-se em curatela específica, isso porque ela deverá ser definida somente para determinados atos e pelo menor tempo possível, quando o portador de deficiência for relativamente incapaz e não conseguir manifestar sua vontade.

Nesse passo, o art. 85 do Estatuto da Pessoa com Deficiência define os limites da curatela, admitindo sua fixação somente quando os atos do curatelado tiverem natureza negocial ou patrimonial.

3 DO CASAMENTO

O casamento existe desde há muito tempo, mas nem todos tinham acesso a ele, isto porque, segundo Dias (2015, p. 142), era vinculado a uma única religião: a católica. Além do mais, era totalmente patriarcal e considerado indissolúvel.

Anos mais tarde, com o advento da Constituição Federal de 1988, significativas alterações ocorreram devido a diversas mudanças sociais, culturais e religiosas, e a celebração do matrimônio conquistou novas perspectivas e maiores aceitações.

Nas palavras de Tartuce (2018, p. 1.340), o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecidas e reguladas pelo Estado, com o objetivo de constituir uma família baseado em um vínculo de afeto.

Outrossim, Gama (2008, p. 05 *apud* TARTUCE, 2018, p. 1.340) oferece a seguinte conceituação:

> União formal entre um homem e uma mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio jurídico solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> além dos efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com reflexos em outras pessoas.

Apesar de Gama expressar em seu conceito apenas homem e mulher como seres capacitados para contrair matrimônio, atualmente e depois de muita refutação, existe o reconhecimento de nova entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo.

O primeiro reconhecimento surgiu em 2011, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) n° 132, conjuntamente, reconhecendo como entidade familiar a união homoafetiva, admitindo, contudo, o casamento dessas pessoas no civil. Porém, pelo histórico de família tradicional e patriarcal da sociedade, ainda assim restaram desprezo e preconceitos.

Além do mais, muitos cartórios civis se recusaram para a realização do casamento, surgindo então muitas buscas pela concretização do direito perante o judiciário, porém, nem sempre as respostas eram satisfativas, pois, o entendimento acerca do casamento homoafetivo também ensejava múltiplas opiniões entre os juízes dos tribunais.

Dois anos mais tarde, em 2013, entrou em vigor a Resolução n° 175 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), disciplinando a realização do casamento homoafetivo quando for de vontade dos envolvidos. A resolução quebrou todas as adversidades e, ainda, por ter força normativa, institui a obrigação dos cartórios realizarem o casamento.

Nesse sentido, a juíza Raquel de Oliveira aduz:

> A decisão do STF dava margens a interpretações diversas. E, sendo assim, os cartórios não se sentiam obrigados. Quando veio a norma do CNJ determinando o casamento independentemente do entendimento pessoa do notário ou registrador, foi um marco legal.

Embora a conquista da resolução seja uma vitória da contemporaneidade, ainda não se sabe quando ocorrerá alterações na legislação civil incluindo as novas entidades familiares; contudo, todas as regras aplicáveis ao casamento "comum" - homem x mulher, incidem às pessoas de sexos iguais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ademais, apesar das conceituações doutrinárias, o Código Civil vigente não se preocupou em definir o conceito de casamento entre os seus 110 artigos e nem mesmo sua natureza jurídica; entretanto, tais omissões não poderão ser vistas como um óbice.

Em relação à natureza jurídica, a doutrina possui três entendimentos majoritários sobre o que seria o casamento: Um contrato, pois deriva da manifestação de vontade das partes; Uma instituição, pois é regulado por normas de direito público, que impõem direitos e deveres; ou um misto dos dois entendimentos, denominado de eclético.

Muitos se filiam ao último entendimento, pelo fato do casamento se iniciar com a manifestação de vontade dos futuros nubentes, sendo que, após, acabam por ser submetidos à regulamentação estatal. Não obstante, Dias (2015, p. 150) sustenta que seria melhor aceito definir o casamento como um negócio jurídico de direito de família, motivo pelo qual o distinguiria dos negócios jurídicos privados.

Para que de fato um casamento seja contraído, é imprescindível que os nubentes estejam em gozo de suas capacidades civis e que não haja causas de impedimento ou invalidação. Em que pesem as capacidades, após as devidas alterações que o EPD realizou no Código Civil, o art. 3° possui apenas a figura dos menores de 16 (dezesseis) anos como absolutamente incapazes, sendo, portanto, restringidos ao matrimônio.

Por igual motivo, o Código Civil estabeleceu em seu art. 1.517 a idade núbil em 16 (dezesseis) anos.

3.1 Regimes de Casamento

Ao passo que duas pessoas escolhem contrair casamento ou até mesmo união estável, é muito importante que analisem e procedam uma escolha cautelosa sobre o regime escolhido para vigorar enquanto perdurar a entidade familiar.

Anteposto o regime, será ele que irá disciplinar sobre os interesses patrimoniais dos nubentes ou conviventes enquanto perdurar a vigência da união e também em uma possível dissolução por divórcio, pela dissolução da união estável ou pela impreterível morte.

O vigente Código Civil prevê em seu corpo quatro tipo de regimes, sendo três deles os mais utilizados.

O regime da comunhão parcial de bens está previsto entre os artigos 1.658 a 1.666 do CC, e pode ser considerado como o mais utilizado. Nele, os nubentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

possuem os patrimônios demarcados da seguinte maneira: aqueles que foram adquiridos anteriormente ao casamento permanecerão pertencendo individualmente a cada um; no entanto, aqueles que foram adquiridos de forma onerosa na constância da união pertencerá de forma congênere aos dois, formando os aquestos, com exceção de alguns casos previstos em lei.

Por outro lado, tem-se o regime da comunhão universal de bens regulado entre os artigos 1.667 a 1.671 do CC, que dispõe exatamente o oposto. Adotado o presente regime, todos os patrimônios anteriores ao casamento e posteriores a ele se comunicam totalmente, de modo que o casal passa a possuir um único patrimônio, não mais existindo bens individuais, salvo algumas exceções.

Ainda, há também a separação total de bens. Neste regime, não há nenhuma forma de comunicação entre os patrimônios dos cônjuges e ou companheiros, seja em relação àqueles bens adquiridos antes ou durante o casamento ou união estável. Assim, cada um continuará livre para administrar de forma individual o patrimônio existente, ainda que ele tenha sido adquirido na constância da entidade familiar.

O regime de separação total possui duas peculiaridades: ele poderá derivar de um acordo de vontades entre os cônjuges/companheiros e para isso deverá ser realizado a confecção de pacto antenupcial por escritura pública em se tratando de casamento (art. 1.653 do CC) ou, desde que por escrito, em se tratando de união estável, com possibilidade de ser pactuado por instrumento particular, ou então, mediante determinação legal – situações que são obrigatórias aderir a este regime. Sua regulamentação pode ser encontrada nos artigos 1.641, 1.687 e 1.688 do CC.

Por fim, como último regime e o menos utilizado, dispõe os artigos 1.672 a 1.686, todos do CC, sobre a participação final nos aquestos. Consiste em um regime mais complexo, posto que subsiste uma mixórdia entre as regras da separação total e a comunhão parcial. Na constância do casamento, cada nubente/companheiro possui patrimônio próprio, sem que os bens anteriores ou adquiridos se comuniquem com o do parceiro. Contudo, ocorrendo a dissolução, cada nubente desfrutará de uma participação em relação aos bens que o ex-cônjuge/companheiro conquistou no decorrer na união, desde que tenha havido um esforço comum para essa aquisição.

Desta maneira, nesse regime existem dois momentos, nos quais vigora, em cada momento, um tipo de regime: durante o casamento prevalece a separação total de bens, e em eventual dissolução, a partilha ocorre conforme o regime de comunhão parcial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ademais, para que este regime seja aderido pelo casal, demanda a realização de um pacto antenupcial pois é nele que constará a forma de administração dos bens do presente e futuro na constância do casamento.

4 UNIÃO ESTÁVEL

Por muito tempo a união estável foi objeto de repúdio e de punições para aqueles que a ela se submetessem, pois era preciso não ignorar o sagrado matrimônio, até então feito perante a igreja.

O "concubinato" foi a primeira denominação atribuída às uniões de pessoas não firmadas através do casamento, e após isso, diversas transmutações passaram a acontecer.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, se viu a necessidade de ampliar o conceito de família, eis que surgiu a denominação união estável. De acordo com o art. 1.723 do Código Civil, caracteriza-se união estável a união que for contínua, pública e duradoura entre homem e mulher, com o objetivo de constituir família.

Segundo o que consta na doutrina de Tartuce (2018, p. 1.483/1.484), não existe hierarquia entre a união estável e o casamento. No entanto, também não se faz possível equipará-los totalmente, pois segundo a corrente consolidada por Anderson Scheiber e aderida por Tartuce (2018), as formalidades, a necessidade de outorga do Estado, a alteração do estado civil, a possibilidade de alterar o regime do casamento e a necessidade da outorga uxória são situações conferidas somente ao casamento.

Nesse sentido, Dias (2015, p. 239) complementa que existe uma simetria entre o casamento e a união estável, onde ambos, apesar de serem constituídos de modos diferentes, possuem como causa ou fundamento o elo afetivo entre as pessoas, o comprometimento mútuo e o embaralhar de patrimônios.

Nessa entidade familiar os conviventes podem também escolher o regime de bens de interesse deles, inclusive, havendo silêncio dos companheiros, eles serão subordinados ao regime da comunhão parcial de bens.

No que concerne à sucessão hereditária, antes da declarada inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil pelo STF por meio do Recurso Extraordinário 878.694, havia uma hierarquia entre o cônjuge e o companheiro em relação a sucessão. Se houvesse casamento, o cônjuge sobrevivente seria herdeiro necessário, enquanto que, na união estável, o companheiro era considerado somente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

herdeiro legítimo, ou seja, poderia ter a sua participação na divisão da herança afastada, sem a obrigatoriedade do quinhão mínimo referido no art. 1.846 do CC.

Assim, com a declarada inconstitucionalidade da norma citada, a sucessão hereditária envolvendo cônjuge ou companheiro será procedida mediante as regras contidas a partir do art. 1.829 do Código Civil. Desse modo, por equiparação, onde se lê cônjuge, deve conter também a denominação companheiro(a).

5 CASAMENTO DO PORTADOR DE SÍNDROME DE DOWN

Os portadores de Síndrome de Down, por serem deficientes, por muito tempo foram definidos pela legislação como seres absolutamente incapazes, inclusive para exercer os atos da sua própria vida civil, sendo imperiosamente submetidos ao instituto da curatela.

O reconhecimento de muitos direitos surgiu através do Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que a sua vigência acarretou a revogação de diversos artigos que regulavam sobre os tratamentos pelos quais os incapacitados eram subordinados, passando a atribuir a eles capacidade plena, consequentemente atribui valor às suas vontades, inclusive possibilidade de escolher se casar ou não.

O direito ao casamento é previsto no art. 6° do EPD, e certamente se caracteriza uma das predominantes mudanças, um marco na vida dessas pessoas.

Anteriormente a lei 13.146/2015, o art. 1.548 do Código Civil continha a seguinte redação:

> É nulo o casamento contraído:
>
> I - Pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
>
> II - Por infringência de impedimento.

Atualmente, apresenta-se deste modo:

> 1.548. É nulo o casamento contraído:
>
> I - (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)
>
> II - Por infringência de impedimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A primeira redação decretava nulidade ao casamento do deficiente simplesmente pelo fato dele ser deficiente. A sua inserção no rol dos absolutamente incapazes não lhe conferia o direito de realizar atos pertinentes a vida civil. Nos dias atuais, quer seja deficiente ou não, o direito ao casamento deriva da manifestação de vontade, portanto, a nulidade que antes existia agora não vigora mais.

Assim, se o portador de Síndrome de Down demonstrar a vontade de se casar com um parceiro(a), a sua vontade deverá ser respeitada e prevalecida, sem que perdure qualquer obstáculo.

Ao que concerne a união estável, se a legislação conferiu permissão ao direito ao casamento, é indubitável que a constituição de união estável também se vê por abrangida. Contudo, a fim de não deixar dúvidas e sobrevir impasses, o legislador tratou logo de constar a permissão da união estável para o portador de deficiência concomitantemente ao inciso que prevê a permissão ao matrimônio, mesmo porque, perante a legislação civil atual, o portador de deficiência é um ser humano plenamente capaz de manifestar suas vontades.

Assim, em todo caso, se o portador de Síndrome de Down manifestar desejo ao casamento ou união estável, a sua escolha terá validade plena, independentemente de curador ou utilização da TDA, não sendo a "trissomia de par 21" objeto de invalidade do ato.

5.1 Regime de Bens e Partilha de Bens

Posto que os portadores de Síndrome de Down apresentam aptidão para escolher aderir ao casamento ou a união estável ou não, resta evidente que a escolha do regime que irá vigorar durante a união pertence também a ele, ou melhor, a ambos os parceiros, visto que possuem capacidade.

Conforme elencado em tópico específico, a escolha do regime de bens é muito importante para os nubentes ou companheiros, pois será ele que irá vigorar na constância da união e na sua eventual dissolução, dispondo sobre todas as regras em relação ao patrimônio do casal.

Em havendo partilha de bens e sucessão hereditária do cônjuge ou companheiro portador de Síndrome de Down, elas se processarão conforme o regime de bens adotado para vigorar durante a união da entidade familiar, independentemente se o fim derivou por divórcio, dissolução de união estável ou pela morte do parceiro(a) ou do próprio deficiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

6 PROBLEMÁTICA: CONFLITO ENTRE NORMAS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E CÓDIGO CIVIL DE 2002

Sabe-se que o casamento é um direito inerente a aquele que manifesta vontade em aderi-lo. Nesse sentido, se o portador de Síndrome de Down manifestar vontade de se casar ou instituir união estável, sua escolha deverá ser respeitada em razão da capacidade de exercerem os atos relacionados a sua vida civil.

Assim, em relação a manifestação de vontade, existe um conflito de normas entre o Código Civil de 2002 e o Estatuto da Pessoa com Deficiência de 2015, pois, segundo grandes entendimentos, as legislações citadas optaram por caminhos diferentes ao tratarem sobre o casamento e a curatela do portador de deficiência.

Conforme previsão Estatutária, a curatela possui caráter extremamente restrito, devendo ser definida somente para situações que envolvam atos negociais e patrimoniais do interditado, quando provada a necessidade, não havendo possibilidade de um terceiro intervir e representar em escolhas relacionados ao matrimônio – Art. 85, §1°.

Em oposição, tem-se o art. 1550, § 2, CC, que concede permissão ao curador representar os deficientes em relação ao matrimônio. Ou seja, a manifestação de vontade poderá ser exercida por meio daquele que é curador/assistente da pessoa com deficiência.

Todavia, ainda neste mesmo artigo, a própria legislação civil se contraria ao dispor da seguinte redação:

> Art. 1.550 - É anulável o casamento:
>
> IV - Do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.

Ora, se o casamento daquele que não consegue manifestar a sua vontade poderá ser anulável, como pode o curador manifestar uma vontade como se fosse a do deficiente?! São previsões inequívocas permitidas ao curador.

Para alguns doutrinaristas, o envolvimento de um curador na manifestação de vontade do deficiente não fere a previsão contida no art. 84 do Estatuto, visto que ele não estará validando o casamento ou não, mas afirmando e assessorando o seu curatelado nas suas escolhas, como, por exemplo, auxiliar na determinação do regime que irá vigorar na constância do casamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em qualquer das hipóteses, com ou sem a TDA ou a Curatela, uma vez que a pessoa com Síndrome de Down manifestou a vontade de constituir entidade familiar, a formação desta será válida, não sujeita a nulidade, em razão das importantes modificações que o Estatuto da Pessoa com Deficiência realizou no Código Civil.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, concluímos que com a vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, os deficientes adquiriram direitos muitos significativos, de modo que estão conquistando o seu espaço na sociedade.

Nesta esteira, a maior das inovações que o EPD trouxe ao ordenamento jurídico, concisamente foi em relação a capacidade civil da pessoa com deficiência. Os deficientes eram considerados absolutamente incapazes para exercer atos relacionados a sua vida civil, sendo representados por seu curador, motivo pela qual as suas manifestações de vontade eram restritas. Atualmente, são seres humanos de capacidade plena em iguais condições às pessoas não deficientes, e, eventualmente, poderão ser submetidos à curatela para que o assistente o assista desde que seja em relação a atos de natureza patrimonial ou negocial.

Ao que concerne ao casamento ou união estável, é concebido que foi e está sendo um dos meios mais inclusivos do portador de Síndrome de Down na sociedade, vez que lhe proporcionou autodeterminação.

Apesar das consideradas alterações positivas, restou demonstrando que houve poucos prejuízos em relação à teoria da incapacidade civil prevista entre os artigos 3° e 4° do CC, sendo objeto de muitas divergências.

Como ocorreu a revogação de todos os incisos constados no art. 3°, CC, verifica-se que aqueles que, de fato, estão em condições de extrema incapacidade, como, por exemplo, aqueles que se encontram em coma profundo ou possuidores de mal de Alzheimer, ficaram expostos a vulnerabilidade, pois, por não serem mais abrangidos como absolutamente incapazes, a curatela não englobará a representação em relação a todos os direitos.

Por esta razão, inúmeros são os entendimentos que se filiam ao projeto de Lei 757/2015, já em curso no Senado, no qual pretende realizar alterações importantes no CC, CPC, e EPD, para que as patologias que ficaram a vagar por entendimentos jurisdicionais voltem a integrar o rol do art. 3° do CC, sem que, com isso, os direitos dos deficientes sejam atingidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Apesar disso, ainda assim é bem correto consentir que o EPD de fato concretizou uma nova perspectiva de aceitações para os portadores de deficiência, introduzindo-os socialmente e proporcionando direitos e garantias que foram por tempos almejados.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

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: 06 set de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 06 de set de 2020.

CARNEIRO, Luciana Vieira. **O estatuto da pessoa com deficiência e seus reflexos na capacidade civil**. Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52101/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-reflexos-na-capacidade-civil>. Acesso em: 12 de set de 2020.

CNJ. Norma sobre casamento homoafetivo completa quatro anos. Jusbrasil, 2017. Disponível em: https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/456628680/norma-sobre-casamento-homoafetivo-completa-quatro-anos. Acesso em: 23 de out de 2020.

COSTA, Larissa Muhana Daú. **Casamento do portador de deficiência: impropriedades do novo regramento trazido pela lei 13.146/2015**. DireitoNet, 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9842/Casamento-do-portador-de-deficiencia-impropriedades-do-novo-regramento-trazido-pela-Lei-13146-2015>. Acesso em: 10 out 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família**. 10° ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DUARTE, Rafael Salioni. **A legalidade do casamento entre portadores de Síndrome de Down.** JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://rafaelsalioni.jusbrasil.com.br/artigos/392518326/a-legalidade-do-casamento-entre-portadores-de-sindrome-de-down>. Acesso em: 01 de out de 2020.

FLORÊNCIO, Matheus Vinicius Quaresma. **A tomada da decisão apoiada e sua relação com a curatela no Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-tomada-de-decisao-apoiada-e-sua-relacao-com-a-curatela-no-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/#:~:text=A%20tomada%20de%20decis%C3%A3o%20apoiada%20%C3%A9%20o%20processo%20pelo%20qual,informa%C3%A7%C3%B5es%20necess%C3%A1rios%20para%20que%20possa>. Acesso em: 04 out 2020.

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado.** 7° ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 05 de set 2020.

REGO, Laira Sgotti. **Capacidade civil da pessoa com deficiência: A legalidade do casamento entre portadores de Síndrome de Down**. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52919/capacidade-civil-da-pes soa-com-deficiencia-a-legalidade-do-casamento-entre-portadores-de-sindrome-de-down>. Acesso em: 08 set 2020.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (parte 2).** Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 13 de out 2020.

STF. **Supremo Reconhece União Homoafetiva.** Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931. Acesso em: 17 de out de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015>. Acesso em: 08 set 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 8° ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VICENTE, José Carlos. **Regime de Bens entre os cônjuges**. DireitoNet, 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2948/Regime-de-bens-entre-os-conjuges>. Acesso em: 28 out de 2020.

XAVIER, Ana Carolina Pinto. **Casamento da pessoa com deficiência à luz das inovações trazidas pela lei 13.146/2015 – avanço ou retrocesso?** 2018. 161 fls. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PERDA DO DIREITO DE HERDAR EM VIRTUDE DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

LARA BEATRIZ BARBOSA MOURA: Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

PATRÍCIA MENDESCABRAL[156]

(coautora)

JOÃO SANTOS DA COSTA[157]

(orientador)

Resumo: A presente pesquisa versa acerca possibilidade de flexibilização do rol taxativo das causas de perda do direito de herdar à luz dos princípios da afetividade, dignidade da pessoa humana e da solidariedade. O objetivo geral do estudo é apresentar a evolução da concepção de família e os seus efeitos no direito sucessório. Esta pesquisa foi desenvolvida através de análises bibliográficas, baseadaem materiais já elaborados, compostos por livros, artigos científicos e jurisprudências. Devido ao aumento do abandono afetivo inverso, ou seja, os filhos abandonando os pais, e a inclusão da afetividade como ponto fundante das relações familiares, surgiu a necessidade de estudar a flexibilização do rol taxativo da perda do direito de herdar, tendo em vista que o direito sucessório e o direito de família andam juntos. Por esse motivo, coloca-se a possibilidade de flexibilização das causas de perda do direito de herdar no Código Civil.

Palavras-chave: Abandono afetivo inverso. Afetividade. Exclusão sucessória. Flexibilização.

Abstract: This research is about the possibility of flexibilization of the exhaustive list of causes of loss of the right to inherit in light of the principles of affectivity, dignity of the human person and solidarity. The general objective of the study is to present the evolution of the concept of family and its effects on inheritance law. This research was developed through bibliographic analysis, based on materials already prepared,

156 Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

157 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela PontifíciaUniversidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

composed of books, scientific articles and jurisprudence. Due to the increase in the opposite affective abandonment, that is, children abandoning their parents, and the inclusion of affectivity as a foundational point of family relationships, the need to study the flexibility of the definitive list of loss of the right to inherit emerged, considering that inheritance law and family law go hand in hand. For this reason, there is the possibility of flexibilization of the causes of loss of the right to inherit in the Civil Code.

Keywords: Inverse affective abandonment. Affection. Inheritance Exclusion. Flexibilization.

Sumário: Introdução 1. Da família: a sua concepção no direito conteporâneo e a inclusão dos princípios constitucionais em sua estrutura 2. A concepção de família no sistema jurídico contemporâneo 2.1 Dos princípios constitucionais na estrutura familiar 2.2 Os deveres familiares: o papel dos filhos na proteção de seus pais na velhice 3. Da exclusão sucessória 3.1 A capacidade sucessória no código civil vigente 3.2 Exclusão por indiginidade: abordagem conceitual e as hipóteses de incidência 3.3 A perda da capacidade sucessória pela deserdação: compreensão do conteúdo, forma e hipóteses de incidência 3.4 Interpretação teleológica do direito sucessório 3.5 Interpretação teleológica do direito sucessório 4 Do abandono afetivo inverso como causa de perda do direito de herdar 4.1 Compreensão crítica do conceito de abandono afetivo inverso 5 Do abandono afetivo inverso como hipótese de exclusão sucessória: uma anàlise a partir da constituição federal 5.1 O abandando afetivo inverso na jurisprudência: uma questão ainda a ser amadurecida. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Para acompanhar e regulamentar as relações jurídicas, o direito deve sempre se renovar, seja por meio de alterações legislativas, bem como por meio de novos entendimentos jurisprudenciais. A introdução da afetividade como elemento essencial de existência da entidade familiar fez surgir novas discussões, entre elas, a possibilidade de exclusão do herdeiro na linha sucessória em razão do abandono afetivo inverso, já que a doutrina e a jurisprudência têm caminhado para essa possibilidade.

A conquista de avanços tecnológicos, sobretudo, na medicina, fez com que melhorasse a qualidade de vida no país, aumentando a expectativa da longevidade e, consequentemente, o aumento da população idosa. Essa fase da vida é marcada, contudo, pela vulnerabilidade acerca de diversos fatores, dentre eles, o

acometimento de enfermidades graves, como a depressão. Essa anomalia é frequente quando, mesmo com a valorização e importância que a Constituição Federal de 1988 dar ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a afetividade passa a ser essencial para a configuração da entidade familiar, é crescente o número de idosos que são abandonados afetivamente.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como estudo o abandono afetivo inverso – caracterizado quando filhos abandonam os pais, na maioria das situações, idosos – destacando, assim, as consequências desse problema social e o seu alcance, mesmo em uma sociedade que garante constitucionalmente o dever de amparo, pela família, às pessoas idosas. É um tema que carrega polêmica por causar comoção diante da falta de empatia aos mais vulneráveis, além de enfurecer aqueles que lutam por situações igualitárias e por justiça.

Ademais, sabendo que o conceito e a finalidade da família estão em constante alteração devido ao enaltecimento do princípio da afetividade, tem-se como objetivo demonstrar a necessidade de alteração nas hipóteses de exclusão sucessória, justamente, em virtude do crescente abandono afetivo inverso e a realização da última vontade do *de cujus*, pois é repugnante à ordem jurídica alguém abandonar os pais e, mesmo assim, tirar vantagem destes.

Da mesma forma, a própria Constituição Federal de 1988 também preconiza em seus dispositivos legais o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual confere ao indivíduo a liberdade de agir, pensar e ser, assegurando que a sua liberdade de escolha e de uma vida digna sejam respeitadas. Por isso, o presente trabalho possui como objetivo apontar a necessidade de novas interpretações acerca das normas sucessórias, uma vez que essas situações pré-concebidas pelo poder legislativo devem ser relativizadas em prol do indivíduo, para que este tenha direito a escolher quem irá usufruir dos seus bens, considerando a atual concepção do direito de família, bem como o crescente abandono afetivo.

Logo, surge a necessidade de não permitir que o autor desse ato ilícito fique impune e, ainda, se beneficie com o patrimônio do *de cujus*. Sendo importante ressaltar que o direito sucessório já prevê circunstâncias sobre a exclusão do direito de herdar, possuindo, no entanto, um rol taxativo. A reflexão que ora se coloca, portanto, é a possibilidade de incorrer uma flexibilização, ou seja, uma interpretação da norma sucessória levando-se em consideração os princípios constitucionais que norteiam o novo conceito de família.

Nessa linha de pensamento, é evidente que o direito sucessório permanece arcaico diante da nova realidade social, deixando de acompanhar as transformações

do direito de família. Nesse sentindo, é necessária uma ponderação entre os princípios fundantes do novo direito de família, bem como o da taxatividade que regula o direito sucessório. A pesquisa em comento será desenvolvida através de análises bibliográficas com abordagem dedutiva, do tipo descritiva e na forma qualitativa.

1 DA FAMÍLIA: A SUA CONCEPÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO E A INCLUSÃO DOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS EM SUA ESTRUTURA.

1.1 A concepção de família no sistema jurídico contemporâneo.

A sociedade moderna sofre constantes alterações com a evolução do tempo, de modo que vem a afetar diversos setores, como o econômico, político, cultural e, consequentemente, os aspectos pessoais e sociais. Tais mudanças influenciam fortemente no instituto da família, uma vez que esta é a unidade social mais antiga do ser humano, visto que, antes mesmo de existir organizações políticas, diversas pessoas já se relacionavam a constituir uma entidade familiar.

Antigamente, no direito romano, a família era organizada sob a autoridade do "pater", de modo que este era o responsável pelas decisões de todos os familiares, cujas ordens deviam ser respeitadas e seguidas por todos. Portanto, o homem detinha toda a direção da entidade familiar,não cabendo às esposas e aos filhos o poder de escolha. Imperioso destacar que, precipuamente, a família era formada apenas por laços sanguíneos, de modo a formar um núcleo mais restrito.

Com o passar do tempo, o conceito de família foi mudando drasticamente. Hoje, após diversas transformações históricas, bem como com a promulgação da Constituição Federal de 1988,muitos paradigmas foram quebrados; assim, o modelo igualitário de família contemporâneo se sobrepõe ao modelo autoritário anterior, afinal, os ideais democráticos, igualitários e a busca pela dignidade da pessoa humana foram cruciais para tamanha alteração do que vem a ser a entidade familiar.

Outrossim, na visão de Maria Berenice Dias (2015), a família é uma construção cultural, e, por isso, o seu conceito se reinventa de acordo com o momento histórico. Dessa forma, constata-se que a família na atual sociedade contemporânea passa a priorizar a afetividade no ambiente de convivência e a solidariedade entre os seus membros. Portanto, o presente trabalho possui o objetivo de demonstrar a atual concepção de família norteada pelos princípios constitucionais, uma vez que tais princípios se tornaram base para sua configuração, como também, a necessidade de tais princípios serem observados no direito sucessório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em suma, diante da constitucionalização do Direito Civil, a qual determina um novo parâmetro interpretativo às relações familiares, é cediço que, hoje, para a configuração de família, é necessário o vínculo afetivo. Nesse viés, segundo Paulo Lôbo (2019) "A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida".

À luz do exposto, é notório que o princípio da afetividade é base das relações familiares, e a ausência da afetividade poderá descaracterizar a entidade familiar, não bastando apenas a existência de laços sanguíneos ou mesmo exclusivamente a provisão de bens materiais, devendo ir além, considerando os demais deveres familiares de cuidado, atenção, convivência familiar, educação, proteção, dentre outros.

Ademais, é de suma importância trazer à baila que a passagem do fato natural dos laços de sangue para o fato cultural da afetividade é materializada em diversos artigos do Código Civil, dentre eles, o artigo 1.614, que demonstra a possibilidade de o filho rejeitar a filiação. No primeiro caso, se o filho maior não reconhecer a paternidade mesmo esta sendo biológica, não será admitida. E, no segundo caso, o filho menor pode impugnar a paternidade até quatro anos após completar 18 anos. Portanto, está mais do claro que a afetividade é a pedra angular do atual conceito de família, em virtude da sua relevância nas relações familiares, deixando de lado o mero laço sanguíneo.

Da mesma forma, segundo Dimas Messias de Silva Carvalho (2019), a Constituição de 1988 acolheu as transformações sociais da família brasileira, incluindo no seu texto três eixos modificativos de extrema relevância, sendo eles: a igualdade em direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal; igualdade absoluta dos filhos e a pluralidade dos modelos de família. Com isso, ao analisar o novo conceito de família norteado pelo princípio da afetividade, faz-se necessário analisar a falta deste. Dessarte, a presente pesquisa visa demonstrar a importância da inserção do abandono afetivo inverso como causa de perda do direito de herdar.

1.2 Dos princípios constitucionais na estrutura familiar

A priori, é importante ressaltar a importância dos princípios no ordenamento jurídico, tendo em vista que a realidade/sociedade antecede o Direito, de forma que se faz necessário a incidência deles para a interpretação das normas pelo operador do Direito, uma vez que há situações que não estão previstas no ordenamento, surgindo, portanto, os princípios como pontos fundamentais à suprir as lacunas da lei. José Afonso da Silva (1982), define os princípios jurídicos como sendo uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.

No mesmo sentindo, na visão de Rodrigo da Cunha Pereira (2016), o papel dos princípios é, também, informar todo o sistema, de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humanaem todas as relações jurídicas, ultrapassando, dessa forma, a concepção estritamente positivista, queprega um sistema neutro. Assim, é inegável a importância dos princípios no atual Direito contemporâneo.

Em seguida, após tecer um pouco sobre o conceito do que venha ser princípios, passamos agora a analisar a incidência destes no Direito de família. Precipuamente, imperioso destacar, o princípio mais universal de todos, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, no qual além de ser um princípio constitucional, trata-se de um fundamento à ordem jurídica, no qual é perceptível a preocupação do legislador pela pessoa humana e a sua dignidade. Desse modo, nesse "novo" Direito, a família deixa de ser um núcleo social fechado e individualista, pois na sociedadepatriarcal apenas a figura paterna gozava da dignidade para assumir a função de realização da dignidade de todos os integrantes, com base sempre no afeto e no respeito entre os indivíduos.

Logo, a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de família se materializou em diversas alterações do Código Civil ocorridas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, dentre elas, a igualdade de direitos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (art 226, § 5); e o planejamento familiar voltado para o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art 226, § 7).

Na sequência, no tocante ao princípio da solidariedade, segundo Paulo Lôbo (2020), caracteriza-se como um vínculo de sentimento guiado e autodeterminado, que se materializa por meio de uma oferta de ajuda desde moral a material. É uma forma de superar o individualismo jurídico e buscar a formação de uma sociedade justa. Desse modo, após a implementação do princípio da solidariedade no contexto familiar, o cuidado e o zelo com os demais membros da família deixaram de ser algo indispensável para a sua configuração, tornando-se um dever jurídico.

Destarte, com a implementação do denominado princípio, frizamos o dever de todos os membros da família em prestar assistência uns aos outros, destacando o dever de cuidado dos filhos perante os pais, dando a estes os devidos cuidados para que tenham uma velhice segura, respeitadae digna.

Quanto ao princípio da igualdade entre os membros da família, este operou imensa transformação, principalmente, no que concerne a igualdade entre o homem e a mulher, entre os filhos oriundos dentro e fora do casamento e entre as entidades familiares, rompendo, mais uma vez, os pontos fundantes da família tradicional. Esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

princípio tem o objetivo de superar as desigualdadesa medida que enaltece a ideia de aplicação da mesma lei a todos os sujeitos de direito.

Nesse raciocínio, não podemos ceder à noção de enxergar o Direito de família apenas como um instituto de normas que visa a proteção da entidade familiar, quando, na realidade, o seu papel vai muito além disso, pois as relações familiares são ostentadas por cada pessoa humana, cuja dignidade, como já tratada acima e esclarecido que é o princípio regulador do ordenamento jurídico, merece o mais elevado amparo constitucional.

Além desses, temos o princípio da afetividade. É, justamente, a importância do cuidado, carinho e atenção em todo relacionamento, especificamente, na família. Mostra-se como um complemento de todos os outros, formando um conjunto indispensável para a humanidade, pois a família não pode ser confundida com um leque de entidades familiares, ela é, antes que qualquer corpo intermediário, um complexo de relações humanas com base no fundamento de parentesco, afinidade e socioafetividade.

Portanto, percebe-se que o conceito de família decorre de um fato social que está em constante transformação e que precisa de um acompanhamento jurídico a sua altura. Contudo, verifica-se que nem sempre o Direito regulamenta as relações existentes de acordo com a atual conjuntura, surgindo, assim, a necessidade de flexibilização de normas ainda arcaicas.

Portanto, a presente pesquisa possui como possibilidade, justamente, a flexibilização do direito sucessório. Isso se deve ao fato de o rol previsto no Código Civil que enumera os casos de causas deperda do direito de herdar ainda ser taxativo, não enumerando, especialmente, o abandono afetivo inverso como hipótese. É inadmissível que alguém usufrua dos bens deixados por outro, mesmo tendo lhe abandonado, apenas pela justificativa de laço sanguíneo. Vale se perguntar se o afeto existiu, a convivência, o cuidado, a proteção. Até porque são obrigações, inclusive, previstas na lei. Por isso, o afeto é, hoje, um termo marcante no Direito de família e, consequentemente, no Direito sucessório.

1.3 Os deveres familiares: o papel dos filhos na proteção de seus pais na velhice

O aumento da expectativa de vida dos brasileiros, segundo os dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aumentou de 2017 para 2018, em três mesese quatro dias, alcançando o patamar de 76,3 anos. Um dado que deveria ser encarado como positivo para todos, no entanto, para os idosos, têm sido um momento de angústia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Carlos Alberto Maluf (2018), os idosos merecem, assim como as crianças e adolescentes, uma tutela diferenciada em virtude da vulnerabilidade decorrente da velhice. Logo, com objetivo de conceder uma tutela positiva ao idoso, justamente, em virtude de sua vulnerabilidade, foi instituído um microssistema que reconhece e restabelece as necessidades especiais para os idosos, o denominado Estatuto do Idoso.

Roberto Mendes de Freitas Júnior além de destacar importância social do estatuto vigente, também evidencia as suas tutelas específicas que proporcionam garantias e também obrigações, tanto para o Estado, quanto para a sociedade e a família, ao estabelecer no seu artigo 3º, como obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso aefetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (FREITAS JUNIOR, 2015).

Dessa forma, tal estatuto assegura os direitos das pessoas nessa faixa etária e, inclusive, seleciona crimes em espécies para quem atentar contra o bem-estar dessa camada mais vulnerável. Assim, de acordo com o artigo 99 dessa lei, expor a perigo a integridade e a saúde, física e psíquica, do idoso, submetendo-o a condições degradantes é crime e possui todo um amparo jurídico para punir o indivíduo que age desta maneira.

Nesse sentido, o direito a ter um envelhecimento digno tornou-se um direito personalíssimo protegido, inclusive, em diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem. No entanto, mesmo com tanto amparo legal, ainda há a negligência quanto a esse dever de cuidado dos filhos perante os pais.

Além de tais diplomas, preceitua o artigo 229 da Constituição Federal, que os filhos têm o dever de ajudar e de amparar os pais na velhice, carência e enfermidade. Em suma, o cuidado jurídico que o filho deve ter perante o pai, apesar de possuir um valor imaterial, é uma obrigação que engloba toda a solidariedade da família e segurança afetiva que deve se fazer presente. Ainda, preceitua o artigo 230 da mesma lei que é dever da família cuidar das pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida.

Ocorre que, com a vida corrida e o aumento da expectativa de vida, os idosos estão sendo cada vez mais deixados em asilos, e, consequentemente, esquecidos pelos seus familiares. Isso tem ocasionado diversas enfermidades, como depressão e ansiedade, o que causa o sofrimento e um final de vida angustiante. Tudo isso acontece, muitas vezes, por egoísmo, falta de empatia e, certamente, é um desrespeito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a diversos princípios constitucionais que hoje são bases fundantes para as relações familiares, como o da afetividade. Nessa lógica, é evidente que essa atitude merece ser punida pelo Estado na função de protetor dos mais vulneráveis, bem como para efetivar os princípios constitucionais.

Na maioria das vezes, os familiares acreditam que manter financeiramente o idoso já basta. Ora, é inegavél a importância do dinheiro para a subsistência dos idosos, no entanto, a afetividade e o cuidado, devem se fazer presentes, uma vez que no atual direito de família, passaram a ser pontos essenciais para a constituição da entidade familiar, portanto, a falta destes requisitos merece ser punido.

Desse modo, quando se trata de um filho (a) que tem o dever de cuidar, à luz da ConstituiçãoFederal, dos pais idosos e, por alguma ocasião, os abandona e, mesmo assim, tem o direito deherdar os bens adquiridos pelos pais ao longo da vida é de extrema afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da personalidade, e ao ideal de justiça.

2 DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA

2.1 A capacidade sucessória no Código Civil vigente.

A capacidade sucessória é a propensão para adquirir os bens que eram do *de cujus*, ou seja, a legitimidade para determinada pessoa titular os bens deixados pelo falecido, sendo apurada no momento da abertura da sucessão, aplicando-se a legislação vigente, de acordo com o artigo 1.787 do Código Civil. Além da aptidão para suceder, é necessário que o herdeiro ou o legatário sobreviva ao autor da herança, ou seja, que sobreviva no momento da morte, salvo as exceções.

Com a morte do titular dos bens, o patrimônio passa a ser chamado de 'herança' e será aberta a sucessão, sendo submetida às regras do direito sucessório. De acordo com Pablo Stolze (2019), a sucessão é, justamente, a modificação da titularidade de bens. O patrimônio deixado pelo falecido,vale lembrar que não é apenas os bens corpóreos e sim toda a gama de relações jurídicas (direitos e obrigações de crédito e débito) valoráveis economicamente, jamais poderá remanescer sem titular. A sucessão *mortis causa,* ou seja, a transferência de titularidade dos bens decorrente da morte do *de cujus*, será o caminho desta pesquisa. Esse tipo possui como espécie a sucessão hereditária que é subdividida em legítima e testamentária.

Em casos que o autor da herança não declara a sua última vontade, ocorre totalmente a sucessão legítima; ela decorre da lei, os seus bens serão transmitidos a quem o legislador estabelece como herdeiro. Ainda, mesmo em situações que o *de*

cujus deixe algum testamento de doação da herança, essa sua liberdade de escolher a quem beneficiar é limitada pelo artigo 1.846 do CC, pelo qual, diz: 'Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança,constituindo a legítima'. Os herdeiros necessários, pelo artigo 1.845, são os descendentes, ascendentese cônjuges, sendo deferida a herança a partir da ordem do artigo 1.829 do CC.

Já a sucessão testamentária é quando a transmissibilidade da herança ocorre por um atojurídico negocial, especial e solene, denominado testamento. No entanto, por mais que seja tratada de forma exaustiva e abrangente no Código Civil, não possui aceitação social por não ser típico da

cultura brasileira a preocupação com o destino do seu patrimônio após a morte.

Segundo Dimas Carvalho (2018), na sucessão legítima, possuem capacidade sucessória as pessoas físicas existentes e o nascituro; sobretudo, na sucessão testamentária, é admitido seremchamadas a suceder, além das pessoas nascidas ou concebidas, a prole eventual de pessoas certas existentes no momento da morte, as pessoas jurídicas e as fundações a serem constituídas.

Paulo Lôbo dispõe que estão legitimados a suceder no direito brasileiro, tais sujeitos: as pessoas físicas; os nascituros; as pessoas físicas ainda não concebidas, ou prole eventual das pessoas, contempladas em testamento; as pessoas jurídicas designadas em testamento; as entidades não personificadas, porém existentes, como as sociedades em comum ou as sociedades em conta de participação, designadas em testamento; e as pessoas jurídicas futuras, que serão constituídas com legados deixados pelo testador, sob a firma de fundações.

Nesse sentido, o principal fundamento para o direito de herança é, sem dúvidas, a relação de parentesco, por isso, tamanha é a ligação do Direito de Família com o Direito Sucessório. Com o falecimento, os bens auferidos no decorrer da vida precisam de novo proprietário para poder administrá-lo, sendo, de primeira mão, chamados os membros da família, com preferência para os herdeiros necessários elencados no artigo 1845 do Código Civil, para que possam administrar os 50% reservados na lei e, posteriormente, os herdeiros testamentários, caso existam, para que titulem o restante.

Há, ainda, a possibilidade de exclusão dos indivíduos da herança, isso ocorre em virtude de dois institutos: a indignidade e a deserdação, ou a hipótese de renúncia, quando o próprio hereditando se recusa a receber o patrimônio. A direção da presente pesquisa será com base nas duas possibilidades de exclusão. O primeiro caso possui as hipóteses em rol taxativo no artigo 1.814 do Código Civil para que aconteça, já o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

segundo, é feito pelo próprio autor da herança, quando ainda vivo, através de escritura. Dessa forma, o estudo tem como objetivo a ideia de acrescentar o abandono afetivo inverso como causa de perda do direito de herdar.

Isso decorre da indignação por considerar apto a suceder os pais aqueles filho ou filha que os fez mal, trapaceou, maltratou. Os princípios da afetividade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana vieram trilhar essa problemática e enaltecer que não é justo herdar sem cuidar.

2.2 Exclusão por indignidade: abordagem conceitual e as hipóteses de incidência

A sucessão hereditária é revestida de razões para sua existência, dentre elas, tem-se a de ordemética: a afeição real ou presumida do *de cujus* para com o herdeiro ou legatário. Por isso, a legislação prevê a possibilidade de afastar da herança o herdeiro e/ou legatário que falhar com essa afetividade, mediante a prática dos atos previstos taxativamente no artigo 1.814 do CC contra o autor da herança, o tornando indigno de recolher os bens hereditários. Assim, a indignidade é uma sanção civil que tem como consequência a perda do direito sucessório.

Orlando Gomes (2015) comenta que o fundamento da indignidade está na presumida vontade do defunto que excluiria o herdeiro caso tivesse feito declaração de última vontade. Continua que alguns preferem atribuir os efeitos da indignidade ao propósito de prevenção ou contenção do ato ilícito.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2020), esse instituto é inspirado 'num princípio de ordempública', pois resiste à consciência social que um indivíduo receba os bens de outro depois de haver cometido contra ele diversos atos reprovados. Assim, a indignidade será a privação do direito de herdar a quem cometeu atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando.

Álvaro Villaça Azevedo (2019) caracteriza os casos de indignidade do seguinte modo: o primeiro caso de indignidade é por homicídio doloso por cônjuge, companheiro, ascendente oudescendente, presumindo o afeto do *de cujus* com essas pessoas do seu convívio, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar. Sendo o homicídio culposo, resultante de negligência, imprudência ou imperícia, como também em casos de legítima defesa ou exercendo regularmente seu direito, ou, ainda, em caso de embriaguez ou de demência não legitima a exclusão do responsável. Esse motivo de exclusão, como prevê o inciso I do artigo 1814 do CC, existe mesmo que o herdeiro tenha apenas participado do delito, como coautor, colaborador ou partícipe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O segundo caso de indignidade é quando o herdeiro ou legatário dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial contra o autor da herança, mesmo sabendo que este é inocente. Não basta que seja qualquer acusação, é preciso que ela seja veiculada em juízo criminal, mediante queixa e se revele falsa e dolosa, nos termos do artigo 339 do Código Penal. Além disso, faz mister que o acusador tenha certeza do ilícito penal. A segunda parte do inciso II do artigo 1814 do CCtrata dos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria) praticados pelo indigno ao *de cujus* ou ao seu cônjuge ou companheiro.

O terceiro e, até então, último caso é o atentado contra a plena liberdade do autor da herança dedispor dos seus bens por ato de última vontade. Configura-se, assim, um ato fraudulento ou de falsificação.

A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer dos três casos citados, deve ser, de acordo com o artigo 1.815 do CC, declarada por sentença judicial, extinguindo-se o direito de demandar essa exclusão em quatro anos. Pelo artigo 1817, antes da sentença, são válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiro de boa-fé e os atos de administração legalmente praticados por ele. Contudo, os herdeiros que forem prejudicados poderão requerer perdas e danos. A partir disso, o excluído deve restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, obtendo direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles

De acordo com o artigo 1.816 do CC, os efeitos da exclusão são pessoais, assim os descendentes do herdeiro excluído podem representá-lo e se beneficiar com a herança, como se ele estivesse morto antes da abertura da sucessão. O excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, pois ele é equiparado ao morto civil, não podendo, ainda, ser eventual sucessor desse mesmo patrimônio.

Depois de incorrer em atos que determina a exclusão, será admitido suceder, pela redação do artigo 1.818 do CC, desde que se faça por testamento ou por outro ato autêntico, como a escritura pública. A reabilitação por testamento deve ser feita expressamente; no entanto, quando não há essa previsão expressa, é aceita se quando o testador, no momento de testar, já era ciente da causa de indignidade testamentária, devendo ocorrer no limite da sucessão. Dessa forma, não há autorização para o aceite da reabilitação de modo tácito ou presumido.

2.3 A perda da capacidade sucessória pela deserdação: compreensão do conteúdo, forma e hipóteses de incidência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Embora a deserdação possua os seus efeitos e causas geradoras parecidas com a indignidade, são institutos diferentes e que merecem ser tratados separadamente. A deserdação ocorre quando o herdeiro necessário é privado de sua legítima por um ato unilateral realizado pelo testador antes de seufalecimento, ou seja, o hereditando é proibido de ser titular dos bens do *de cujus*, perdendo tanto a reserva como a sua cota na parte disponível do espólio.

Dentre os requisitos desse regime, como o próprio conceito já nos remete a essa ideia, tem-se anecessidade de o herdeiro ser necessário, aqueles indicados no artigo 1845 do Código Civil, logo, herdeiro testamentário não entra nesse quadro, além da realização de alguma das causas previstas no rol taxativo dos artigos 1814, 1962 e 1963 do Código Civil e a propositura de ação ordinária pelo herdeiro instituído ou àquele em que aproveite a deserdação para que se prove a veracidade da causa alegada pelo testador, como relata o artigo 1965 do Código Civil.

Segundo Clóvis Beviláqua, a deserdação é um instituto carregado de sentimentos pesados, como o ódio, pois imprime a noção de castigo/vingança às últimas vontades do *de cujus.* Por outro lado, Cunha Gonçalves declara que é um procedimento plausível por fortalecer a família, enaltecendo a necessidade de respeito, amor, cuidado, além de conter os maus instintos e suas explosões entre pais e filhos, pois a deserdação é uma forma de o testador excluir do benefício da sua herança quem o maltratou.

O artigo 1814 do Código Civil traz as seguintes hipóteses para excluir da sucessão, sendo elas: herdeiros que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Os artigos 1962 e 1963 do Código Civil coincidem em dar causa à deserdação àqueles descendentes e ascendentes que praticarem ofensa física e injúria grave um ao outro, lembrando que, quando se trata de ofensa física não importa a intensidade, mesmo que seja leve é motivo para deserdação, já no caso de injúria é necessário que ela seja grave, intolerável e marcado pelo *animus* de injuriar, só assim para ser uma causa de deserdação.

Ademais, o artigo 1962 autoriza a deserdação dos descendentes por seus ascendentes em virtude de relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

desemparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. O artigo 1963 do Código Civil também enumera mais causas de deserdação dos ascendentes pelos descendentes, como: relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta e o desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade. Podem ser invocados mais de um desses fundamentos legais, bastando, apenas, que se prove a ocorrência de pelo menos um deles para a procedência do pedido.

Com essas legações e provada a veracidade dos fatos dentro do prazo de quatro anos, a contar da abertura do testamento, será dado o efeito da deserdação expressamente indicado no testamento. Vale ressaltar que os efeitos da deserdação são pessoais, não podendo ir além da pessoa que agiu de forma indigna, podendo os seus sucessores ocuparem o seu lugar. Caso o herdeiro instituído ou aquele que aproveite da deserdação não tome a iniciativa de ajuizar a ação, assiste ao próprio deserdado o direito de ajuizar ação para que seja fundamentada aquela deserdação, provando os fatos alegados. Nestes termos, se não for provado o que deu causa à deserdação, são nulas tanto a instituição como as disposições que prejudicarem a legítima do deserdado, vindo a fazer jus à sua quota legítima.

Pablo Stolze (2021) coloca que a deserdação é uma matéria que necessita de aperfeiçoamento, pois é tratada em artigos pouco uniformes, além de o codificador não ter se preocupado em incluir o cônjuge no rol dos herdeiros passíveis de deserdação, os artigos 1961 1963 não abrange esse sujeito, eseria uma colocação plausível, haja vista que ele é um herdeiro necessário. Ou seja, enquanto não concertada essa falha na escrita, pode-se defender que o cônjuge pode ser excluído por indignidade, pois está no rol do artigo 1814 do Código Civil, mas não poderá ser excluído por deserdação.

Nesse sentido, pela importância dada à letra da lei, com toda razão, faz-se necessário oacréscimo do abandono afetivo inverso no rol de causas de perda do direito de herdar, tanto na derserdação como na indignidade. É inadmissível deixar usufruir do patrimônio do *de cujus* alguém que dele não cuidou, amou, se solidarizou.

2.4 Interpretação teleológica do direito sucessório

Com base no vínculo existente entre o Direito de Família e o Direito sucessório, é interessante trazer a ideia da principiologia do afeto para a sucessão e compreender esta disciplina de forma mais humana e igualitária. Pois, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves, 2020, o Código Civil de 2002 procurou ajustar-se à evolução cultural e aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

bons costumes adotando as alterações legislativas oriundas das últimas décadas do século passado.

No que diz respeito ao direito de herdar, há a possibilidade de beneficiar tanto pessoas ligadas por sangue como pessoas sem esse vínculo. A legislação protege, preferencialmente, um grupo de indivíduos como herdeiros necessários e, assim, limita a liberdade de escolha do defunto, por se presumir o convívio e intimidade do defunto com essas pessoas.

No entanto, por mais que o ligame biológico seja um pressuposto de cuidado e de dever de cuidar, ocorre, em muitos casos, a falha e a quebra do compromisso de parentes para com uma pessoa, no caso, o *de cujus*. A própria Constituição Federal coloca essa obrigação em seu texto, presentes nos artigos 229 e 230, além do louvor dado ao princípio da dignidade da pessoa humana que, até na sua literal ideia, traz a noção de busca por uma vida digna, cercada de respeito.

Assim, Paulo Lôbo, 2020, declara que o Direito de sucessão deriva da cultura, da evolução cultural, da trajetória entre comunidade, indivíduo e solidariedade. Por isso, hoje, a sociedade e o Direito de família são regidos pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da afetividade, princípios e ideias tão lembradas pela Constituição Federal de 1988, o que mostra a evolução dos valores sociais e do enaltecimento do "ser" sendo uma contribuição cedida ao direito sucessório por ser um ramo que trata de pessoas/famílias em situação de angústia, momento de luto.

Com isso, a legislação sucessória tem o esculpro de estabelecer a distribuição dos bens do *de cujus* com base na última vontade deste, sendo hipocrisia entregar o patrimônio para uma pessoa que pouco contribuiu com a saúde, bem-estar e qualidade de vida do falecido, e tampouco cumpriu o seu dever de cidadão que é obedecer as imposições determinadas pela Constituição Federal. Desse modo, a pesquisa em fomento enaltece a necessidade do acompanhamento da lei sucessória à evolução trazida pela sociedade, pelo Código Civil e, principalmente, pela necessidade visível de cada caso.

3.DO ABANDONO AFETIVO INVERSO COMO CAUSA DE PERDA DO DIREITO DE HERDAR

3.1 Compreensão crítica do conceito de abandono afetivo inverso.

O abandono afetivo é um tema muito discutido que, apesar de não possuir uma legislação específica, tem amplo debate doutrinário e jurisprudencial. É comum se atrelar ao falar de abandono afetivo, das crianças e adolescentes que foram abandonadas pelos seus genitores. No entanto, pouco sediscute sobre o abandono

afetivo inverso, em que os filhos abandonam seus pais afetivamente na fase idosa, objeto da presente pesquisa.

A denominada expressão "abandono afetivo" surgiu em decorrência de um histórico julgado em que a Ministra Nancy Andrighi analisou o caso de uma filha no qual o seu genitor não queriamanter nenhum tipo de relacionamento com ela. Na realidade, trata-se da ofensa ao dever de cuidado que se encontra expresso no texto constitucional e no Código Civil.

No entanto, com o aumento da expectativa de vida dos idosos e a vida corrida dos filhos, constatou-se que essa omissão do dever de cuidar não estava ocorrendo apenas com relação aos genitores e sua prole, como também, com relação aos pais idosos que são abandonados à sua própria sorte pelos seus filhos adultos, configurando, assim, abandono afetivo inverso.

Nesse sentindo, o desembargador Jonas Figueredo Alves (2013) diz que o abandono afetivo inverso é a inação do afeto, ou mais precisamente a não permanência do cuidar dos filhos para com osgenitores, de regra idosos, momento em que o cuidado é mais necessário, em virtude da vulnerabilidade decorrente da fase idosa.

Maria Berenice Dias define o abandono afetivo inverso como: "O inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a ConstituiçãoFederal em seu art. 229" (DIAS, 2016, p.648).

Em suma, o abandono afetivo consiste em um dano imaterial que afeta o psicológico de quem sofre tal ato, se tornando um prejuízo no qual sua reparação não pode ser mensurada em valores. No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de solidão, tristeza, que, dependendo do estado de saúde, pode agravá-lo. A falta de contato com seus filhos tende a mudar os estímulos de interação dos idosos, e até mesmo o interesse com a própria vida. Segundo Roberto Mendes de Freitas Junior: "Garantir a manutenção do idoso no seio familiar, portanto, constitui uma estratégia para manutenção da estabilidade física, moral e psíquica do idoso" (FREITAS, 205, p. 144).

Destarte, como já mencionado anteriormente, o dever de cuidar dos familiares está previsto no Art. 229 da Constituição Federal, *in verbis*:"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". Logo, à família cabe o dever de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

proporcionar um envelhecimento tranquilo e participativo baseado no dever mútuo de cuidado e respeito entre os familiares.

Ocorre que, a ajuda financeira, as vezes, serve como um "pretexto", de forma que os filhos acreditam ser o bastante no auxílio para com seus pais, de maneira a substituir o cuidado afetivo. Ora, não se questiona a importância do alicerce financeiro, no entanto, a sua exclusividade não encobre a falta de afeto e de amparo aos pais, tendo em vista que hoje o afeto é o princípio norteador dasrelações familiares.

4.Do abandono afetivo inverso como hipótese de exclusão sucessória: uma análise a partir da Constituição Federal.

A teoria tridimensional do Direito, aquela formulada pelo professor Miguel Reale, correlaciona três fatores independentes que fazem do Direito uma estrutura social axiológico-normativa, sendo os elementos: fato, valor e norma, devendo estar referidos ao plano cultural da sociedade onde se apresentam. Assim, é buscada a unidade do fenômeno jurídico, no plano histórico-cultural, sem teorias unilaterais ou reducionistas.

Dessa maneira, a aplicação da lei decorre de uma análise muito mais profunda que apenas a simples leitura do seu texto. É essencial trazer a lei para o fato e, assim, haver a ponderação a partir dos valores e norma. Mostra-se inviável o uso da lei em desconformidade à evolução cultural e às mudanças atreladas ao cotidiano

A partir disso, para Carlos Roberto Gonçalves, 2021, as leis vigentes no século passado, inclusive o Código Civil de 1916, regulavam apenas a família constituída pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que hoje o moderno enfoque tem realizado inúmeras alterações no contexto familiar e, consequentemente, na doutrina e na jurisprudência, destacando-se a formação de famílias apenas pelo vínculo afetivo.

Com isso, a Constituição Federal de 1988 abraçou essa ideia e adotou novos valores, como comprova a implementação do princípio da dignidade da pessoa humana que realizou importantes mudanças no direito de família. Como consequência, o artigo 226 da mesma lei expressa a possibilidade da entidade familiar ser constituída de diversas forma. Ainda, outra revolução foi o artigo 227, parágrafo 6º, coloca a igualdade entre os filhos havidos ou não fora do casamento. Por fim, tem-se no artigo 5º, inciso I, e artigo 226, parágrafo 5º, a igualdade entre homens e mulheres,

derrubando a ideia patricarcal. Esse novo modelo traz consigo a evidência das causas de exclusão do direito de herdar, pois, com esse instrumento é possível privar do benefício da herança aquele que, mesmo sendo filho ou filha, não cuidou devidamente dos pais. Até porque é um dever constitucional amparado no artigo 229 da Constituição Federal, tal seja: filhos maiores têm o dever de ajudar e cuidar dos pais na velhice, carência ou enfermidade. Na falta dos filhos, é essencial a participação do restante família

Dessa forma, é patente a preocupação dos juristas com o cuidado que os filhos devem ter com os pais. No entanto, é crescente o descaso que vem sendo noticiado para com o cumprimento desse dever. É evidente o sofrimento sentimental de idosos que se encontram abandonados em asilos, sozinhos em casa sem nenhum cuidado especial que requer a terceira idade. Muitas vezes, não é por falta de dinheiro, mas sim pela falta de uma pessoa capaz para administrar o salário e oferecer tratamento adequado. Não tem como compactuar com a ideia de desfrute do patrimônio alheio por alguém que nada fez para melhorar a existência do falecido. É, no mínimo, injusto.

Portanto, faz mister a presença expressa nas causas de perda do direito de herdar sobre o abandono afetivo inverso, pois é uma causa que tem toda proteção constitucional, além do próprio Estatuto do idoso, uma lei criada pela sabedoria da vulnerabilidade advinda nessa fase da vida, além da necessidade de não tratar o Direito como um ramo individual, separado dos anseios da sociedade e dos valores sociais. As vítimas clamam por uma flexibilização à luz dos princípios constitucionais.

4.1 O abandando afetivo inverso na jurisprudência: uma questão ainda a ser amadurecida.

"Amar é faculdade, cuidar é dever". Assim afirmou a ministra Fátima Nancy Andrighi da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em um julgado de 2012, caracterizando, assim, como ilícito civil o abandono paterno-filial. A partir desse julgado, os Tribunais brasileiros vêm entendendo e aplicando a reparação civil nos casos que ocorrem o abandono afetivo, na busca de minimizar os efeitos de tais condutas, bem como uma forma de evitar a reiteração de casos.

Decerto que, até pouco tempo atrás, só se falava em abandono dos pais para com seus filhos,principalmente, na infância. Contudo, com o aumento do número de idosos, tornou-se possível a visibilidade do abandono afetivo dos filhos para com seus pais, na fase idosa. No entanto, verifica-se afalta de punição/reparação nesses casos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, o presente trabalho possui como objetivo, justamente, demonstrar a necessidade de uma flexibilização das normas, para que os filhos não tenham direito de herdar em virtude desse abandono.

Nesse sentindo, através do estudo feito de decisões de alguns Tribunais, observa-se que a posição majoritária diz não ser possível interpretações extensivas ou análogas, das causas de exclusão sucessória presentes no rol taxativo dos artigos do Código Civil.

Nos julgados com nº 10358160021707001-MG e nº 10212231820198260554 SP 1021223-18.2019.8.26.0554, bem como em outros não mencionados, que versam acerca da exclusão do herdeiro por abandono afetivo, os Juízes ao denegarem o pleito justificam que a exclusão do herdeiro na sucessão deve decorrer da deserdação ou da indignidade, que são penas aplicadas aos sucessores, em razãoda prática de certos fatos típicos taxativamente previstos em lei contra o autor da herança.

Logo, constata-se que ainda há resistência dos Tribunais em relação às causas de exclusão sucessória, uma vez que os princípios da taxatividade com o da dignidade da pessoa humana e afetividade, entram em conflito, logo, surge a indagação, o que é mais importante, a taxatividade ou os idosos terem o direito de deserdar aqueles que lhe abandonaram na velhice?

Ora, é clarividente que é de grande relevância a necessidade de uma flexibilização das normas, de acordo com a nova principiologia do direito civil, uma vez que, hoje, tanto o direito de família como o sucessório, são norteados pelos princípios constitucionais. Portanto, faz-se-á necessário que operador do direito, a fim de acompanhar as modificações que as relações familiares sofreram com o passar dos tempos, utilize-se dos princípios para suprir tais lacunas que ainda existe nas normas, visto que o afeto é a base fundante da família contemporânea, no entanto, o direito sucesssório ainda não se atentou a tal fato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é notório que o tema possui extrema importância na medida em que a afetividade passou a ser crucial para configuração das entidades familiares. Logo, mesmo diante de diversas alterações no Direito de Família, em virtude da constitucionalização do direito civil, percebe- se o não acompanhamento do direito sucessório frente a essas mudanças.

Ainda, como tratado na presente pesquisa, a medicina está em constante evolução, de modo que a expectativa de vida das pessoas está aumentando e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

concorrente a isso, tem-se a vida atribulada advinda da globalização, com isso, o aumento do abandono de idosos em asilos é considerável e causagrande preocupação, pois esses danos causados aos mais velhos em decorrência desse abandono afetivo é propenso a diversas enfermidades, haja vista que essa é uma fase de maior vulnerabilidade.

Portanto, o presente artigo possui como objetivo demonstrar, justamente, a nova família contemporânea, baseada não só nos laços sanguíneos, como também, no afeto, no cuidado e na solidariedade.

Em que pese o entendimento majoritário em considerar as causas de perda do direito de herdarem um rol taxativo, surge a necessidade de novas interpretações conforme as transformações sociais. Dessa forma, percebe-se que tais causas estão arcaicas, uma vez que não consideram como hipótese a falta de afetividade, como acontece nos casos de filhos que abandonam os pais idosos, desrespeitando deveres constitucionais e o estatuto do idoso.

Desse modo, tendo em vista as mudanças ocorridas na sociedade, não é conivente que atitudescomo o abandono afetivo não sejam punidas, bem como o desrespeito ao princípio universal da Constituição, qual seja, o da dignidade da pessoa humana. Portanto, além de ser possível a flexibilização desse rol taxativo, levando-se em consideração a atual concepção de família, é necessário a inclusão do abandono afetivo inverso nas causas de perda do direito de herdar.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. F. Abandono afetivo inverso pode gerar indenização. **Revista IBDFAM-Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 16 de julho de 2013.

Âmbito jurídico. Abandono afetivo inverso: possibilidade e limites da responsabilização civil do filhos. Disponível em:<https//ambitojuridico.com.br/abandonoafetivoinverso:possibilidadeelimitesdaresponsabilizaçaocivil dosfilhos>. Acesso em: 2 0 de Nov. de 2020

AZEVEDO, A. V. **Curso de Direito civil: direito das sucessões** . v. 7. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. n.1159242/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 24.04.2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tip

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

oPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019 Acesso em: 05.03.2021

CARDOZO, A. T. dos S. O abandono afetivo como causa de exclusão do herdeiro necessário na sucessão, Rio de Janeiro, 2018. 64. Monografia de final de curso de bacharelado em Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro.

CARVALHO, D. M. D. **Direito das famílias** . 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias** . 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Thiago. **Direito Civil VII: direito das sucessões.** v. 21. São Paulo: Saraiva, 2015.

FÉRRER, E. Vade Mecum: Senador Elmano Férrer. 3. ed. Teresina; Brasília: Senado Federal, 2019.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GOMES, O. Sucessões. 17ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, C. R.; LENZA, P. **Direito Civil Esquematizado - responsabilidade civil - direito de família - direito das sucessões.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

IBGE. Idosos indicam caminhos para uma melhor idade. Disponível em: <https//censo2 021.ibge.gov.br /idososindicamcaminhosparaumaidademelhor>. Acesso em: 2 0 de Nov. de 2020.

JUS BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE - SUPOSTO ABANDONO MATERIAL OU AFETIVO - HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA PELO ROL TAXATIVO PREVISTO NO ART. 1.814 DO CÓDIGO CIVIL(TJ-MG - AC: 10358160021707001 MG, Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 04/12/2019, Data de Publicação: 13/12/2019) Disponível: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792538226/apelacao-civel-ac-10358160021707001-mg/inteiro-teor-792538501. Acesso em 04.04.2021

LÔBO, P. **Direito civil - famílias.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

MAL, A. C. D. R. F. D.; MALUF, C. A. D. **Curso de Direito das Sucessões.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. D. R. F. D**. Curso de Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, G. C. **A evolução da responsabilidade civil e suas implicações atuais no direito de família: análise da possibilidade de indenização por abandono afetivo** . Revista da AGU. Brasília - DF, 26 de Fev. de 2016. v. 15, n. 02, p. 127 - 154.

Minicódigo Saraiva: civil, constituição federal e legislação complementar / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MONTEIRO, C. S.; MONTEIRO, C. S.; MEZZAROBA, **O Manual de metodologia da pesquisa no Direito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, R. D. C. **Princípios Fundamentais Norteadores Do Direito De Família.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS NOS CASOS DE MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

LETICIA ALEXANDRINO E SILVA: bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA

MATHEUS OLIVEIRA DA SILVA PENHA

(coautor)

VERÔNICA ACIOLY DE VASCONCELOS[158]

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar o instituto da Guarda Compartilhada dos filhos nos casos de mulheres vítimas de violência de gênero. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo de pesquisa dedutivo e bibliográfica, foi desenvolvido um estudo em conjunto com doutrina, jurisprudência e legislação acerca do tema, onde foi possível averiguar que não se faz menção em casos de violência contra a mulher na guarda compartilhada, inserindo-se a necessidade da adequação e de se questionar quanto aos efeitos da sua obrigatoriedade e estabelecimento como regra geral, respeitando a segurança e integridade da mulher, que encontra- se em situação de vulnerabilidade, bem como o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, averiguando-se o contexto e a realidade social das famílias. Desse modo, diante do que será abordado ao decorrer da pesquisa, chegou-se à conclusão da inadequação da aplicabilidade da Guarda Compartilhada, tendo em vista os mecanismos de proteção a mulher e aos seus filhos e a opção do legislador, sendo assim, a Guarda Compartilhada não é a melhor opção para os casos em que há a violência de gênero. Os resultados deste estudo mostram que existem outras possibilidades mais benéficas e seguras em situações de violência

158 Defensora Pública do Estado do Piauí (2004), Titular da 2a Defensoria Pública do Núcleo de Defesa da Mulher em Situação de Violência de Teresina. Doutora em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB (2020). Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (2012). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1997).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de gênero, como a Guarda Unilateral, que dará predileção ao genitor ou terceiro que apresentar melhor aptidão quanto ao cuidado com o menor.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, Violência de Gênero, Lei Maria da Penha, Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente.

ABSTRACT: This research aims to analyze the Institute of Shared Guarding of Children in cases of women victims of gender violence. Starting from this point, according to the methodology used in the type of deductive and bibliographical research, a study was developed in conjunction with doctrine, jurisprudence and legislation on the subject, where it was possible to verify that there is no mention in cases of violence against women in custody shared, inserting the need for adequacy and questioning the effects of its obligation and establishment as a general rule, respecting the safety and integrity of women, who are in a situation of vulnerability, as well as the Principle of the Best Interest of Children and Adolescents, investigating the context and social reality of families. Thus, in view of what will be addressed during the research, the inadequacy of the applicability of Shared Guarding was reached, in view of the protection mechanisms for women and their children and the option of the legislator, thus, the Guard Shared is not the best option for cases where there is gender violence. The results of this study show that there are other more beneficial and safer possibilities in situations of gender violence, such as the Unilateral Guard, which will give preference to the parent or third party who has the best aptitude for caring for the child.

Keywords: Shared Guarding, Gender Violence, Maria da Penha Law, Principle of the Best Interest of Children and Adolescents.

Sumário: 1. Introdução 2. Guarda compartilhada no tempo 2.1 Da evolução da regulamentação da guarda regra geral 2.2 Guarda compartilhada como adequação dos princípios constitucionais 2.2.1 Princípio geral do cuidado 2.2.2 Princípio da igualdade 2.2.3 Princípio do pluralismo das entidades familiares 2.2.4 Princípio da proteção integral da criança e adolescente 2.2.5 Princípio do melhor interesse da criança 2.2.6 Princípio da efetividade 3. Violência de gênero e a lei Maria da Penha 3.1 Determinantes da distribuição da (des)igualdade de gênero 3.2 A guarda dos filhos nos casos de violência de gênero 4. A (des)necessidade da aplicação da guarda compartilhada como regra geral em filho de mulheres vítimas de violência 4.1 O bem estar do menor e a proteção da mulher 4.2 Considerações do impacto da guarda

compartilhada 4.3 Guarda Unilateral como solução 5. Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Instituto da Guarda Compartilhada, passou a vigorar com a Lei 13.058 de 2014, tornou-se o regime de guarda obrigatório adotado no Brasil, sendo a regra atual. Conceitua-se por conferir a ambos os pais a responsabilidade sobre a criação dos filhos, mesmo havendo litígios. Havendo apenas duas exceções expressas para a sua não aplicação, a primeira, se constatada a inaptidão de um dos pais para cuidar do filho ou se algum deles manifestar o desejo de não exercer a guarda.

No entanto, a guarda compartilhada não faz menção aos casos de violência contra a mulher, disciplinada na Lei 11.340/2006- Lei Maria da Penha. Dentro desse contexto insere-se a necessidade de se aprofundar o estudo do instituto e de sua viabilidade quando relacionado aos casos de mães que são vítimas de violência de gênero no âmbito doméstico, familiar e nas relações íntimas de afeto, questionando os efeitos da obrigatoriedade de seu estabelecimento olvidando a especificidade da situação da mulher em situação de violência.

Dessa forma, é importantíssimo averiguar a realidade fática que cercam essas famílias, desde ao convívio, bem como as circunstâncias em que vivem, assim como os traumas advindos dessa violência, que ultrapassa a doméstico, atingindo até mesmo os filhos resultantes da relação, que além de meio para tal, também são vítimas, ao terem que lidar constantemente com o sofrimento de ver esse ciclo violento, afetando assim, o seu desenvolvimento psicológico, social e que futuramente poderá interferir de maneira negativa em suas vidas.

A escolha do tema, baseou-se na necessidade de se averiguar e analisar o instituto da Guarda Compartilhada dos filhos nos casos de mulheres vítimas de violência de gênero, levando-se em consideração os aspectos evolutivos do instituto da guarda, a sua adequação aos princípios constitucionais e de que forma isso gera impactos no caso concreto, a violência de gênero sob o enfoque da Lei Maria da Penha e a violência doméstica contra a mulher, além de abordar como ocorre a guarda nesses casos, exceções e requisitos e por fim, respondendo quanto à (não) viabilidade do instituto da guarda compartilhada nesses casos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com as bases lógicas da investigação será utilizado o método dedutivo, buscando o entendimento das peculiaridades dos institutos da Guarda Compartilhada e da Violência de Gênero contra mulheres.

O conhecimento científico utilizado para elaboração do presente trabalho de curso será baseado em pesquisas bibliográficas, que envolvam o tema em questão, e todos os dados serão coletados em livros, periódicos, legislações pertinentes, jurisprudências e pesquisas on-line, elaborando uma cuidadosa seleção dos materiais a serem utilizados.

A problemática da pesquisa tem o intuito de esclarecer e analisar diante do conhecimento do que é guarda, dos princípios e da opção do legislador, além dos mecanismos de proteção contra a mulher e aos interesses dos filhos, se tal mecanismo/instituto de fato é a melhor opção para tais casos. Levando-se em consideração todos esses aspectos a fim de buscar uma alternativa favorável e viável para ambos, sem comprometer a integridade e segurança das vítimas de violência de gênero e resguardando aos menores o direito de convivência familiar.

2. GUARDA COMPARTILHADA NO TEMPO

A guarda compartilhada se originou na Inglaterra, por volta dos anos 60, com o surgimento da instituição da *commom law* (direito comum), que cooperou com a ruptura do tradicional deferimento da guarda única, que geralmente era concedida a mãe. Desta forma, as decisões dos tribunais ingleses passaram a beneficiar o interesse como benefício do menor e a igualdade parental, possibilitando assim uma maior convivência entre o pai, a mãe e o filho (DONATO, 2014).

A modificação de foco citada, também, é perceptível em outros países europeus. Na França, por exemplo, a Lei de 04 de março de 2002 causou alterações consideráveis no regime de autoridade parental, inseriu o art. 373-2-9 da Constituição. Desta forma, estabelecendo preferencialmente a guarda compartilhada e a regulação da residência alternada, conforme periodicidade definida pelos responsáveis ou fixada pelo juiz (LÔBO, 2017).

No Brasil, com o aparecimento do Princípio Do Melhor Interesse Da Criança, tutelado na Constituição Federal, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidados ao começo da década de 90 do século XX, passa a se tornar indiferente o fato do filho ficar sob a tutela do genitor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que foi estimado culpado pela separação, o que deve ser levado em consideração é o benefício do filho (LÔBO, 2017).

Contudo, a norma só aceitava a capacidade de guarda compartilhada quando não houvesse conflitos em meio os pais, antepondo seus interesses em detrimento dos do filho, motivando a ausência de um dos genitores. Em seguida, com o surgimento da lei 11.698/2008, firmou que a ambos os pais seria concedida responsabilidade conjunta, conferindo-lhes igualmente, o exercício dos deveres e direitos referentes à autoridade parental (GONÇALVES, 2017).

Todavia, o Poder Judiciário já vinha corroborando tal possibilidade, mesmo na existência de conflito de interesses entre as partes. A guarda compartilhada é uma norma que causa um menor surgimento de consequências emocionais e sociais no desenvolvimento dos filhos, pois tem como objetivo diminuir os traumas emocionais, uma vez que a ausência do referencial da figura paterna ou materna traz consequências devido as lacunas psíquicas (LÔBO, 2017).

Em linhas gerais, a guarda compartilhada teria como mote a manutenção da relação entre pais e filhos, mesmo quando ocorrer o divórcio, para a preservação dos laços familiares existentes (BONDEZAN E VAN DAL, 2019). Essa intenção vem da realidade geral do afastamento familiar que atormenta o rompimento dos casamentos, mesmo que nem todos os rompimentos ocorram de forma traumática.

Além disso, deve-se considerar que, em uma sociedade sexista, a divisão das responsabilidades do cuidado entre homens e mulheres é principalmente imposta às mulheres, enquanto os homens não têm que assumir as responsabilidades dos pais, o que obviamente é uma medida inclusiva.

2.1 Da evolução da regulamentação da guarda regra geral

Inicialmente, o atributo familiar se caracteriza pela reunião dos direitos e responsabilidades transferidos aos pais acerca dos filhos. Gonçalves (2011); denota que "poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

Rodrigues (2004) define que; “[...] o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. Filho (2009) argumente que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> É o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.

O poder familiar foi concedido aos pais, sendo a guarda um dos elementos decorrentes deste poder. Quintas (2009) entende que:

> Enquanto conviverem os pais, a guarda dos filhos será compartilhada por ambos, mas a partir do momento em que cessa essa convivência, poderão ser feitos vários arranjos para determinação da guarda. Desta feita, a guarda se apresentará de formas diferentes, sempre com vista a atingir o melhor interesse da criança.

A guarda deve apontar a melhor escolha para a criança. Desta forma, caso ocorra o rompimento conjugal, é preciso definir qual dos pais será o guardião da criança. É explícito, também, que quando há acordo de vontade entre o casal, ou judicial, arbitrada pelo juiz, a guarda poderá ser consensual.

O artigo 1.584 § 5º do Código Civil conceitua que, caso não exista nada acordado entre os responsáveis em se tratando da guarda dos filhos, será atribuída àquele que apresentar melhores condições para exercê-la. Ainda, esclarece que a guarda será concedida a outra pessoa, nas hipóteses de conflito entre os genitores, tendo preferência os integrantes da família que tenham afinidade e afetividade com os menores.

2.2 Guarda compartilhada como adequação dos princípios constitucionais

Dias (2020) argumenta que "os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos de otimização". Desta forma, possuem um vasto estudo sobre os valores morais, de maneira mais acentuado do que as regras, buscando mais esclarecedora os valores jurídicos e políticos que espessam. Precisam ter conteúdo de validade universal. Estudam valores generalizantes e servem para limitar todas as regras, as quais não podem confrontar as diretrizes contidas nos princípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2.1 Princípio Geral do Cuidado

O princípio geral do cuidado é um princípio que está subentendido no conceito da dignidade da pessoa humana, originando-se como valor jurídico. Em seu conceito, envolve vertentes do Direito de Família, uma vez que a família é o centro estudado em relação ao desenvolvimento da personalidade e da potencialidade dos seus membros.

O principal alvo de proteção do Estado deve ser a família, essencialmente em algumas fases em que mais é necessitada a ajuda. Dessa forma, é perceptível que o princípio do cuidado, implícito no princípio da dignidade da pessoa humana faz-se necessário para a proteção familiar, principalmente da criança, fases em que é necessário atenção extra e por conta da necessidade de cuidado de um ser humano em pleno desenvolvimento.

As modificações acontecidas nas relações humanas, explicitamente, nas relações familiares, principalmente advindas da Constituição Federativa de 1988 e nas legislações infraconstitucionais posteriores, demonstram os novos paradigmas jurídicos. Acerca desta questão, Tupinambá (2008), evidencia que "atualmente, o novo padrão enfrentado no bojo das associações parentais e de filiação alterou todos os parâmetros relativos aos conceitos de poder familiar, de convivência família e da própria estrutura familiar de um modo geral." (TUPINAMBÁ, 2008).

Nesse sentido, ainda no argumento da autora:

> [...] emerge o cuidado como valor jurídico e vislumbra-se seu aspecto de princípio jurídico. E mais. A abordagem do cuidado como princípio jurídico atende a valorização preponderante do homem face aos demais seres e coisas, culminando-se no entendimento de que o homem é o valor originário de todos os demais valores, que seriam, portanto, valores derivados (TUPINAMBÁ, 2008).

Desta forma, é possível denotar a importância do cuidado no âmbito jurídico. A abordagem deste conceito dentro do Direito traz para o mundo empírico o entendimento de que o valor é originado pelo homem que, por sua vez, originará outros conceitos derivados, portanto, trazendo a abordagem do cuidado como um valor primário em sua importância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As crianças e os adolescentes, pelo momento de formação de suas capacidades. Já os indivíduos de terceira idade, pelo desprezo como ser humano. O sistema jurídico necessita de efetivação perante a tutela a crianças e aos adolescentes, pois sendo "seres em desenvolvimento da personalidade coloca-as em lugar privilegiado de tutela [...] já que cuidar é mais relevante do que conceituar juridicamente relações abstratas" (ARAÚJO, 2008).

O cuidado, assim sendo,

> ganha dimensões jurídicas e que existem condições concretas, por ele providas, para que os laços familiares possam ter continuidade, superando obstáculos postos pela vida real e nem sempre previstos pela esfera jurídica" (ARAÚJO, 2008).

Portanto, ainda na ideia do autor, o cuidado deve ser compreendido em seu sentido mais completo. No conceito citado, pode-se denotar que o cuidado ganha uma amplitude dentro do estudo jurídico, de modo que é visto sob condições concretas. A evolução familiar está ligada à este cuidado citado pelo Direito, pois através da criação no espaço familiar se define a condição do ser humano e sua dignidade perante sua idade, no caso aqui estudado, o da criança.

A atitude de cuidar "seria uma fonte geradora de atos, sobrepondo-se a todos os demais deveres jurídicos, posto que o mesmo visa a resguardar, antes e acima de qualquer coisa, o ser humano" (TUPIMANBÁ, 2008). Assim, o princípio geral do cuidado "como princípio implícito do ordenamento jurídico pátrio ganha relevo e merece atenção" (TUPIMANBÁ, 2008).

A atitude de cuidar "seria uma fonte geradora de atos, sobrepondo-se a todos os demais deveres jurídicos, posto que o mesmo visa a resguardar, antes e acima de qualquer coisa, o ser humano" (TUPIMANBÁ, 2008). Assim, o princípio geral do cuidado "como princípio implícito do ordenamento jurídico pátrio ganha relevo e merece atenção" (TUPIMANBÁ, 2008).

2.2.2 Princípio da igualdade

Na Constituição Federal é apresentado que determinado que mulheres e homens são iguais perante a lei. Desta forma, não pode ocorrer uma escolha, uma vez

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que o bem estar dos filhos exclusivamente será dada se eles crescerem com a supervisão direta dos genitores.

Segundo Filho (2016):

> "A redistribuição dos papéis na comunidade familiar, como exigência da evolução dos costumes nas sociedades modernas, decretou a impropriedade da guarda exclusiva impondo a reconsideração dos parâmetros vigentes, que não reservam espaço à atual igualdade parental.".

Assim sendo, é possível perceber que a igualdade formal entre homem e mulher é fruto das liberdades determinadas nos direitos fundamentais impostos nas Constituições das democracias liberais ocidentais.

Mello (2017) argumenta que o princípio da igualdade "interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamento desiguais", sendo, assim, um dos suportes do Estado Democrático do Direito.

No Direito de Família foi determinada a igualdade de direitos e obrigações acerca de homens e mulheres (art. 5º, inciso I), "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".

O Princípio da igualdade também alcançou os vínculos de filiação, tornando proibido qualquer tipo de discriminação relativamente aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (art. 227, § 6º).

A desembargadora Berenice argumenta, ainda neste mesmo raciocínio, que "a organização e a própria direção da família repousam no princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (1.511), tanto que compete a ambos a direção da sociedade conjugal em mútua colaboração (1.567)" (DIAS, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dentro do âmbito do Princípio da Igualdade, existem duas principais vertentes que são importantes para aqui apresentado, relacionado à Guarda Compartilhada. Um deles é o disposto no art. 227 da Constituição Federal, onde está referido que

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

O mesmo disposto também é encontrado encontrada no artigo 4° do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990). E em ambos é possível denotar que cabe, essencialmente visível aos pais, ademais à sociedade e ao Estado, assegurar os direitos da criança. A vulnerabilidade das crianças diz respeito à falta de experiência e conhecimento do mundo, o que acontece naturalmente e evolui no decorrer do tempo. Para os pais, é importante que estejam presente nos momentos de aprendizados dos filhos, para que possam ter o devido crescimento de forma saudável tanto mentalmente quanto fisicamente.

A outra vertente diz respeito à igualdade das mulheres vulneráveis, citado por Madaleno (2018), e demonstrado principalmente na Lei Maria da Penha (Lei n. 1.340/2006). É perceptível, mesmo nos dias atuais, que a mulher tem pouco espaço em se tratando de seus direitos de igualdade, bem como o espaço limitado e depreciado financeiramente. "Tornando à fragilidade feminina, incontroverso se mostra que as mulheres seguem vulneráveis no contexto social brasileiro, não obstante os escritos constitucionais da isonomia que se apresentam muito mais presentes na legislação do que no comportamento da sociedade"

Tornando-se necessário, desta forma, a luta judicial da mulher para que seja viável sua visão em relação à Guarda Compartilhada e na tomada de decisão do juiz para tal. A influência do apanhado feito na vida da mulher enquanto mãe é essencial para a decisão da Guarda final.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2.3 Princípio do pluralismo das entidades familiares

O pluralismo familiar é formado pelo vínculo de afeto e convivência onde vem buscando a tutela jurídica e o reconhecimento perante a rigidez do ordenamento jurídico.

O pluralismo das entidades familiares, por conseguinte, tende ao reconhecimento e à efetiva proteção, pelo Estado, das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, sem qualquer represamento.

Para Dias (2020): "outrossim, a afetividade no decorrer do tempo, vem gerando consequências importantes e concretas, por sua marcante função social, bem como causando alterações profundas no modo de pensar a família brasileira".

É sabido que a sociedade se modifica com o passar dos anos e que, para acompanhá-la, é preciso de novas interpretações na legislação para incluir as novas configurações que vão surgindo. Observa-se que o Direito das Famílias é volúvel por conta dos novos arranjos familiares existentes. Portanto, o princípio do pluralismo das entidades familiares se faz necessário e traz um novo significado para o que outrora não havia amparo principiológico, sequer jurídico. Este princípio traz consigo uma releitura sobre os novos arranjos vivenciais. Nas palavras de Dias "o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares." (2005).

Com a vigência posta atualmente na Constituição, que ocorre o reconhecimento pelo Estado da possibilidade de várias configurações familiares, aumentando o espectro da família no momento em que "as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade" (DIAS, 2020).

Para a responsabilidade para com a criança e o jovem em sua guarda, é perceptível no art. 227, a partir da intelecção deste artigo, em especial de seus §§ 5 e 6, é citada a premissa suficiente para que a adoção seja deferida, da mesma forma, a casais homossexuais que vivam de forma estável, como entidade familiar. A base a ser seguida para o deferimento, ou não, da adoção será, certamente, o melhor interesse da criança ou do adolescente. Respeitadas a proteção integral e a prioridade absoluta infanto-juvenil, poderá ser deferida a adoção, conjunta ou individualmente, a quem representar vantagens concretas e reais para o menor, independentemente da orientação sexual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2.4 Princípio da proteção integral da proteção integral da criança e adolescente

O princípio da proteção integral, em resumo, orienta a construção de todo o ordenamento jurídico focado na proteção dos direitos da criança e do adolescente. Parte do pressuposto de que tais seres humanos não são possuidores de capacidade de exercício, por si só, de seus direitos, precisando, desta forma, de terceiros, como família, sociedade e Estado, que possam preservar os seus bens jurídicos fundamentais, consagrados na legislação específica, até que se tornem plenamente desenvolvidos físico, mental, moral, espiritual e socialmente.

Sobre este princípio, Cury, Garrido e Marçura (2020) argumentam que

> A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado. Rompe com a idéia de que sejam simples objetos de intervenção no mundo adulto, colocando-os como titulares de direitos comuns a toda e qualquer pessoa, bem como de direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento

No Brasil, este princípio tem como marco de origem legal a Constituição Federal de 1988, mais precisamente o seu dispositivo 227. Nele está expresso que o constituinte decretou como dever da família, de toda a sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Logo depois, com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente, se tornou notável novamente a influência de tal princípio em toda sua estrutura, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais destes indivíduos. Criou-se no estatuto a letra do artigo 227 da Constituição, porém, de forma exaustiva, foram predispostos os meios e instrumentos necessários para a efetivação e garantia de todos os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O princípio da proteção integral destina-se a crianças e aos adolescentes, "seres em formação, não raramente indefesos, como os principais sujeitos de direitos das relações familiares e sociais" (BITTENCOURT, 2008).

O objetivo deste princípio é transformar as crianças e adolescentes em sujeitos de direitos, titulares de direitos juridicamente protegidos, assim como os adultos. Bem como cita o Estatuto da Criança e do Adolescente, que expõe sobre a proteção integral do menor em seu art. 1º, impondo à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público o dever de assegurar à criança uma convivência familiar à consideração de sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento. Por consequência disso, houve a garantia ao menor do direito de participar da vida familiar (art. 16, inciso V) e de "ser criado e educado no seio de sua família", (art. 19), atribuindo aos pais o poder familiar, sempre exercido em igualdade de condições (art. 21), a quem, conjuntamente, a lei incumbe o dever de sustento, guarda e educação (art. 22), Sávio Renato. O cuidado e a paternidade responsável.

2.2.5 Princípio do melhor interesse da criança

Este princípio tem grande significância referente a criança e ao adolescente. E parte da concepção de serem eles, sujeitos de direitos, que se tratam de pessoas, que ainda, se encontram em pleno desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular (LOBO, 2008).

Dentro do ambiente familiar, a figura da criança e do adolescente ganha destaque por ainda não terem a capacidade necessária para gerir suas vidas por conta própria. Por este motivo, necessitam de alguém, de preferência os genitores, que possa gerir suas vidas de maneira sadia, a fim de trilhar os caminhos para que eles exerçam sua autonomia.

Em relação ao direito, é possível perceber que os julgadores valorizam, realmente, as necessidades da criança e do adolescente, levando o Princípio do Melhor Interesse como direito fundamental a eles. Relata Amin:

> Infelizmente nem sempre a prática corresponde ao objetivo real. Não raro, profissionais, principalmente da área da infância e juventude, esquecem-se que o destinatário final da doutrina protetiva é a criança e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> para o adolescente e não "o pai, a mãe, os avós, tios etc.

A Convenção dos Direitos da Criança relata, também, acerca do assunto, deixando expressamente clara em seu art. 3*, verbis*:

> "Artigo 3.1 Todas as decisões relativas a crianças, adaptadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.
>
> 3.2 Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
>
> 3.3 Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram que a sua proteção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização."

A importância da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança se dá diante da necessidade de amparo àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, com a finalidade de que lhes seja assegurada a devida proteção e lhes seja proporcionado um processo sadio de desenvolvimento e formação de personalidade.

2.2.6 Princípio da efetividade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O princípio da afetividade acaba por derrubar os estereótipos postos antigamente que davam a ideia de que o casamento deveria acontecer como um objeto, tendo como importância apenas o patrimônio e a objetificação da esposa apenas para procriar e servir, refazendo o conceito da união de duas pessoas baseadas no afeto. Para Lôbo (2008), "a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia frente às considerações de caráter patrimonial ou biológico."

Dias (2020) complementa:

> "A afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. [...] O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Mesmo que a apalavra afeto não esteja ligada no texto constitucional, a constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção." (DIAS, 2020)

Desta forma, analisando as palavras da autora, fica evidente a que princípio da afetividade é importante como fundamento do Direito de Família, no que diz respeito à estabilidade das relações socioafetivas.

O código civil não ressalva a palavra "afeto" em nenhum momento, no entanto, o indica quando destaca a guarda, da criança e do adolescente, em favor de terceira pessoa.

Código Civil, art. 1.584, §5°:

> "Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 5o Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Fica perceptível que o princípio da afetividade, mesmo não sendo expresso na Constituição, é um princípio contido da dignidade do indivíduo humano, visto que o afeto e está intimamente ligado ao amor e à família. "A existência do homem está na dimensão de seus vínculos e de seus afetos, sendo a afeição preponderante da dignidade da pessoa humana" (MADALENO, 2019).

Neste mesmo raciocínio, Júnior destaca que, "o afeto é fundamental para que as relações na família sejam bem-sucedidas. Sem ele, estas tendem a não prosperar, havendo um afastamento natural entre seus componentes e dificultando a formação de famílias sólidas e felizes" (DIAS, 2020).

Nos argumentos de Klein, "a afetividade emergiu derrubando as fronteiras de um patrimonialismo enraizado na cultura jurídica pátria" (KLEIN, 2004).

Para Tupinambá, por outro lado, a afetividade

> "invadiu a ciência jurídica, transcendendo aos aspectos psicológicos e sociológicos, imbuindo a família afetiva dos mesmos propósitos da família biológica, pois o que estaria em xeque seriam os vínculos de amor e afeto que unem uma entidade familiar" (TUPINAMBÁ, 2008).

O afeto, portanto, é a "realização pessoal dentro da família" (CARDOSO, 2004), ou seja, elemento do núcleo de formação das famílias modernas, reconhecendo-se "um contorno familiar sem molduras rígidas, sendo o espaço do lar um lugar de afeto e de realização das potencialidades de cada um de seus membros".

3 VIOLÊNCIA DE GÊNERO E A LEI MARIA DA PENHA

A Lei 11.340/2006, também conhecida como Lei Maria da Penha, foi promulgada no Brasil depois de uma longa trajetória de combate à violência doméstica. Dias (2015), em "Lei Maria da Penha na Justiça", conta a história da mulher que deu nome à essa lei:

> A justificativa é dolorosa, pois a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi mais uma das tantas vítimas de violência doméstica deste país. Como muitas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> outras mulheres ela reiteradamente denunciou as agressões que sofreu. Chegou a ficar com vergonha de dizer que tinha sido vítima da violência doméstica e pensava: se não aconteceu nada até agora, é porque ele, o agressor, tinha razão de ter feito aquilo. Mas, ainda assim, não se calou. Em face da inércia da Justiça, Maria da Penha escreveu um livro, uniu-se ao movimento de mulheres e, como ela mesmo diz, não perdeu nenhuma oportunidade de manifestar sua indignação." (DIAS, 2015).

Depois de duas tentativas de crime de assassinato por parte de seu esposo e diversas denúncias feitas na cidade de Fortaleza, no Ceará, o agressor de Maria da Penha foi considerado culpado e condenado pelo tribunal do júri em 1991, porém, o julgamento teve anulação logo depois. Teve novamente seu julgamento em 1996, desta vez, sendo condenado a dez anos de prisão, dos quais cumpriu apenas dois deles em regime fechado.

A história de Maria da Penha, demonstrando impunidade, fez com que órgãos internacionais como o Centro de Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM se manifestassem e denunciassem o desleixo do Brasil no cuidado às vítimas de violência doméstica junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

A manifestação fez com que o Brasil fosse condenado internacionalmente em 2001. Acerca do acontecido, Dias (2015) conta:

> O relatório da OEA, além de impor o pagamento de indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas 'simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual'. (DIAS, 2015).

Não obstante, na condenação ocorrida em 2001, ainda se passaram cinco anos até que o Brasil considerasse aprovada a Lei Maria da Penha, em agosto de 2006.

A aprovação da lei teve um significado muito grande para o direito das mulheres no Brasil. Foi reconhecido que a violência doméstica não se tratava de um problema apenas do âmbito privado. A violência doméstica, por sua vez, acaba por ser considerada matéria de âmbito público, devendo, agora, ser combatida pelo Direito brasileiro.

A Lei Maria da Penha possui um aspecto misto preventivo-repressivo, descreve, não somente prevenir a violência doméstica, mas também romper este ciclo, possibilitando ao Estado uma intervenção adequada, devendo as autoridades possuir capacitação para conhecer as fases da violência praticada no âmbito familiar e entender que a retratação na fase de lua de mel não significa que o conflito foi solucionado (FERNANDES FERNANDES, 2015).

A Lei Maria da Penha programou possibilidades de impor medidas mais duras em relação aos agressores, tirando a capacidade de julgamento das violências de gênero como crimes de menor potencial ofensivo e as punições corresponderem a cestas básicas ou serviços comunitários como previa a Lei 9099/5. O endurecimento que a Lei mostrou, representa um instigante e intenso debate no cenário nacional, no qual o movimento de mulheres considera que não se pode deixar de responsabilizar os autores e enfatiza o aumento da vulnerabilização das vítimas em situações de impunidade, enquanto outros atores argumentam que os conflitos de gênero não podem ser tratados somente no âmbito criminal.

Como afirma a autora Valéria Diniz Scarance (2015), é necessário compreender que a violência doméstica está inserida em um contexto cultural e social, sendo reflexo de um ato de prisão, portanto, para prevenir a violência doméstica de forma efetiva, é necessário ser educado novamente, porque não haverá mudanças puras de procedimento, mas mudanças de comportamento. Com efeito, na maioria dos casos, a violência doméstica é cometida por um parceiro, quer seja marido, coabitante, namorado ou ex-marido, e as vítimas são, na sua maioria, mulheres adultas. No entanto, a "Maria da Penha" também protege os idosos, crianças e jovens, considerados pobres e protegidos pela Constituição Federal.

3.1 Determinantes da distribuição da (des)igualdade de gênero

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A desigualdade de gênero pode ser conceituada de maneiras diferentes. Sen (2001) a define como uma ligação de diferentes dimensões e não como um fenômeno homogêneo. Essa diferença pode ser, por exemplo, separada por vários fatores, como desigualdade na participação política, no acesso à educação e à saúde, de salários ou até mesmo na taxa de natalidade.

Santos (2009) argumenta a hipótese cuja desigualdade de gênero de renda no Brasil seria causada pela hierarquia racial. Para o autor, as construções sociais de gênero e raça, embora diferentes, estariam relacionadas na sua constituição histórica e na experiência individual. Neste estudo, considera-se que o indivíduo ocupante da posição de subordinado em uma hierarquia sofre as desvantagens das dimensões do ambiente.

No levantamento feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e publicado em março de 2020, é revelado que 54,5% das mulheres com 15 anos ou mais constituíam a força de trabalho no país em 2019.

Bárba Cobo (2021), coordenadora de População e Indicadores Sociais do IBGE, relata acerca do assunto que só se resolve desigualdades no mercado de trabalho "se tiver uma política integrada, por exemplo, de creche, porque a gente sabe que um dos maiores fatores para as mulheres saírem da escola ou do sistema formal escolar ou de emprego é você ter que cuidar de casa, afazeres domésticos."

Diversos fatores são considerados para as diferenças entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Como exemplo, em 2016, pesquisas divulgadas pelo IBGE (2020) as mulheres dedicavam, em média, 18 horas por semana a cuidados de pessoas ou afazeres domésticos, 73% a mais do que os homens (10,5 horas). Essa diferença chegava a 80% no Nordeste (19 contra 10,5). Isso é explicado, em parte, pela proporção de mulheres que se ocupam em trabalhos por tempo parcial, de até 30 horas semanais, ser o dobro da de homens (28,2% das mulheres ocupadas, contra 14,1% dos homens).

"Em função da carga de afazeres e cuidados, muitas mulheres se sentem compelidas a buscar ocupações que precisam de uma jornada de trabalho mais flexível", explica a coordenadora de População e Indicadores Sociais do IBGE, Bárbara Cobo (2021), complementando que mesmo com trabalhos em tempo parcial, a mulher ainda trabalha mais. "Combinando-se as horas de trabalhos remunerados com as de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

cuidados e afazeres, a mulher trabalha, em média, 54,4 horas semanais, contra 51,4 dos homens".

Oostendorp (2004) analisa a desigualdade de salário entre homens e mulheres desde o início do processo de globalização em países em desenvolvimento. A autora argumenta que os efeitos da maior abertura comercial e de maiores fluxos de investimento estrangeiro direto sobre a desigualdade de gênero são incertos.

Outro estudo, de Ramos e Souza (2012), tem sua importância acerca do tema. Os autores constroem um Índice Nacional de Desigualdade de Gênero (INDG) para confrontar a desigualdade entre os diferentes estados brasileiros baseado no Global Gender Gap Index (GGI), criado e desenvolvido pelo Fórum Econômico Mundial. O índice é completado por quatro categorias diferentes - participação econômica, educação, poder político e saúde/sobrevivência. Adaptado para o Brasil, o INDG foi calculado com base nos dados da PNAD.

Ramos e Souza (2012) concluem que os estados do Norte-Nordeste obtiveram melhores resultados no índice do que os estados do Sul-Sudeste, manifestando que a renda parece não ser um determinante direto de uma maior equidade de gênero. De modo que, considerando o INDG como variável de interesse, e agora o renomeando para Índice de Igualdade de Gênero, IIG, o estudo propõe uma modelagem envolvendo a economia para verificar os determinantes da (des)igualdade de gênero no país.

Portanto, é possível perceber que além de fazerem as tarefas domésticas, atividades que não são consideradas mão de obra, as mulheres ainda enfrentam dificuldades estruturais no mercado de trabalho, além do trabalho doméstico que as mulheres ainda precisam realizar, elas têm menos oportunidades e salários mais baixos, essa cultura patriarcal ainda faz com que as mulheres se retirem do mercado de trabalho ou diminuam seus investimentos em ocupações para ter mais dedicação à família e aos filhos, decisão que se torna um grande problema quando o marido e a mulher se separam. No contexto da lei, também é necessário mudar uma cultura para superar a insegurança materna durante o divórcio e a irresponsabilidade parental, para que o trabalho entre os pais possa ser distribuído de forma mais equitativa e os filhos tenham a oportunidade de compartilhar com eles. Em seu melhor interesse.

3.2 A guarda dos filhos nos casos de violência de gênero

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O término de uma relação conjugal, quer seja união estável, quer seja casamento é quase sempre um processo delicado e penoso para um casal, ademais, quando envolve filhos, a situação se torna ainda mais complicada. Na separação dos pais, uma das questões causadoras de desentendimentos é a concordância sobre a guarda dos filhos.

O Código Civil, em seu Art. 1.632, esclarece que não existe qualquer alteração na relação entre pais e filhos nos casos de término do casamento ou união, nestes termos: "Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos".

A convivência física, real e direta com os filhos é alterada, no entanto, aquelas obrigações e os deveres provenientes do poder da família se mantêm, como os de providenciar a educação, precisão material e os desenvolvimentos físico e emocional dos filhos. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), ao conceder proteção e prioridade absoluta a crianças e adolescentes, alterou-os em sujeitos de direito, portando todo um novo conceito, destacando os direitos fundamentais das pessoas com idade inferior a 18 anos.

Compreende-se que pela convivência se possa manter o vínculo familiar dessa relação, portanto, tem por objetivo fazer com que os pais continuem a ter a mesma responsabilidade quando da relação familiar, isto é, garantir que a relação familiar continue a ser mantida, com os cuidados necessários para as gerações futuras (LÔBO, 2015, p. 187).

Por conta da divisão clássica e machista acerca do ambiente familiar e do trabalho, é generalizado que a mulher teria uma capacidade, quase um dever, natural para cuidar melhor dos filhos. Dias (2015), argumenta essa forma de pensar dominante:

> despreparo dos homens em desempenhar as funções de maternagem. Afinal, nunca puderam brincar com bonecas. Nem entrar na cozinha. Aliás, a eles nunca foi permitido sequer chorar, levar desaforo para casa. Precisavam ser fortes e competitivos. Por isso, seus brinquedos sempre foram bolas, armas, carrinhos. Também foram educados para serem os provedores

> da família. Por certo, esta cultura nunca lhes permitiu adquirir habilidade para assumir o cuidado dos filhos ou a administração da casa. Estas tarefas eram atribuições exclusivas da mulher. Para isso elas foram educadas. Além de puras e recatadas, tinham que a ser donas de casa e mães. Até hoje seus brinquedos são bonecas, panelinhas e até ferrinho de passar. Tudo porque as convenceram de que seriam a rainha do lar, doce lar. Qualquer atividade fora de tais afazeres gerava enorme sentimento de culpa. Sentiam-se como se estivessem descumprindo responsabilidades que eram exclusivamente delas: "quem pariu que embale". No máximo, podiam contar com o auxílio do marido, a depender da boa vontade deles, é claro! (DIAS, 2015)

A guarda dos filhos é decidida quando existe uma união harmônica entre os genitores. Quando se refere à situação da mulher, principal alvo em casos relacionados a violência doméstica, acontece a dissolução do casamento ou união estável em decorrência de absoluta incapacidade de manter a vida conjugal com o próprio agressor. Ademais, as medidas protetivas estipuladas pela Lei Maria da Penha, tais como afastamento do agressor do lar ou local de convivência com a vítima, contribuem para sua integridade física e mental; elas constituem empecilho para a convivência do seu filho com o pai. Podendo, inclusive, pôr em confronto outros instrumentos legais como a Lei 13.058/14, conhecida como Lei da Igualdade Parental e a Lei nº 12.318/2010 - Lei da Alienação Parental.

Segundo Lilia Guimarães Pougy (2010, p. 79-80):

> A violência de gênero é o resultado da dominação-exploração de mulheres ao longo da história, perpetrado por sujeitos – homens e mulheres – que potencializam a eficácia da ordem vigente na produção massificada de pessoas – homens e mulheres – para operarem no nível imediato, contudo, incapacitadas para estabelecerem os nexos entre os fatos e suas origens macroscópicas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> microscópicas. O solo fértil para a violência de gênero são as desigualdades sociais.

Dessa forma, é perceptível que a violência doméstica é resultado de uma série de discriminações de gênero na sociedade ao longo do tempo. A partir disso, pode-se entender que isso aconteceu em etapas, como ameaças, imposição de regras, xingamentos e assim por diante.

Alienação Parental se trata de uma situação que ocorre dentro das relações familiares, quando por alguma razão, os pais não podem mais ficar juntos. "Dessa maneira, a mãe, o pai ou o responsável legal manipulam a criança e/ou o adolescente, com o intuito de romper a relação afetiva com um dos genitores", conforme conceitua Souza (2017).

Já a Lei da Igualdade Parental, refere-se à igualdade existente entre o poder e/ou dever dos genitores, o que leva à necessidade de distribuição equilibrada de tempo de convivência da criança com seus progenitores. É ultrapassada a figura do genitor guardião e do genitor visitante, ou seja, restou finda a situação desigual de genitor de primeira e de segunda grandeza.

Acontece que, apesar de objetivar causas nobres, a lei foca unicamente à priorização dos rebentos, sem considerar muito a condição dos cônjuges. Em se tratando de situações envolvendo a violência doméstica onde a vítima, na maior parte dos casos a mulher, se encontra fragilizada emocional e psicologicamente, se entende temerário não considerar esse elemento no momento de decidir qual pretensão das partes está mais amparada na lei e consequente estabelecimento da guarda compartilhada como padrão.

O princípio da guarda compartilhada deve arcar com exceções em prol da guarda unilateral em casos de violência doméstica. Todavia, essa não parece ser a tendência hegemônica.

4 A (DES)NECESSIDADE DA APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA GERAL EM FILHO DE MULHERES VITIMAS DE VIOLENCIA

4.1 O bem estar do menor e a proteção da mulher

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O bem estar do menor é garantido pela lei. Nos casos da separação do casal, isto fica explícito no que diz respeito à prioridades acerca do indivíduo. A partir desta premissa, de que existe a igualdade dos cônjuges e que há prioridade nos direitos do menor, passa-se ao exame da legislação infraconstitucional no que diz apenas com a guarda do menor.

Ressaltam os artigos 3º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> "Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade."
>
> "Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência."

A guarda do indivíduo menor pode surgir de diversas situações. A princípio se origina do poder da família legalmente imposto aos pais focando na segurança no pleno desenvolvimento de seus filhos.

Segundo Silvana Maria Carbonera, 2000.

> "O ato de guardar indica que quem, ou o que, se guarda está dotado de pelo menos duas características básicas: preciosidade e fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranhos o que tem sob a sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, a importância da guarda acerca do bem estar do menor demonstra-se no fato de que, ao dirigir a vida dos filhos, os pais direcionam seu destino, visando o bem.

A guarda originada em casos de separação dos pais envolvendo a violência gera discussão no meio jurídico. A violência conjugal pode ser classificada como qualquer tipo de violência, seja física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, cometida por um homem ou uma mulher em um relacionamento íntimo passado ou atual. Não existe classificação legal para essa espécie de violência, sendo possível o dever de recorrer à definição de violência doméstica prevista na Lei nº 11.340/2006, denominada de Lei Maria da Penha, razão pela qual a violência conjugal se enquadra como uma das formas de violência doméstica.

A Organização Mundial da Saúde (2011) se inspirando na definição da violência contra as mulheres definiu o termo "violência conjugal" como a tentativa ou o comportamento vinculado ao companheiro ou ex-companheiro, numa relação íntima e privada, heterossexual ou homossexual que acabam por originar dano psicológico, físico, sexual ou sofrimento à vítima. Deste modo, a relação próxima entre os parceiros, resulta na violência mais frequente e também mais grave, pois existe uma probabilidade maior de ocorrer no local de habitação do casal.

A Lei Maria da Penha oferece instrumentos de proteção à mulher que permitiram que as vítimas de violência pudessem vislumbrar a possibilidade de sair de uma relação abusiva. Acerca da guarda dos filhos em casos de violência doméstica, o art. 23 da lei expressa:

> 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.

É possível perceber que estas medidas colocam um distanciamento legal necessário ao casal que se encontra em situação de violência doméstica. Tal distanciamento resulta em uma maior proteção à mulher, que está numa situação de enorme vulnerabilidade.

O encontro entre o agressor e a vítima no vigor das medidas protetivas, por conseguinte, violaria determinação judicial e poderia, portanto, resultar na prisão preventiva do agressor, disposta no art. 20 da lei:

> Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial

Em casos de ocorrência de agressão em face da mulher, observar- se que o registro policial desencadeia um procedimento de tutela protetiva de urgência, a qual deve ser encaminhada a juízo, e por seguinte é aplicado o sigilo no processo como forma de assegurar o direito de segurança emocional do infante e o relacionamento geral no seio familiar. Senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA UNILATERAL REQUERIDA PELA GENITORA, QUE EXERCE A GUARDA DE FATO DO FILHO. ALEGAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFERINDO A GUARDA COMPARTILHADA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DOS MENORES. NÃO OPOSIÇÃO DO GENITOR. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. Nas ações envolvendo a disputa pela guarda de menor deve ser observado o princípio do melhor interesse, além das garantias de segurança afetiva e emocional, promoção da saúde e do desenvolvimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> sadio, da educação e dos atributos intelectuais, além do afeto e de um salutar convívio familiar, cabendo a guarda àquele que demonstra reunir as melhores condições para dirigir a educação dos menores. 2. Na hipótese há elementos probatórios que desaconselham a guarda compartilhada, notadamente o boletim de ocorrência com registro de que o genitor praticou violência doméstica contra a genitora, consistente em lesão corporal, ameaça e injúria, que ultimou a aplicação de medidas protetivas, em caráter de urgência em processo judicial que tramitou em Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher neste Tribunal de Justiça. 3. Guarda unilateral que se concede em favor da genitora. 4. Provimento do recurso. (TJ-RJ - Apelação Cível: 0174999- 41.2011.8.19.0001, Relator: Elton Martinez Carvalho Leme, Data de Julgamento: 17/02/2016, Décima Câmara Cível)

Tem-se, pois, após análise das decisões supra, a verificação de que além da violência
física a mulher, também é tida como fundamentais à determinação do afastamento do cônjuge do ambiente familiar, e o consequente deferimento de guarda unilateral à mãe, o iminente risco de dano à pessoa dos filhos. Sob outra ótica, no caso abaixo colacionado, foi interposto Agravo de instrumento requerendo o deferimento da liminar para que o pai do infante ficasse com a guarda de seu filho, revertendo-se a guarda provisória em favor da mãe, a visita e a pensão.

4.2 Considerações do impacto da guarda compartilhada

O enfoque psicológico é o mais estudado quando é tratado da crítica em relação à guarda compartilhada, perante a afirmativa referente à mudança dos filhos às residências dos pais seja um fato que os prejudica, considerando que a criança deve ter um ponto referencial, ou seja, deve ser mantida a estabilidade de um lar para a preservação do seu desenvolvimento.

O pesquisador Gontijo (2008) é um dos estudiosos que tem uma opinião contrária ao uso da guarda compartilhada, seu argumento negativo ao assunto está

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

relacionado às consequências que a instabilidade do lar prejudique o filho. Sobre ele diz:

> Prejudicial para os filhos é a guarda compartilhada entre os pais separados. Esta resulta em verdadeiras tragédias, como tenho vivenciado ao participar, nas instâncias superiores, de separações judiciais oriundas de várias comarcas, em que foi praticada aquela heresia que transforma filhos em ioiôs ora com a mãe, ora com o pai. Em todos os processos ressaltam os grandes prejuízos dos menores, perdendo o referencial de "lar", sua perplexidade no conflito das orientações diferenciadas no meio materno e no paterno. Não é preciso ser psicólogo ou psicanalista para concluir que, acordo envolvendo a guarda compartilhada dos filhos, não é recomendável (GONTIJO, 2008).

O argumento do autor está ligeiramente relacionado à guarda alternada, que não trata de ser prudência, sequer tem normalização no ordenamento jurídico nacional. Para que seja mais fundamentada, o que falta para a questão da aplicação da guarda compartilhada é exatamente o conhecimento da matéria, dado que este modelo de guarda não apenas preconiza o tempo onde o filho irá passar com os pais, mas sim tratando do que é melhor para seu bem-estar.

A guarda compartilhada também tem como pressuposto uma residência fixa, única e não alternada, isto é, pode-se escolher um lar determinado, mas haverá uma mudança melhor dos filhos na residência dos pais, disponibilizando aos mesmos a estabilidade e referencial que o Direito e a Psicologia desejam para que ocorra o desenvolvimento integral do menor.

Ademais, é possível tratar acerca de uma questão relevante psicológica que sustenta que o compartilhamento do lar é uma experiência muito válida e proveitosa, pois ajudará no preparo deste filho para as diversidades que ele enfrentará no futuro.

Outro argumento que contradiz os benefícios que a guarda compartilhada trará os pais e filhos, é "a diminuição do contato que a criança ou adolescente terá com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

figura materna, considerada indispensável", diante do exposto Bittencourt (1997), afirma o fato de que os filhos são obras da educação das mães.

O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar a participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. (DIAS, 2011. p. 1).

No entanto, os argumentos de desvantagens ao uso da guarda compartilhada não acabam desta forma, ainda se acrescenta na argumentação de que frente a uma situação traumatizante que gera angústias, mágoas e brigas (como é demonstrado nos casos de separação conjugal), existe a dificuldade de convívio harmonioso entre os genitores para que venham a cumprir o poder parental inerentes aos filhos, pelo fato de estarem passando por momentos delicados que geram conflitos sentimentais e psicológicos.

A crítica à escolha do modelo de tutela compartilhada não pode ser absoluta, pois obtém os melhores resultados centrados no interesse das crianças como objetivo central. Além disso, também traz a vantagem de manter um relacionamento com os filhos e os pais, no qual os pais, apesar de vivenciarem momentos de fragilidade da vida, isto, é, separação conjugal, ainda se preocupam com o bem-estar dos filhos, protegendo-os de suas crianças conflitos.

4.3 A guarda unilateral como solução

A guarda unilateral se trata daquela designada a um dos pais que demonstrar melhores condições e equilíbrio para o desenvolvimento do menor ou incapaz, ficando o outro genitor com o dever se "inspecionar" as predileções dos filhos. Caso o indivíduo responsável que não é guardião intérprete que a guarda não está sendo cumprida, poderá solicitar a sua alteração, uma vez que a guarda dos filhos pode ser revista a qualquer momento.

A guarda unilateral, dentro do Código Civil e após a Lei nº 11.698, de 2008, é direcionada pelo juiz a um dos genitores, quando não chegarem a um acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, considerando que esta é preferencial. Ademais, é qualificada como unilateral a guarda dada a terceiro quando o juiz estiver convencido que nenhum dos genitores preenche as condições precisas para exercer tal função.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na separação judicial convencional ou no divórcio convencional os pais podem entrar em acordo acerca a guarda exclusiva a um dos dois, se esta originar na melhor predileção dos filhos; essa motivação é necessária e deve estabelecer o respectivo instrumento assinado pelos cônjuges que pretendem a desunião ou o divórcio (LOBO, 2008).

Nesse modelo, o tutor não precisa consultar terceiros, e quem não o for não pode participar direta ou indiretamente na criação do filho, nem tem o direito de ser ouvido pelo ex-cônjuge sobre questões importantes relacionadas à educação. Neste modelo de guarda, as crianças podem ver as visitas desaparecerem com o tempo as crianças está claramente em desvantagem e, por isso, perdem os laços familiares por falta de convivência diária ou mais eficaz, aproximando-os esta é uma das consequências da tutela unilateral, então novas formas de cuidado infantil são necessárias.

Sobre essa modalidade de guarda Pablo Stolze Gagliano explica ser: "a mais comum e difundida no Brasil, em que um dos pais detém exclusivamente a guarda, cabendo ao outro direito de visitas o filho passa a morar no mesmo domicílio do seu guardião" (2013, p. 605).

Nesse sentido, ensina Paulo Lôbo que a guarda unilateral "é atribuída pelo juiz a um dos pais, quando não chegarem a acordo e se tornar inviável a guarda compartilhada, dado a que esta é preferencial" (2013, p. 192).

Diante disso, conclui-se que uma separação do casal, pais dos menores, a guarda recairá sobre um dos genitores, e será aquele que melhor atenda ao interesse da criança, restando ao outro apenas o direito de visitas.

Certamente o parente mais próximo é considerado o mais indicado para assumir a guarda, mas suas condições e aptidão haverão de ser estudadas, sendo capaz de chegar à conclusão de que o mais distante deve ser o escolhido. A afinidade, com a finalidade de guarda exclusiva, não significa parentesco afim (o que é instaurado com os parentes do outro cônjuge), mas inclinação e aptidão para cuidar e conviver com criança. A afetividade é a demonstração de relação de afeto que efetivamente existe entre a criança e o indivíduo que assumirá a guarda. Tal afetividade deve aproveitar da preferência até mesmo em relação ao parente próximo. Um parente pode ter mais aptidão e afeição para cuidar da criança do que outro. O padrasto ou a madrasta (são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

parentes por afinidade de seus enteados, por exemplo) pode apresentar melhores condições afetivas que um parente consanguíneo próximo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Lei nº 13.058 / 2014, que regulamenta a guarda compartilhada como regra geral, houve impactos na realidade das famílias, especialmente naquelas em disputas de guarda em varas de família em todo o Brasil. A elaboração da fundamentação jurídica apresenta uma série de argumentos mesmo diante da subjetividade, é preciso manter o valor das leis pertinentes e da influência social, mas a aplicação na realidade jurídica brasileira parece conflitar com a intenção original do Legislador.

Não há dúvida de que a implementação da tutela conjunta pode ser uma medida cega e negligente para que deixe de ser uma via de contenção da violência de gênero. A guarda compartilhada, para realmente atingir seus objetivos elevados, precisa ser combinada com a realidade e é uma construção, não uma necessidade. Da mesma forma, é imprescindível observar o resultado da violência doméstica nas crianças e acreditar que o agressor não é adequado para o exercício da guarda, especialmente quando são concedidas medidas de proteção emergenciais.

Nesse sentido, algumas decisões acertadamente reconhecem que a violência de gênero é fator de credibilidade no exercício do poder familiar, portanto, para a tutela do agressor, consideramos ser um passo adiante perceber que ela ainda penetra na sociedade. Família é a semente e a necessidade do judiciário da desigualdade para germinar de forma saudável e se desenvolver sem o controle da violência.

Por todo o exposto, conclui-se pela opção da guarda unilateral como alternativa, em respeito ao menor e às vítimas de violência. Forçar a convivência com o agressor pode gerar tensão, possibilidade de novas agressões e até efeitos irreparáveis nas crianças e adolescentes testemunhas do abuso físico e psicológico. A situação explanada no presente estudo demanda um olhar mais atencioso quanto às suas singularidades.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

AMIN, Andréa Rodrigues. **Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**. In: MACIEL, Kátia (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

AMIN, Andréa Rodrigues. **Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**. In: MACIEL, Kátia (Coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

ARAÚJO, Nadia de. **O cuidado como valor jurídico e a cobrança de alimentos no plano internacional**. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Nadia de. **O cuidado como valor jurídico e a cobrança de alimentos no plano internacional**. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. São Paulo: ed. Universitária de Direito, 1997

BITTENCOURT, Sávio Renato. **O cuidado e a paternidade responsável**. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL, Código Civil Brasileiro. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 8 de abril de 2021

BRASIL, Código Civil Brasileiro. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 8 de abril de 2021

CARBONARA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Ségio Antônio Fabris, 2000.

CARBONARA, Silvana Maria. **Guarda de Filhos na Família Constitucionalizada**. Porto Alegre: Ségio Antônio Fabris, 2000.

COBO, Bárbara. **Indicadores sociais das mulheres no Brasil.** Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IGBE. 2020. Disponível em:

https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/materias-especiais/20453-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html acesso em: 08 de maio de 2021

COBO, Bárbara. **Indicadores sociais das mulheres no Brasil.** Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IGBE. 2020. Disponível em: https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/materias-especiais/20453-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html acesso em: 08 de maio de 2021

CONTIJO apud SILVA, Ana Maria Milanno. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008

CONTIJO apud SILVA, Ana Maria Milanno. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3ª ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CURY, Munir; PAULA, Paulo Afonso Garrido de; MARÇURA, Jurandir Norberto. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 12ª ed., rev. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias** I Maria Berenice Dias. -- 10. ecl.rev., atual. eampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020

DONATO, Laryssa de Almeida. **A guarda compartilhada como forma de preservação dos laços de paternidade e da melhor proteção ao desenvolvimento da criança** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=96aa5b781e408406>. Acesso em: 8 de abril de 2021.

DONATO, Laryssa de Almeida. **A guarda compartilhada como forma de preservação dos laços de paternidade e da melhor proteção ao desenvolvimento da criança** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=96aa5b781e408406>. Acesso em: 8 de abril de 2021.

FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2005

FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2005

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017

KLEIN, Felipe Pastro. **Família, entidade familiar, e união de indivíduos do mesmo sexo**. In: ARONNE, Ricardo (Coord.). Estudos de Direito Civil – Constitucional. v. 2. Porte Alegre: Livraria do Advogado, 2004

KLEIN, Felipe Pastro. **Família, entidade familiar, e união de indivíduos do mesmo sexo**. In: ARONNE, Ricardo (Coord.). Estudos de Direito Civil – Constitucional. v. 2. Porte Alegre: Livraria do Advogado, 2004

LÔBO, Paulo. **Famílias**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

MADALENO. Rolf Hanssen. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais**. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). Direitos Fundamentos do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO. Rolf Hanssen. **A guarda compartilhada pela ótica dos direitos fundamentais**. In: WELTER, Belmiro Pedro e MADALENO, Rolf Hanssen (Coord). Direitos Fundamentos do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

MADALENO. Rolf Hanssen. **Direito de família**. 8 Ed. Porto Alegre: Forense, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

NAZARETH apud SILVA, Ana Maria Milanno. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2008

OMS. Organização Mundial de Saúde. **Violência por parceiro íntimo**. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/77432/WHO_RHR_12.36_eng.pdf;jsessionid=895FCECCDAA41CDA63F044B425808B0A?sequence=1. Acesso em: 22 de abril de 2021

OOSTENDORP, R. H. Globalization and the Gender Wage Gap. **World Bank Policy Research Working Paper**, n. 3256, Washington DC: World Bank , 2004.

PASINATO, W. **Justiça e Violência contra a mulher**: O papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: Annablume; 2011

PASINATO, W. **Justiça e Violência contra a mulher**: O papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. São Paulo: Annablume; 1998

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

RAMOS, C; SOUZA, L. **A Mensuração da Desigualdade de Gênero**: um Índice para os Estados Brasileiros, 2012. Disponível em http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5731/1/2012_LuisaCardosoGuedesdeSouza.pdf Acesso em: 8 de abril de 2021

RIFIOTIS, T. **Judiciarização das relações sociais e estratégias de reconhecimento**: repensando a 'violência conjugal' e a 'violência intrafamiliar'. Rev Katálisis 2008

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

SEN, A. **Many Faces of Gender Inequality**. Frontline, v. 18, n. 22, 2001

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental** - sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 2ª Edição. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017.

TUPINAMBÁ, Roberta. **O cuidado como princípio jurídico nas relações familiares**. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). O Cuidado como Valor Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VAN DAL, S. L. V.; BONDEZAN, D. T.. **A nova lei de guarda compartilhada obrigatória (lei 13.058/2014) e os efeitos para a formação da criança.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1339/A+lei+de+guarda+compartilhada+obrigat%C3%B3ria+(lei+13.0582014)+e+os+efeitos+para+a+forma%C3%A7%C3%A3o+da+crian%C3%A7a+>. Acesso em 01 de junho de 2021.

MARTINS, Aquiles; CURY Thais; FUCHS, Lucas A. Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher. Disponível em: 434-Texto do artigo-836-1-10-20170529 (3).pdf. Acesso em : 20 de Maio de 2021.

AMORIM, Rafaela Pessoa de. Guarda Compartilhada e Alienação Parental. Disponível: https://jus.com.br/artigos/37355/guarda-compartilhada-e-alienacao-parental. Acesso em : 25 de Maio de 2021.

OLIVEIRA, José Antônio Cordeiro . Guarda Compartilhada: Vantagens e Desvantagens de sua Aplicabilidade. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/730/Guarda+compartilhada:+vantagens+e+desvantagens+de+sua+aplicabilidade. Acesso em : 23 de Maio de 2021.

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA REFORMA TRIBUTÁRIA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL E DIMINUIÇÃO DA DESIGUALDADE

JAYNARA CIRQUEIRA LOPES: Bacharel em Direito da faculdade Serra do Carmo. Acadêmica de pós graduação do Instituto Júlio Cesar Sanchez.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discutir a questão da necessidade de uma reforma tributária que possa promover a justiça fiscal ao passo que atua para diminuir a desigualdade. Para tanto se discutem questões como a evolução da cobrança de tributos no Brasil, bem como as principais dificuldades que afligem o sistema tributário nacional. Não obstante, se aborda a eminente necessidade da reforma e ainda como a mesma pode contribuir para a diminuição da desigualdade e promoção da justiça fiscal.

Palavras chave: Reforma tributária – desigualdade – justiça fiscal – tributos.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the issue of the need for à tax reform that can promote fiscal justice while acting to reduce inequality. To this end, issues such as the evolution of tax collection in Brazil are discussed, as well as the main difficulties that afflict the national tax system. Nevertheless, the eminent need for reform is addressed and how it can contribute to the reduction of inequality and promotion of fiscal justice.

Keywords: Tax reform - inequality - fisco justice - taxes.

INTRODUÇÃO

Os tributos são imprescindíveis para o funcionamento de qualquer sociedade organizada, visto que é através da sua arrecadação que o Estado é de garantir a manutenção dos serviços essenciais. Além disso, os tributos também podem ser utilizados como ferramenta de diminuição das desigualdades sociais, outrossim, para que isso seja possível é preciso que haja justiça fiscal.

No caso do Brasil, para que se possa entender como isso é não só possível como também necessário, se deve primeiro compreender o próprio sistema tributário nacional e como este foi introduzido e evoluiu ao longo dos anos e dois diferentes períodos pelos quais a nação passou.

Não obstante, também se deve discutir os principais problemas do sistema e como cada um deles o afeta a fim de compreender porque tanto se fala

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

da ineficiência do mesmo e de como poderia ser aperfeiçoado através de uma reforma ampla e objetiva.

Porém, não se pode falar em reforma sem que se trate dos entraves da mesma, uma vez que existem muitos interesses envolvidos e em alguns casos interesses conflitantes que vão desde a vontade política até o próprio desconhecimento do tema por grande parte da população.

Ademais, não se pode deixar de discutir o fato de como uma reforma pode contribuir para que se faça justiça fiscal ao passo que também promove a diminuição da desigualdade no país.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

A história da arrecadação de impostos se confunde com a própria história da civilização, uma vez que desde as primeiras organizações sociais que se converteram em cidades se percebeu que seria necessária a criação de mecanismos que possibilitassem aos governantes os meios para custear as despesas públicas referentes a manutenção das condições mínimas de subsistência (FERREIRA, 2012).

Deste modo, se tem que desde a antiguidade algumas formas de tributação já eram praticadas e com a evolução socioeconômica esses métodos foram aperfeiçoados se tornando cada vez mais eficientes (MACHADO & BALTHAZAR, 2017).

No Brasil a situação não foi diferente e desde que a Coroa Portuguesa tomou ciência da descoberta de novas terras que poderiam dar origem a uma colônia a ideia de se povoar e explorar foi colocada em pratica e aliada a ela a necessidade de que subsequentemente se pudesse instituir um sistema de tributação (MACHADO, 2005).

2.1.1. A TRIBUTAÇÃO NO BRASIL COLÔNIA

Com a descoberta das novas terras que posteriormente vieram a dar origem ao Brasil a Coroa Portuguesa se viu impelida a iniciar o povoamento do novo território o mais rápido possível com intuito de explorar os seus recursos e gerar renda. Deste modo, em um primeiro momento o sistema tributário não existia na colônia e simplesmente se cobrava o imposto referente a sexta parte da produção gerada pelas terras doadas (JUNQUEIRA, 2010). De acordo com o que escreve (VASCONCELOS, 2002, p. 09):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Até 1822, quando foi declarada a nossa independência face o insustentável clima de sublevação da colônia, possuíamos uma tributação arbitrária definida pela realeza portuguesa, cujo objetivo era, em suma, extrair o máximo possível dos colonos.

Ademais, conforme explica (FERREIRA, 2012) a distância entre a colônia e a sede do reino se convertia em empecilho para uma coleta regular de tributos. Não obstante, tal cenário permaneceu mais ou menos que o mesmo até a chegada da Família Real ao Brasil no ano de 1808.

Junto com a família real chegaram ao Rio de Janeiro cerca de trinta mil membros da corte portuguesa o que afetou de imediato a questão tributária e requereu a adoção de novas medidas. Consequentemente, Dom João VI instituiu uma série de medidas destinadas a aumentar e aperfeiçoar a arrecadação de impostos (MACHADO, 2005).

Dentre as medidas adotadas pelo rei vale ressaltar a abertura dos portos as nações amigas o que por sua vez culminou com a criação do imposto de importação que está vigente até o dia de hoje. Além disso, também foi instituída a primeira forma de imposto predial juntamente com os primeiros alvarás de funcionamento de negócios (JUNQUEIRA, 2010).

Conquanto, o que se pode observar é que houve um aumento substancial na arrecadação de tributos, contudo, o sistema tributário permanecia precário e somente com tempo outras medidas seriam adotadas com a intenção de realmente tornar a arrecadação mais eficiente (FERREIRA, 2012).

2.1.2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO NO BRASIL IMPÉRIO

Segundo, (LIMA, 1999) o período Imperial brasileiro tem início com a proclamação da independência em 22 de abril de 1822 por Dom Pedro I que se torna o primeiro Imperador brasileiro sem grande resistência da Coroa portuguesa. Por quanto, Dom Pedro I assume o governo de uma nação totalmente falida, uma vez que ao retornar a Portugal a família Real leva consigo tudo o que pode de valor deixando para trás uma dívida da ordem de um milhão e meio de libras com o Inglaterra.

Haja visto, esse cenário tenebroso o imperador aconselhado por José de Bonifácio introduz paralelamente a Promulgação da Constituição de 1824 uma ampla reforma tributária que reduziu alguns impostos, extinguiu outros e/ou modificou outros e ainda criou novos tributos. Isso se fez necessário frente ao rombo nas contas públicas que demanda ação urgente do Estado (JUNQUEIRA, 2010).

Entretanto, segundo (FERREIRA, 2012) mesmo tendo conseguido aumentar a arrecadação substancialmente a reforma promovida por Dom Pedro I não alcançou os objetivos desejados e o desequilíbrio das finanças estatais persistiu.

Quando Dom Pedro II é alçado ao trono não leva muito tempo para perceber a necessidade de se promover novas reformas tributárias e deste modo inicia a implementação de uma série de medidas que visavam primordialmente equilibrar as contas do Império (MACHADO & BALTHAZAR, 2017).

Tais reformas foram muito além das promovidas por seu antecessor e com o tempo começaram a surtir efeitos positivos. Consequentemente, o aumento da arrecadação e a aplicação mais eficiente dos recursos advindos dos tributos acarretaram no equilíbrio das finanças estatais e nos últimos anos do império o Brasil encontrava-se em uma situação econômica confortável se comparado ao cenário pós-família real. Pode-se argumentar que pela primeira vez desde a proclamação da independência o país conseguiu equilibrar o orçamento e disciplinar as suas finanças graças a melhoria do sistema tributário (LIMA, 1999).

2.1.3. BRASIL REPÚBLICA E AS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS

Com a proclamação da república no dia 15 de novembro de 1889 o Brasil encerra o seu período monárquico e ingressa em outro que ficou conhecido com a velha república. Em um primeiro momento se tentou novamente promover uma reforma tributária ampla e abrangente com intuito não apenas de manter o equilíbrio orçamentário alcançado no final do império com também de se instituir depois de muitas tentativas o Imposto de Renda no Brasil (LIMA, 1999).

No entanto, não se obteve sucesso e somente no ano de 1922 o Imposto de Renda foi finalmente incorporado ao sistema tributário nacional através da Lei Orçamentária nº 4.625/1922 e entrou em vigor no ano seguinte (FERREIRA, 2012).

Contudo, de acordo com o que ensinam (MACHADO & BALTHAZAR, 2017) se deve ressaltar que as décadas seguintes não foram de grande importância no que se refere ao aperfeiçoamento do sistema tributário, uma vez que a grande maioria dos tributos foi simplesmente modificada ou passou por adequações.

Não obstante, a partir da segunda parte do século XX o Brasil passou por várias crises dentre elas se destacam a crise do petróleo na década de setenta que afetou o mundo inteiro, a crise econômica da década de oitenta que contribuiu significativamente para o aumento do desemprego no país, bem como o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

fracasso de sucessivos planos econômicos que culminaram na hiperinflação que só foi contida com a introdução do Real.

Assim sendo, conforme argumenta (MACHADO, 2005) se pode dizer que a tributação brasileira evoluiu muito desde a colônia, porém ainda apresenta muitos problemas como a burocracia, a tributação em cascata, dupla tributação e uma série de outros entraves que serão abordados adiante. Outrossim, se fizeram avanços importantes como a informatização dos sistemas que contribuiu para a diminuição da burocracia como se pode observar no caso do SIMPLES nacional que unifica vários impostos e facilita o seu pagamento especialmente para as pequenas e micro empresas. De acordo com o que ensina (MACHADO, 2005, p. 03):

> É tempo, portanto, de meditarmos um pouco mais sobre as questões fundamentais da tributação, para que se torne possível a elaboração de um sistema tributário no qual seja garantida a receita pública, mas seja preservada a liberdade de exercício da atividade econômica, condição indispensável ao desenvolvimento nacional.

2.2. OS PRINCIPAIS PROBLEMAS DO SISTEMA E A NECESSIDADE DA REFORMA TRIBUTÁRIA

Ao se analisar o sistema tributário brasileiro fica evidente a necessidade de que se faça uma reforma ampla e que realmente aperfeiçoe o modelo atual. Bom como diminua a burocracia e racionalize tanto a arrecadação com a distribuição dos recursos arrecadas a fim não só de se promover o equilíbrio orçamentário, bem como diminuir a desigualdade brutal que existe no país (CUNHA *et al*, 2017).

Todavia, não é de hoje que se fala da necessidade da reforma e especialmente depois da redemocratização praticamente todos os Governos apresentaram algum projeto com esse intuito. Porém, tais projetos não tramitam e o tempo passa sem que se tenha uma solução (ORAIR & GOBETTI, 2018).

2.2.1. OS MAIORES ENTRAVES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO

Dentre os maiores entraves do sistema tributário brasileiro está a elevada carga tributária que passa de um terço do Produto Interno Bruto (PIB) que por sua vez acaba afugentando investidores e afeta diretamente as pequenas empresas e a classe média, bem como os menos favorecidos (MUNHOZ *et al*, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Além disso, essa elevada carga tributária não se converte em retorno para o contribuinte, uma vez que a ineficiência da arrecadação e má distribuição dos tributos coletados não contribui para a diminuição da desigualdade no país. Por conseguinte, essa elevada carga tributária se converte em uma barreira ao desenvolvimento econômico e social, além de servir como desculpa para a sonegação que ainda é muito grande no Brasil. De acordo com o que escreve (DAUFEMBACK, 2016, p. 21).

> No Brasil a carga tributária é medida pelos tributos que são efetivamente arrecadados, sem considerar a sonegação, o que torna o dado ainda mais valioso pois se fosse considerada a sonegação, a carga tributária brasileira seria ainda maior

Não obstante, se nota que a carga tributária vem sendo sucessivamente elevada sem que isso reflita qualquer melhoria para a população contribuinte (PRADO, 1999).

Outro problema sério em relação ao atual sistema tributário nacional e o chamado "custo Brasil", que nada mais é do que a soma do custo de produção, aliada a elevada carga tributária e os prejuízos causados pela sonegação fiscal (CUNHA *et al*, 2017).

Deste modo, o custo Brasil acaba por tornar os produtos brasileiros muito menos competitivos e atraentes gente ao mercado externo implicando diretamente na balança comercial que por sua vez não cresce a taxas que poderia se o sistema tributário fosse mais eficiente (SALTO, 2019).

Salienta-se, que boa parte do custo Brasil provém do fato de que os tributos nacionais incidem em sua maioria no consumo refletindo direto no custo de produção que obviamente aumenta tornando-se um empecilho ao desenvolvimento industrial (ORAIR & GOBETTI, 2018).

Outrora, não se pode deixar de falar da sonegação fiscal no Brasil que sem sombra de dúvidas é muito alta e, por conseguinte afeta diretamente a arrecadação de tributos ao passo que também contribui para a elevação da carga tributária. A sonegação fiscal é um problema histórico no Brasil e com o passar dos anos vem se agravando cada vez mais, inclusive sendo um dos fatores chave no que se refere ao aumento da carga tributária (MOLZ *et al*, 2007).

Por sua vez, de acordo com (MUNHOZ *et al*, 2020) a sonegação não apenas rouba os cofres do Estado como também castiga o cidadão de bem, visto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que diminui o montante de recursos que poderiam ser aplicados para diminuir a desigualdade e incentivar o crescimento econômico.

Não obstante, segundo o que escreve (SALTO, 2019) a questão da sonegação fiscal no Brasil não se resolve porque encontra respaldo na falta de fiscalização dos entes estatais, bem como na impunidade que a maioria dos sonegadores usufrui vez que muitos dos processos não chegam se quer a serem instaurados, ou quando os sãos terminam em acordos ou arquivamentos que acarretam na sensação de impunidade que se configura em incentivo para que outros venham também a praticar esse crime. Conforme escreve (DAUFEMBACK, 2016, p. 27):

> A ocorrência de sonegação no país está cada vez mais visível. Os jornais tratam desse assunto e mencionam a concorrência desleal que atinge o setor privado. A complexidade do STN e a falta de mecanismos para fiscalização contribuem para a sonegação.

Sendo assim, se pode argumentar que para que realmente se possa combater o problema da sonegação fiscal se faz necessário que haja um esforço conjunto dos entes estatais não apenas para fiscalizar o sistema tributário de maneira mais ágil e eficiente, como também punir aqueles que insistem em sonegar (MUNHOZ *et al*, 2020).

Além disso, a própria população precisa se conscientizar de que ao sonegar impostos está roubando a si mesma, já que tais recursos poderiam ser aplicados na melhoria da educação, saúde, bem como na diminuição da desigualdade gigantesca que se vive no Brasil (ORAIR & GOBETTI, 2018).

Não menos importante se mostra a questão do Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) que é cobrado pelos Estados e ao longo dos anos se converteu na sua maior fonte de arrecadação (SALTO, 2019).

O principal problema relacionado ao ICMS é que cada ente federado tem competência para estabelecer a maneira como é bem como a alíquota a ser recolhida, podendo ainda estabelecer a isenção do mesmo a qualquer contribuinte como forma de benefício ou incentivo fiscal (PRADO, 1999).

Deste modo, o país conta com 27 legislações totalmente independentes que na prática geram uma grande confusão fiscal contribuindo para uma série de disputas entre os Estados que fazem uso do ICMS como instrumento de incentivo ao desenvolvimento econômico (DAUFEMBACK, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ademais, segundo o que ensina (DAUFEMBACK, 2016), por ser a fonte de arrecadação mais importante para os Estados esses não demonstram o menor interesse em que seja passível de reformulação o que sem sombra de dúvidas acaba por impor um grande obstáculo a qualquer tentativa de reforma tributária. Por quanto, se deve notar que enquanto não se discutir seriamente uma maneira de equilibrar as alíquotas e estabelecer regras claras para a concessão de incentivos o ICMS permanecerá um dos maiores entraves à reforma tributária (MOLZ *et al*, 2007).

Resultante direta das questões referentes à cobrança do ICMS surge outro grave problema no que se refere à questão da reforma tributária que é "guerra fiscal", ou seja, a redução ou diferenciamento na cobrança das alíquotas do ICMS (PRADO, 1999).

A guerra fiscal vem se tornando um problema cada vez maior especialmente porque os Estados vêm concedendo cada vez mais incentivos e deste modo acirrando os ânimos entre si. De maneira geral, a guerra fiscal não se converte em um problema para o Estado que a promove, contudo em âmbito nacional causa graves prejuízos ao desenvolvimento econômico e social (CUNHA *et al*, 2017).

Isso porque desequilibra o sistema tributário nacional e impede que sejam implantadas políticas de alcance global, deixando uma grande parte da população a mercê da própria sorte (MUNHOZ *et al*, 2020).

Consequentemente, se pode dizer que a guerra fiscal tem se convertido em um problema sério não apenas para a aprovação de uma reforma tributária como também no que diz respeito à diminuição e combate da desigualdade socioeconômica no Brasil (DAUFEMBACK, 2016).

2.2.2. A EMINENTE NECESSIDADE DE UMA REFORMA

Em face de todos os problemas que afetam o sistema tributário nacional fica claro que uma reforma não é apenas necessária como já deveria ter sido feita há muito tempo (SALTO, 2019).

Para (CUNHA *et al*, 2017) os obstáculos à reforma são muitos e difíceis de enfrentar, uma vez que envolvem interesses diversos, bem como questões políticas, trabalhistas, sociais e principalmente fiscais o que faz com que um tema de vital importância para o desenvolvimento do país seja sistematicamente ignorado.

Todavia, se tem notado que a situação está chegando a um ponto de ruptura que põe em risco a própria saúde fiscal do Estado Brasileiro e com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

globalização os mercados estão cada vez mais atentos a capacidade das economias de honrar os compromissos assumidos (DAUFEMBACK, 2016).

Ademais, como expõe (ORAIR & GOBETTI, 2018) com o aumento da dívida pública e a dificuldade do governo em manter o equilíbrio das contas tem gerado preocupações que repercutem diretamente no câmbio e na bolsa.

Assim sendo, se nota que dado o estado atual da economia tanto internacional como nacional se faz necessário que se dê andamento as discussões de uma reforma que possa no mínimo proporcionar instrumentos para que o Estado seja capaz de equilibrar as contas e honrar os seus compromissos, mesmo que para tanto as medidas mais polêmicas sejam implementadas posteriormente (MOLZ *et al*, 2007).

Sem sombra de dúvidas a questão é muito complexa e demanda uma série de discussões que possam contemplar todos os interesses e encontrar a melhor maneira de atender as necessidades de equilíbrio orçamentário, além de garantir as condições para o desenvolvimento econômico e ainda auxiliar na diminuição da desigualdade abismal que há tempos assombra e impede o crescimento sustentável da nação brasileira (CUNHA *et al*, 2017).

A DIMINUIÇÃO DA DESIGUALDADE E A JUSTIÇA FISCAL

Em face de tudo o que já foi dito acerca do sistema tributário nacional se pode notar claramente que além do mesmo não ser eficiente, também não é justo e tampouco contribui para a diminuição da desigualdade, inclusive tendo efeito contrário e contribuindo para uma concentração de renda cada vez maior (BALEEIRO, 2004).

No entanto, se deve ressaltar que a própria Constituição Federal em seu artigo 23, inciso X determina que o Estado tenha a obrigarão de promover a diminuição da desigualdade e neste sentido, se pode dizer que isso também deve ser feito através da aplicação dos tributos de maneira justa e em consonância com o princípio da isonomia, haja visto que nem todos os seguimentos da população detém as mesmas condições socioeconômicas e por isso merecem tratamento distinto. (ANDRADE, 2015).

Portanto, se faz necessária à realização de uma reforma tributária que não apenas torne p sistema mais justo e eficiente como vá de encontro a concentração de renda, proporcionando uma melhor distribuição dos recursos arrecadados a fim de diminuir a desigualdade no país (VIEIRA, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

JUSTIÇA FISCAL

Todo e qualquer sistema tributário tem como princípio primordial a justiça fiscal, por quanto no Brasil esse princípio parece ter sido propositalmente ignorado, uma vez que, jamais se levou em conta as peculiaridades da sociedade e o fato de que a desigualdade é um problema crônico o que culminou no cenário atual onde a justiça fiscal não passa de um conceito, neste sentido (ANDRADE, 2015, p. 04):

> Entende que um sistema tributário mais justo tende a proporcionar menor grau de concentração de renda. Nessa seara sobreleva-se o princípio tributário da capacidade contributiva, explicitado no art. 145 da Constituição Federal. Segundo essa norma, sempre que possível a tributação deve ser graduada conforme a capacidade econômica, ou seja, o valor do tributo cobrado deve ser proporcional à riqueza do contribuinte.

Por conseguinte, se pode argumentar que uma reforma tributária para ser realmente efetiva tem de considerar o fato de que se faça justiça àqueles que contribuem. Isso porque no atual sistema existem graves falhas que acabam por onerar muito mais os menos privilegiados causando distorções absurdas que são um dos principais combustíveis para o aumento sistemático da carga tributária nacional (VIEIRA, 2014).

Deste modo, segundo (LIMA, 1999) a introdução de um novo sistema que leve em conta não apenas a desigualdade como também o princípio da isonomia é imprescindível para que se possa alcançar um grau mínimo de justiça fiscal.

Todavia, para que se possa busca a justiça fiscal é preciso que exista um interesse conjunto de políticos, empresários e sociedade civil, visto que os tributos são cobrados de todos. Porém, com tantos interesses conflitantes em jogo se torna muito complicado conseguir chegar a um entendimento comum e a reforma não avança (ANDRADE, 2015).

Não obstante, se pode argumentar que para se fazer justiça fiscal de verdade se faz necessário repensar o sistema de modo que os tributos sejam cobrados de modo progressivo a fim de realmente se recolher mais dos mais riscos e menos dos mais pobres equilibrando o sistema e equalizando a carga tributária. Ademais, as isenções de impostos e transferências de renda devem ser revistas e melhor distribuídas (BALEEIRO, 2004).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Além disso, são necessárias medidas que coloquem em prática o princípio da isonomia, tendo em vista a desigualdade histórica que tem deixado grande parte da população à margem do alcance estatal, o que criou um abismo entre aqueles que estão no topo da pirâmide e os que compõem a sua base contribuindo para o aumento exacerbado da carga tributária (LIMA, 1999).

O COMBATE À DESIGUALDADE ATRAVÉS DA REFORMA

Para se combater a desigualdade através da tributação é imprescindível que se tenha um sistema tributário eficiente, justo e inteligente, isso porque existem diferentes tipos de tributos e técnicas distintas de tributação que se aplicadas de maneira correta podem proporcionar a melhoria da arrecadação sem aumentar a carga tributária (LIMA, 1999).

Deste modo, se tem as técnicas de arrecadação que podem ser aplicadas e se dividem em três que são a progressividade, a proporcionalidade e a seletividade.

A progressividade consiste basicamente na aplicação de alíquotas variáveis a bases de cálculo também variáveis o que permite onerar mais a maior riqueza e incide sobre impostos diretos. Já, a proporcionalidade implica em aplicar uma alíquota uniforme e invariável a uma base de cálculo variável, consequentemente o valor da oneração depende do valor da base de cálculo. Enquanto, que a seletividade incide sobre a produção e consumo onde a alíquota varia de acordo com a superfluidade do bem (VIEIRA, 2014).

Conforme o que expõe (BALEEIRO, 2004) tratadas as técnicas de tributação se pode agora falar das que melhor se adéquam a um sistema que busque diminuir a desigualdade e neste sentido, se pode descartar a proporcionalidade, uma vez que essa técnica aplica a mesma alíquota a bases variáveis o que não contribui para a arrecadação justa e consequentemente impede a distribuição coerente dos recursos. No mesmo sentido (ANDRADE, 2015, p. 05) argumenta que:

> Com relação às técnicas apresentas coaduna-se com a doutrina que entende que a proporcionalidade, não é eficaz em termos distributivos, pois se a mesma alíquota é aplicada em bases variáveis, não há preocupação com a promoção da justiça fiscal.

Sendo assim, em face dos ensinamentos de (LIMA, 1999) restam à progressividade e a proporcionalidade. No caso da progressividade se entende que tal técnica possibilita não apenas que se promova a justiça fiscal, mas principalmente

contribua para a diminuição da desigualdade, já que através da implementação dessa técnica as camadas menos favorecidas da população possam recolher menos tributos e consequentemente disponham de mais recursos para atingir uma melhor condição de vida. Ademais, por se tratar de arrecadação direta a progressividade tem o potencial de diminuir a carga tributária, uma vez que distingue os contribuintes.

Sobretudo, conforme escreve (ANDRADE, 2015) a progressividade sozinha não é suficiente para promover a diminuição da desigualdade e para que possa ser realmente efetiva é vital que seja combinada com a seletividade que por sua vez incide sobre os tributos indiretos que ao invés do indivíduo afetam grupos de contribuintes. Neste sentido, entende-se que como a seletividade aplica-se ao consumo e produção as categorias menos privilegiadas possam ser beneficiadas com reduções e/ou isenções de impostos quando se faça necessário (BALEEIRO, 2004).

Portanto, se pode argumentar que a combinação entre as técnicas da progressividade e seletividades completadas pelo princípio da isonomia podem atuar de modo determinante para que uma reforma tributária seja ferramenta chave na diminuição da desigualdade bem como na promoção da justiça fiscal no Brasil (VIEIRA, 2014).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo o que foi exposto se pode perceber que a questão da tributação no Brasil sempre foi um problema, especialmente porque além de não ser eficiente o sistema é injusto e não promove a diminuição da desigualdade, inclusive contribuindo para a concentração de renda, uma vez que a falta de fiscalização incentiva à sonegação.

Ademais, nota-se também que a mesmo em face da necessidade iminente de reforma os interesses envolvidos dificultam o andamento do processo e as discussões são sempre deixadas para depois.

Contudo, não se pode perder a esperança especialmente porque a situação está chegando a um ponto de ruptura que ameaça a própria existência do sistema tributário nacional e isso está obrigando todos os envolvidos a discutir propostas de reforma.

Constata-se, então que a necessidade de reforma é, dito isso surgem outros questionamentos dente os quais um dos que se destaca é como essa reforma pode contribuir para a diminuição da desigualdade e a promoção da justiça fiscal. Neste sentido, entende-se que a reforma pode ser um instrumento muito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

importante, contudo desde que sejam levados em o princípio da isonomia, bem como as técnicas de arrecadação da progressividade e seletividade.

Por conseguinte, observados esses elementos e uma vez colocados em prática existe uma grande possibilidade de que o sistema possa se tornar mais justo e contribuir de uma forma contundente para a diminuição da desigualdade no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Jucilaine A. de. **Reforma tributária no Brasil e seus impactos na redução da desigualdade: uma análise das propostas de emenda à constituição sob a perspectiva da justiça.** Revista Eletrônica Gestão & Sociedade. v. 09, n.22. 2015.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. Atualização de Dejalma de Campos. 16º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CUNHA, Paulo Józimo S. T *et al*. **Reforma tributária.** 2017. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=83011665EF2A FE528

18844684D7D4776.proposicoesWebExterno1?codteor=540729&filename=PEC+233/2008> Acesso em: 04 de março de 2021.

DAUFEMBACK, Sarita Ferreira. **Reforma tributária: Uma abordagem geral do Projeto de lei quanto ao imposto sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS.** Universidade do extremo sul catarinense – UNESC. Criciúma. 2016.

FERREIRA, Luiz Carlos. **Evolução histórica da tributação no Brasil e algumas sugestões para a reforma tributaria**. Pontífice universidade católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo. 2012.

JUNQUEIRA, Murilo de Oliveira. **O nó tributário: Por que não se aprova uma reforma tributária no Brasil**. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2010.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes**. Reflexão sobre tributação e reforma tributária no Brasil.**

Planejamento e políticas públicas. 1999.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. **Reforma Tributária no Brasil: entre o ideal e o possível**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília. 1999. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0666.pdf> Acesso em 03 de março de 2021.

MACHADO, Carlos Henrique & BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **A reforma tributária como instrumento de efetivação da justiça distributiva: uma abordagem histórica**. Sequência.

Florianópolis. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Reforma tributária**. Ceará. 2003.

MOLZ, Catiuscia *et al*. **Explanações sobre a reforma tributária no Brasil**. Universidade Federal de Santa Maria. Santa Maria. 2007.

MUNHOZ, Augusto Rodrigues *et al*. **Reforma Tributária**. Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). São Paulo. 2020.

ORAIR, Rodrigo & GOBETTI, Sergio. **Reforma tributária no Brasil.** Novos estudos. CEBRAP. v. 37, n. 02. São Paulo. 2018.

PRADO, Sergio. **Guerra fiscal e políticas de desenvolvimento estadual no Brasil**. Revista Economia e Sociedade. Ed. 13. São Paulo: Campinas, 1999.

SALTO, Felipe. **Uma visão geral sobre a reforma tributária no Brasil.** Senado Federal. Brasília. 2019.

VASCOLCELOS, Renato Cesar Melo. **O sistema tributário brasileiro e suas perspectivas face à iminente reforma tributária.** Fundação Getulio Vargas (FGV). Caxias do Sul. 2002.

VIEIRA, Lucas Pacheco. **A partilha da receita das contribuições sociais entre todos os entes federados**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3:3352/a-partilha-dareceita-das-contribuicoes sociais-entre-todos-os-entes-federados> Acesso em 03 de março de 2021.

www.conteudojuridico.com.br

OS DIREITOS DAS EMPREGADAS DOMÉSTICAS

ROSELITA BIANCHI DO CARMO: Bacharelanda em Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-paraná

RESUMO: O presente artigo aborda sobre a temática de direitos trabalhistas. Com isso, o objetivo geral dessa pesquisa é analisar a relevância dos direitos e garantias trabalhistas para a classe de empregadas domésticas, profissão ainda tão desvalorizada no meio social. No que se refere aos aspectos metodológicos, urge salientar que o referido artigo valeu-se da revisão bibliográfica, bem como de fontes secundárias, extraídas do meio eletrônico, para dar embasamento à pesquisa feita. Desse modo, a partir da pesquisa realizada, constatou-se que diversos são os direitos das empregadas domésticas, desde o FGTS ao salário-família e licença-maternidade. Por fim, infere-se que a observância desses direitos consagrados em diversos dispositivos do ordenamento jurídico vigente deve ser cumprida na realidade cotidiana dessas trabalhadoras e atualizada de acordo com a evolução social e demanda dessa classe ainda bastante explorada. Assim, poder-se-á vivenciar, na prática, o direito ao trabalho de uma forma digna.

Palavras-chave: direitos. Empregadas domésticas. Trabalho.

ABSTRACT: This article deals with the theme of labor rights. Thus, the general objective of this research is to analyze the relevance of labor rights and guarantees for the class of domestic workers, a profession that is still so undervalued in the social environment. With regard to methodological aspects, it is urgent to point out that the referred article used the bibliographic review, as well as secondary sources, extracted from the electronic medium, to support the research done. Thus, from the research carried out, it was found that the domestic servants' rights vary from FGTS to family allowance and maternity leave. Finally, it is inferred that the observance of these rights enshrined in various provisions of the current legal system must be complied with in the daily reality of these workers and updated in accordance with the social evolution and demand of this class that is still widely explored. Thus, one can experience, in practice, the right to work in a dignified way.

Keywords: rights. Domestic servants. Work.

Introdução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal de 1988 – normas de maior hierarquia no ordenamento jurídico – assegura a todos o direito a um trabalho digno. Nesse sentido, a observância das garantias empregatícias se faz imprescindível para a vivência de tal direito. Com efeito, faz-se oportuno avaliar tal temática na contemporaneidade.

Sendo assim, especialmente no contexto atípico vivenciado por todo o mundo, nota-se que muitos foram os entraves econômicos relacionados à garantia dos direitos das empregadas domésticas, que muitas vezes tiveram seus direitos laborais suprimidos sob a justificativa do período pandêmico. Logo, analisar esses direitos se mostra de extrema importância para seu cumprimento na realidade cotidiana dessas mulheres.

Com isso, o objetivo geral desse artigo é analisar quais são os direitos das empregadas domésticas. No que tange aos aspectos metodológicos, a presente pesquisa se valeu da revisão bibliográfica para dar embasamento às considerações feitas. Para tanto, considerando esta como uma investigação cuidadosa com avaliação crítica e síntese das informações selecionadas, foi sintetizada evidências relacionadas ao tema específico abordado nesse trabalho.

Assim, a revisão bibliográfica para referida pesquisa consistiu na utilização de livros e artigos acadêmicos relativos ao tema encontrados, bem como dados secundários extraídos do meio eletrônico, a exemplo de sites confiáveis que versam sobre a temática.

Desenvolvimento

Em uma primeira análise, é preciso compreender que a profissão de empregada doméstica no Brasil sempre foi desvalorizada. Todavia, considerada por muitos uma profissão desprezível, mas que demanda grandes esforços mediante uma sociedade excludente, os direitos trabalhistas dessas mulheres começaram a ser pauta das legislações que versam sob o Direito de Trabalho, com o intuito de que as singularidades dessa profissão fossem levadas em conta na proteção da jornada laboral.

Corroborando tal tese

> No ano de 2013 foi sancionada a Emenda Constitucional 115 considerada por muitos como a nova “abolição”, um marco na história do reconhecimento dos direitos sociais das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> trabalhadoras no Brasil, pois equipara a relação de trabalho dos serviços domésticos à relação de outros tipos de trabalho, garantindo os mesmos direitos trabalhistas e sociais para as empregadas domésticas que já estavam garantidos aos demais trabalhadores assalariados do Brasil (GIRARD-NUNES; SILVA, 2013, p. 587).

Dessa forma, seus direitos são:

> Salário mínimo, Jornada de Trabalho, Hora extra, Banco de Horas, Remuneração de horas trabalhadas em viagem a serviço, Intervalo para refeição e/ou descanso, Adicional noturno, Repouso semanal remunerado, Feriados Civis e Religiosos, Férias, 13º salário, Licença-maternidade, Vale-Transporte, Estabilidade em razão da gravidez, FGTS, Seguro-desemprego, Aviso prévio, Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (GOVERNO FEDERAL, 2017).

Nessa perspectiva, o salário mínimo corresponde ao valor estabelecido, a nível federal, para ser pago aos trabalhadores. Todavia, alguns Estados adotam valores maiores que o preconizado, sendo dever do empregador observar a legislação para que a empregada doméstica receba a devida quantia.

Com relação à jornada de trabalho, é importante se atentar para o que dispõe a Constituição Federal vigente, sendo o máximo permitido de 44 horas semanais e 8 horas por dia. Assim,

> Os empregados domésticos podem ser contratados em tempo parcial (Jornada Parcial), assim trabalhando em jornadas inferiores às 44 horas semanais e recebem salário proporcional à jornada trabalhada, neste caso devem obedecer as regras da Jornada Parcial (Máximo de 25h semanais).
>
> A Lei Complementar nº 150, de 2015 estabelece a obrigatoriedade da adoção do controle individual de frequência. Além disso, a jornada deve ser especificada no contrato de trabalho, na carteira de trabalho – CTPS (NOLAR, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que tange à hora extra, a CF/88, em seu artigo 7º, parágrafo único, menciona que o adicional deve abranger, no mínimo, metade do valor da hora normal (ou seja, 50%). Somado a isso, ''O valor da hora normal do(a) empregado(a) é obtido pela divisão do valor do salário mensal (bruto) pelo divisor correspondente. Esse resultado [...] será multiplicado pelo número de horas trabalhadas'' (GOVERNO FEDERAL, 2017).

Igualmente, concernente ao banco de horas, a Lei Complementar 150/2015 aborda que:

> § 5o No regime de compensação previsto no § 4o:
>
> I - será devido o pagamento, como horas extraordinárias, na forma do § 1o, das primeiras 40 (quarenta) horas mensais excedentes ao horário normal de trabalho;
>
> II - das 40 (quarenta) horas referidas no inciso I, poderão ser deduzidas, sem o correspondente pagamento, as horas não trabalhadas, em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado, durante o mês;
>
> III - o saldo de horas que excederem as 40 (quarenta) primeiras horas mensais de que trata o inciso I, com a dedução prevista no inciso II, quando for o caso, será compensado no período máximo de 1 (um) ano.
>
> § 6o Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do § 5o, o empregado fará jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data de rescisão (BRASIL, 2015).

Ademais, tendo em vista que muitas empregadas domésticas prestam serviços para seus empregadores durante viagens, é preciso se atentar para o pagamento adicional de, no mínimo, 25% do valor da hora normal. No entanto, caso acordado entre as partes, pode-se ter a substituição do adicional pago pelo acréscimo das horas no banco de horas, usando a empregada tais horas como bem entender.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito ao tempo para descanso ou horário de refeição, esse deverá ser de, no mínimo, uma hora e, no máximo, duas horas – tendo em vista uma jornada laboral diária de oito horas. Contudo, há que se falar em outras normativas, a saber:

> Mediante acordo por escrito entre empregado e empregador, o limite mínimo de 1 hora pode ser reduzido para 30 minutos.
>
> Quando a jornada de trabalho não exceder de 6 (seis) horas, o intervalo concedido será de 15 (quinze) minutos.
>
> O empregado poderá permanecer na residência do empregador, durante o intervalo para repouso e alimentação.
>
> No caso de empregado que reside no local de trabalho, o período de intervalo poderá ser desmembrado em 2 (dois) períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo, uma 1 hora, até o limite de 4 quatro horas ao dia (NOLAR, 2021).

No que se refere ao adicional noturno, direito trabalhista de profissionais domésticos que trabalham no período da noite, nota-se que

> O empregador doméstico tem de pagar o adicional noturno aos empregados (as) domésticos (as) que trabalhem no horário noturno, assim entendido aquele que é exercido das 22h00min de um dia às 05h00min do dia seguinte. A remuneração do trabalho noturno deve ter acréscimo de, no mínimo, 20% (vinte por cento) sobre o valor da hora diurna.
>
> Além do pagamento do adicional noturno, o cômputo da quantidade de horas trabalhadas nesse horário é feito levando-se em conta que a hora dura apenas 52 minutos e 30 segundos. Isso significa, na prática, que sete horas contadas no relógio integralmente realizadas no período noturno correspondem a 8 (oito) horas trabalhadas.
>
> É importante lembrar que se o empregado prorrogar sua jornada, dando continuidade ao trabalho noturno, essa prorrogação será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> tida como trabalho noturno, mesmo o trabalho sendo executado após as 05h00min (GOVERNO FEDERAL, 2017).

O repouso semanal com remuneração, por sua vez, deve contemplar o mínimo de 24 horas ininterruptas, sendo, de forma preferencial, aos domingos. Aliado a tal fato, a remuneração deve abranger feriados, tendo a legislação intuito de não deixar a empregada doméstica trabalhar por 7 dias seguidos.

Ainda, observando os feriados civis e religiosos (em nível municipal, estadual e federal), em conformidade com o artigo 9º, da Lei n.º 11.324/06 e artigo 9º da Lei n.º 605/49, os empregados domésticos devem receber o pagamento do dia dobrado, ou uma folga em algum outro dia da semana (Ibidem).

Relativo ao período de férias, os trabalhadores domésticos devem ser pagos no mínimo 2 dias antes do começo das férias – que tem como base o período de 30 dias. Elas podem também ser fracionadas em duas etapas (desde que em períodos não inferiores a quatorze dias). Além do mais, as férias devem ser remuneradas.

> [...] Com, pelo menos, 1/3 (um terço) a mais que o salário normal, após cada período de 12 (doze) meses de serviço prestado à mesma pessoa ou família, contado da data da admissão (período aquisitivo).
>
> O período de concessão das férias é fixado a critério do empregador e devem ocorrer-nos 12 (doze) meses subsequentes ao período aquisitivo (após completar 12 meses) (NOLAR, 2021).

Também é importante ressaltar que, caso a empregada doméstica queira, será possível converter um terço das férias em abono pecuniário. Ao se ter a rescisão de contrato, a mesma poderá gozar do pagamento referente às férias proporcionais, desde que não demitida por justa causa (Ibidem).

O décimo terceiro salário deve ser concedido, a primeira parcela, entre fevereiro e novembro (sendo sua quantia 50% do valor do mês anterior), enquanto a segunda parcela deve ser paga até o vigésimo dia do mês de dezembro, já tendo sido considerada a primeira parcela.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No tocante à licença-maternidade, que abrande o parto, guarda concedida pela via judicial ou adoção, e independente do tempo de trabalho prestado, é relevante destacar o que dispõe o artigo 7º, parágrafo único da CF/88, sendo concedido à doméstica o período de 120 dias.

Igualmente, tem-se que ‘‘em caso de parto antecipado, a segurada terá direito aos 120 dias. No caso de aborto não criminoso, a empregada doméstica tem direito a um afastamento de 15 dias, o qual deverá ser requerido perante o INSS’’ (GOVERNO FEDERAL, 2017).

Já o vale-transporte se relaciona com o deslocamento feito pelo empregado doméstico para se dirigir ao serviço, devendo o mesmo declarar a quantidade necessária de vales ao empregador, sendo possível trocar tais vales pela remuneração em dinheiro.

Ao se falar em estabilidade devido à condição de gravidez, o artigo 25 da Lei Complementar nº 150/2015 dispões que a empregada não poderá ser dispensada desde a constatação da gestação até o prazo de cinco meses após o nascimento da criança.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, conhecido como FGTS, também deve abranger as empregadas domésticas, sendo recolhido o total de 8% da remuneração paga às trabalhadoras, por meio do DAE - Documento de Arrecadação do eSocial.

Ainda, o seguro-desemprego também é válido para essas profissionais, sendo pagas três parcelas com a quantia de um salário-mínimo cada. Para tanto, é preciso se atentar para que a solicitação ocorra entre sete e noventa dias da demissão, bem como a empregada deve apresentar certos documentos ao Ministério do Trabalho e Emprego. Por fim,

> O benefício do seguro-desemprego será cancelado, sem prejuízo das demais sanções cíveis e penais cabíveis:
>
> 1. Pela recusa, por parte do trabalhador desempregado, de outro emprego condizente com sua qualificação registrada ou declarada e com sua remuneração anterior;

2. Por comprovação de falsidade na prestação das informações necessárias à habilitação;

3. Por comprovação de fraude visando à percepção indevida do benefício do seguro-desemprego; ou

4. Por morte do segurado (Ibidem).

Para receber o salário família, é preciso que os empregados domésticos comprovem, por meio da certidão de nascimento, a existência de filhos com até 14 anos de idade. No tocante ao aviso prévio, partindo esse da parte empregadora,

> A cada ano de serviço para o mesmo empregador, serão acrescidos 3 (três) dias, até o máximo de 60 (sessenta) dias, de maneira que o tempo total de aviso prévio não exceda de 90 (noventa) dias.
>
> No pedido de demissão, o empregado tem de avisar ao seu empregador com antecedência mínima de 30 dias.
>
> No pedido de demissão, o empregado tem de avisar ao seu empregador com antecedência mínima de 30 dias. Não há o acréscimo de 3 (três) dias para cada ano de tempo de serviço.
>
> A contagem do prazo do aviso prévio se inicia no dia imediatamente posterior ao da comunicação.
>
> No caso de dispensa imediata, ou seja, sem a concessão do aviso prévio, o empregador deverá efetuar o pagamento relativo aos dias do aviso-prévio, conforme acima descrito, computando-os como tempo de serviço para efeito de férias e 13º salário.
>
> Quando for exigido o cumprimento do aviso, a jornada do empregado deverá ser reduzida em 2 (duas) horas diárias ou o empregado pode escolher trabalhar a jornada diária normal, sem a redução das 2 (duas) horas diárias, e faltar ao trabalho por 7 (sete) dias corridos, ao final do período de aviso concedido, sem prejuízo do salário integral.
>
> Para a falta de aviso-prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao respectivo prazo (NOLAR, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por último, a garantia da relação de emprego consiste no recolhimento, mês a mês, de 3,2% do valor da remuneração da empregada doméstica pelo seu empregador. Nesse sentido, ocorrendo demissão por culpa recíproca, ambas as partes dividirão de metade, o valor acumulado, na medida em que a demissão por justa causa/a pedido da empregada, essa quem receberá a quantia depositada. Já no caso de rescisão de contrato, o valor deverá ser sacado pela parte que empregou.

Considerações Finais

A partir do que foi explanado, tendo como base a metodologia pautada na revisão bibliográfica e dados secundários, contempla-se que a observância dos direitos trabalhistas para uma classe historicamente desvalorizada é de suma importância para o resguardo das devidas garantias – sobretudo no contexto pandêmico, em que há uma precarização do trabalho.

Ademais, o controle do cumprimento dos direitos das empregadas domésticas deve acompanhar a realidade social, bem como a evolução dos mercados, governos e humanidade.

Dessa forma, com base na análise de diferentes direitos garantidos ao longo de todo o ordenamento jurídico, desde a Constituição Federal de 1988 à Consolidação das Leis Trabalhistas, infere-se que o conhecimento acerca dos direitos dos empregados domésticos deve abranger a todos os indivíduos dessa categoria, haja vista que a informação ‘’(...) é a base para a formação crítica de um cidadão a respeito de tudo que interfere em seu bem-estar’’ (ALVES; ANDRELO; CABRAL, 2016, p. 49).

Logo, com uma boa comunicação, obediência às regras trabalhistas e atenção às necessidades do grupo de empregadas domésticas, será possível atender aos anseios do mercado competitivo hodierno, ter mais transparência nas relações laborais, estar em conformidade com o ordenamento jurídico, valorizar essa profissão e experimentar, na prática, o direito a um trabalho digno.

Referências:

ALVES; Mariana Carareto; CABRAL, Raquel; ANDRELO, Roseane. Reputação e direito à informação: a comunicado da mineradora Samarco no caso do acidente ambiental em Mariana (Minas Gerais, Brasil). **Revista Internacional de relaciones publicas,** Málaga, v. 6, n. 12, p. 43-64, 2016. Disponível em: http://revistarelacionespublicas.uma.es/index.php/revrrpp/article/view/416. Acesso em: 18 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 maio 2021.

_____. Governo Federal. **Direitos do Trabalhador Doméstico**, mar. 2017. Disponível em: https://www.gov.br/esocial/pt-br/empregador-domestico/orientacoes/direitos-do-trabalhador-domestico. Acesso em: 18 maio 2021.

_____. **Lei Complementar n. 150 de 01.06.2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3o da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-complementar-150-2015.htm. Acesso em: 18 maio 2021.

DIREITOS da Empregada Doméstica – PEC das Domésticas**. Nolar,** 2021**.** Disponível em: https://www.nolar.com.br/direitos-da-empregada-domestica/. Acesso em: 18 maio 2021.

GIRARD-NUNES, Christiane; SILVA, Pedro Henrique Isaac. Entre o prescrito e o real: o papel da subjetividade na efetivação dos direitos das empregadas domésticas no Brasil. **Revista Sociedade e Estado,** Brasília, v. 28, n. 3, p. 587-606, set./dez. 2013. DOI: https://doi.org/10.1590/S0102-69922013000300007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000300007&lng=pt&tln g=pt. Acesso em: 18 maio 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O NÍVEL DE COGNIÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA RELATIVO À PROFUNDIDADE DE ANÁLISE NAS DELIBERAÇÕES EM SITUAÇÕES FLAGRANCIAIS

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL).

TRISTÃO ANTONIO BORBOREMA DE CARVALHO[1]

(coautor)

Introdução

Todo poder implica responsabilidade. Nesse norte, o Delegado de Polícia é instado, na solução de casos penais apresentados, a decidir sobre a autuação em flagrante delito de pessoas conduzidas, ordinariamente por agentes da autoridade policial. Referida função deliberativa sobre o direito ambulatorial é de elevada complexidade técnico-jurídica e merecedora de recorte mais aprofundado.

Diante da captura e condução de suspeitos de delitos e fatos potencialmente flagranciais, compete ao Delegado de Polícia, com reduzido tempo, e se valendo, não raras vezes, de apenas a versão informal dos protagonistas – policiais, vítimas e conduzidos – deliberar se adotará a restrição da liberdade (decretando a prisão em flagrante), ou mesmo elaborando uma portaria para delinear quais diligências complementares devem ser tomadas para a solução e apuração da verdade atingível, com seu vindouro esgotamento.

Nesse cenário, vem à balha, se a dúvida surgida na interpretação do fato apresentado e seus nuances (após exaurimento de todos os recursos informativos disponíveis) tem o condão de impedir a autuação em flagrante (com a imediata devolução da efêmera privação de liberdade gerada pela captura) ou lavrar a peça coercitiva, submetendo-o ao posterior crivo judicial.

Do exame sobre a prisão flagrancial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste pórtico, o art. 301, do CPP pontua que "qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito".

Dando sequência, o art. 302, do CPP elenca as hipóteses de prisões flagranciais:

> CAPÍTULO II
>
> DA PRISÃO EM FLAGRANTE
>
> Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.
>
> Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
>
> I - está cometendo a infração penal;
>
> II - acaba de cometê-la;
>
> III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
>
> IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Superadas as hipóteses de flagrantes existentes que devem ser avaliadas e levada em conta para fins de aferir o **nível de cognição do delegado de polícia relativo à profundidade de análise nas deliberações em situações flagranciais**, compete ainda avançarmos sobre o art. 304 do CPP.

Com isto, o art. 304 do Código de Processo Penal parametriza parcela protocolar da prisão flagrancial, noticiando que "apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso". Ademais, o dispositivo, em sua redação alude que "em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Daí advém a primeira problemática. Nestas circunstâncias, em havendo a dúvida pelo delegado de polícia em sua deliberação, esta deve militar em favor da sociedade ou do conduzido no momento da análise da situação flagrancial?

A pauta não é lateral. É central no cotidiano das Autoridades Policiais, conquanto haja carência de maiores esclarecimentos doutrinários e jurisprudenciais.

À luz do disposto no artigo 304§1º do CPP, ou seja, após a apresentação do preso à autoridade e, lavrado o auto, deve verificar a fundada suspeita contra o conduzido em virtude das respostas dadas, para recolhê-lo à prisão ou fixar a fiança criminal.

Mas o que é fundada suspeita?

O art. 244, do Código de Processo Penal reza que:

> "A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando **houver fundada suspeita** de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar".

MARCELO DE LIMA LESSA assim pontua:

> "mera suspeita é o "talvez seja". Suspeita é o que "parece ser". Ambas são frágeis e indicam suposições ou simples desconfianças. De outra banda, a fundada suspeita (exigida pela nossa lei) é o "tudo leva a crer" (...)baseia-se em elementos concretos e seguros, idôneos, não se confundindo sequer em tese, com a simples suspeição (parece ser, acredito que seja, acho que seja etc). (A Independência Funcional do Delegado Paulista, 1ª ed. Acadpesp, 2012, p. 12).

GUILHERME DE SOUZA NUCCI procurando definir a fundada suspeita menciona que é um:

> "[...] requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadoras de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente". (grifo do autor) (NUCCI, 2008, p. 501)".

AURY LOPES JUNIOR defende não ser possível criar uma definição exata de definição sobre fundada suspeita abordando que:

> "Mas o que é "fundada suspeita"? Uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial. [...] Trata-se de um ranço autoritário de um Código de 1941. Assim, por mais que se tente definir a "fundada suspeita", nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 739)".

A terminologia "fundada" elencada no Código de Processo Penal, não está ali por qualquer motivo. O agente policial não pode abordar apenas porque suspeitou de alguém subjetivamente. Esta suspeição derivada deve ser fundada, ou seja, deve haver uma percepção do policial lastreada em critérios objetivos, de que a pessoa sobre a qual recai a suspeita esteja de posse dos elementos elencados no artigo 240 do Código de Processo Penal, já mencionados alhures.

O Supremo Tribunal Federal, sobre a pauta no Recurso em Sentido Estrito nº 81.305-4 (BRASIL, 2001), já decidiu no sentido de exigir elementos concretos na formação da fundada suspeita, como se segue:

> *"EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei.* ***A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do*** CPP***, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa.*** *Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. (grifo nosso)"*

A doutrina tradicional assevera que, ao receber o preso e as notícias a respeito do fato tido como delituoso, a autoridade policial deverá analisar estes e os elementos que colheu, com muita cautela, a fim de verificar se é hipótese de lavrar auto de prisão em flagrante. A prisão não implica, necessariamente, a lavratura do auto, podendo a autoridade policial, por não estar convencida da existência da infração penal ou por entender que não houve situação de flagrância, conforme a hipótese, dispensar a lavratura do auto, determinar a instauração de inquérito policial para apurar o fato ou apenas registrar boletim de ocorrência (doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete, extraída da obra Código de Processo Penal interpretado, 8ª Ed., São Paulo, 2001). Neste mesmo óculo:

> "a decisão sobre a lavratura do auto de prisão em flagrante é de exclusividade da autoridade policial. Vale dizer, que se a autoridade, após uma análise dos elementos existentes contra o conduzido, entender que a captura não se deu em estado de flagrância ou que o fato é penalmente atípico ou, também, que inexistem fundadas suspeitas contra o preso, não será confirmada a prisão, e, consequentemente, será o preso colocado em liberdade. Não pode, outrossim, nessa ordem de ideias, ser a autoridade obrigada a lavrar o auto de prisão em flagrante por quem quer que seja" (DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULYM Jorge Assaf, Curso de Processo Penal, 5ª ed. São Paulo, Forense, 2009, p. 190).

A esse propósito, caminha firme a jurisprudência:

> "compete privativamente ao Delegado de Polícia discernir, entre todas as versões que lhe forem oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrências em conflito, qual a mais verossímil e então decidir contra quem adotar as providências de instauração de inquérito ou autuação em flagrante" (TACRIM, Rel. Carvalho Neto, JUTACRIM 91/920). "a determinação da lavratura do auto de prisão em flagrante pelo delegado de polícia não se constitui em ato automático, a ser praticado diante de simples notícia de infração penal, visto que no sistema processual vigente tem o poder de decidir sobre a oportunidade ou não daquela peça (RT 679/351); "a autoridade policial goza de poder discricionário ao avaliar se efetivamente está diante de notícia procedente, ainda que em tese e que avaliados perfunctoriamente os dados de que dispõe, não operando como mero agente de protocolo, que ordena sem avaliação alguma, flagrantes ou boletins de ocorrência indiscriminadamente" (RJTACrim, 39/341).

No entanto, se diante da audição de todos os envolvidos, ainda persistir dúvida da autoridade policial, não elidindo a prática do delito, tampouco o confirmando, qual a postura a ser adotada pelo Delegado de Polícia?

Apresentaremos algumas situações exemplificativas para melhor compreensão:

- Exemplo 1- Um homem é apresentado pela Polícia Militar como indigitado autor de crime de furto de um televisor, momentos após os fatos; todavia, não é surpreendido com o objeto material, conquanto a vítima afirme, de forma segura, ser ele o autor, mesmo tendo biótipo comum e os fatos ocorridos no período noturno, com menor condição de visibilidade. O conduzido nega os fatos, sem comprovação de álibi naquele momento.

- Exemplo 2- Durante abordagem veicular rotineira, policiais abordam seus quatro ocupantes.No seu interior, no banco traseiro, havia 30 invólucros de cocaína que poderiam ter sido dispensados por qualquer um deles, tendo todos negado a propriedade da droga.

- Exemplo 3- Motociclista abordado com veículo com placas trocadas e chassi adulterado, sem confessar a autoria dos falsos constatados.

As três situações apresentadas fomentam dúvidas: teria a vítima se enganado, mesmo que de boa-fé (falsa memória)? Seria justo autuar em flagrante um caronista que nada tem relação com drogas apreendidas? Como afirmar que um sitiante rústico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que tem uma motocicleta baixada pelo DETRAN (sucata) apenas para trafegar na zona rural tinha ciência do ilícito de seu comportamento?

Para responder com saciedade, devem ser sopesados alguns pontos.

O primeiro ponto a ser observado é o critério de julgamento ou nível de cognição a ser enfrentado pelo Delegado de Polícia.

Dos níveis de cognição horizontal e vertical em prisão flagrancial

Kazuo Watanabe leciona que a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes , vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do judicium do julgamento do objeto litigioso do processo[1] [1] Da cognição no processo civil, ed. Revista dos Tribunais, 1987, p.41.

A cognição pode ser vertical ou horizontal: no primeiro caso (cognição vertical) versará sobre o grau de profundidade da análise da matéria probatória e de elementos informativos postas em sede flagrancial; será horizontal (cognição horizontal) quando se referir às matérias legais, constitucionais, convencionais e de critérios axiológicos de justiça que poderão ser valoradas na decisão em sede flagrancial.

Defendemos que do ponto de vista de cognição horizontal, compete ao Delegado de Polícia a análise de todos os substratos do conceito de crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), com todos os efeitos correlatos (erro de tipo, crime impossível, erro de proibição etc). Mas isso é objeto de análise peculiar, que foge aos objetivos deste trabalho.

Interessa-nos, nesses apontamentos, o aspecto vertical da cognição para, enfim, sanar os consectários da manutenção da dúvida quando ainda presente mesmo que esgotadas todas as oitivas e objetos apresentados no momento do ato decisório da suposta situação flagrancial.

Advogamos que o nível de cognição a ser alçado pelo Delegado de Polícia neste momento não é exauriente e sim de cognição sumária. Ou seja, não deve o Delegado de Polícia, neste átimo, debruçar-se de forma muito acurada na análise do enredo apresentado e elementos informativos correlatos a ponto de exigir-se um juízo de certeza.

O *standard* probatório e/ou de elemento informativo nessa etapa tem patamar vinculado à finalidade informativa, isto é, a função é proporcionar decisão jurídica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ancorada num juízo de alta probabilidade (mais que simples possibilidade e menor que juízo de certeza). O acertamento do caso penal, nesta etapa preambular finca-se nessa baliza.

Em outras palavras, compete ao Delegado de Polícia, neste caso, não um juízo de inevitável certeza, mas de alta probabilidade (elementos carreados todos no mesmo sentido) de que houve a prática de fato típico, ilícito e culpável não afetado por causa extintiva de punibilidade.

O delegado de polícia catarinense, Leonardo Marcondes Machado, sobre *standard* probatório e/ou de elemento informativo na prisão flagrancial invoca que:

> "Em que pese a enorme dificuldade, inclusive metodológica[xx], na construção de *standards* probatórios (ou informativos) racionais e operativos, esse é um desafio que deve ser enfrentado pela dogmática processual penal brasileira nos projetos de reforma da justiça criminal. Particularmente, por uma teoria crítica, que busque não apenas denunciar abusos, mas criar caminhos possíveis à redução do autoritarismo crescente nas diversas instâncias do sistema penal.
>
> A superação desse vácuo legislativo, que não é exclusividade nacional,[xxi] no sentido de prever regras com diferentes graus de suficiência probatória (ou informativa) para cada tipo de decisão tomada ao longo da persecução penal,[xxii] demanda, no entanto, uma epistemologia garantista[xxiii] exigente, fundada na presunção de inocência,[xxiv] como estratégia político-criminal de redução de danos (ou melhor: de dores).[xxv]
>
> Assim, no caso específico do procedimento flagrancial, a superação do espaço de indeterminação normativa e arbitrariedade concreta decorrente do sistema de "fundada suspeita", figura como importante mecanismo para a diminuição de injustiças criminais, especialmente a prisão indevida de pessoas inocentes.
>
> Muito embora não seja possível abolir por completo a seletividade estrutural dos processos de criminalização, o estabelecimento de um *standard* objetivo e elevado para a comprovação da proposição fática atinente à prisão em flagrante, compatível com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> os gravosos efeitos (ou consequências) dessa tomada de decisão pela autoridade policial, serviria à mitigação dos abusos penais com maior tutela das garantias individuais" (MARCONDES, 2020, p. 1).

Dos aspectos de dúvidas na prisão flagrancial

FERNANDO CAPEZ ensina que:

> "nesta fase vigora o princípio 'in dúbio pro societate', não podendo o delegado de polícia embrenhar-se em questões doutrinárias de alta indagação, sob pena de antecipar indevidamente a fase judicial de apresentação de provas; permanecendo a dúvida ou diante de fatos aparentemente criminosos, deverá ser formalizada a prisão em flagrante" (Curso de Processo Penal, 24ª edição, Saraiva, 2017, pag 328).

Noutro vértice, parca jurisprudência a respeito, parece caminhar em sentido oposto:

> "Autuação em flagrante pressupõe certeza absoluta da materialidade e autoria e a mínima dúvida desautoriza a lavratura do respectivo auto (RT 728/541)".

Diante do conflito de ideias, defendemos uma tese intermediária, senão vejamos:

- A dúvida deve ser valorada sob dois aspectos: séria e fundada (militando em favor do conduzido) ou simplesmente apresentada como mera tese - possibilidade de menor probabilidade de ocorrência - (inclinando-se em favor da sociedade).

- Se a dúvida for séria e fundada, a melhor postura seria a não decretação da prisão em flagrante, mediante elaboração de portaria inaugural, delineando a rota investigatória com as diligências a serem futuramente observadas.

- Se a dúvida representar apenas uma tese defensiva de pouca probabilidade à luz das circunstâncias fáticas, de bom alvitre a decretação da prisão em flagrante delito.

Destarte, a depender da sua classificação, a postura da autoridade policial deve ser diversa.

Não há uma regra matemática, tampouco artifício apto a escapar de uma análise casuística, tendo sempre como premissa as informações que são proporcionadas no momento da apresentação do caso.

A apuração do fato aparentemente criminoso por meio de portaria não desnatura a reta apuração do fato, desde que diligências complementares e possíveis sejam aptas a melhor delinear os fatos e proporcionar ao Delegado uma visão mais segura, ampla e adequada.

Os exemplos apresentados acima lá atrás proporcionam materializar as seguintes proposições:

- Exemplo 1: caso o conduzido, sem antecedentes criminais, alegue álibi e apresenta fontes de prova a serem disponibilizadas em momento posterior (como checagem de filmagens, audição de testemunha não presente ao plantão) é decisão razoável a apuração do fato mediante portaria.

- Exemplo 2: se todos negam os fatos e apresentam versões conflitantes, sendo todos não moradores no município onde ocorreu a abordagem, a solução mais prudente seria a autuação de todos, pois transportavam o objeto material.

- Exemplo 3: se o abordado, com péssima biografia criminal e comerciante de carros, com bom nível de esclarecimento intelectual, nega a adulteração dos caracteres do veículo, mas alega não possuir documentação do veículo e adquiriu de desconhecidos, reputamos a atitude mais prudente a autuação em flagrante pelo crime de receptação dolosa própria (pois conduzia coisa produto do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor).

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, estabelecer, de modo apriorístico, o papel da dúvida no momento decisional da Autoridade Policial é manietar seu poder na interpretação do fato e da norma. Enfraquece seu perfil valorativo. É dizer: ao conferir a atribuição e análise casuística para melhor delinear os fatos, especificando a natureza e grau de dúvida haurida de sua avaliação, confere uma decisão mais justa e homenageia a formação jurídica da carreira de Delegado de Polícia. Por isto, o nível de cognição horizontal e vertical deve ser levado em conta, além de outras abordagens quanto às dúvidas e aplicação dos princípios do "in dubio societate" ou do "in dubio pro reo".

Referências bibliográficas:

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 24ª edição, Saraiva, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULYM Jorge Assaf, **Curso de Processo Penal**, 5ª ed. São Paulo, Forense, 2009.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Standard informativo da prisão em flagrante. **Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/academia-policia-standard-informativo-prisao-flagrante>>. 28 de julho de 2020.**

LOPES JUNIOR, A. **Direito Processual Penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, G. de S. **Manual de processo penal e execução penal**. 4º. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, ed. Revista dos Tribunais, 1987.

[1] Delegado de Polícia no estado do Paraná desde o ano 2009. Ex-Delegado de Polícia Civil do estado de São Paulo (aprovado em primeiro lugar). Professor concursado de Direito Penal da Academia de Polícia Civil do estado de São Paulo: Dr. Coriliano Nogueira Cobra).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROTEÇÃO DE DADOS E O IMPACTO DA LGPD NAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

SIMONE BARBOSA DE AQUINO MARINHO: Bacharelanda em Direito; Formada em Administração de Empresas; Pós-graduada em Administração do Agronegócio.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES

(orientador)

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei 13.709/2018, tem como objetivo regulamentar a proteção de dados pessoais pelas empresas. A LGPD visa diminuir a assimetria informativa entre os titulares e os controladores da coleta de dados, no que diz respeito às finalidades de uso das informações coletadas. A lei define direitos das pessoas, como acesso aos seus dados em poder do controlador, a possibilidade de retificá-los em caso de erros, a portabilidade para outra organização, além da revogação do termo de consentimento. A Lei busca um equilíbrio entre a proteção à privacidade e o uso de dados pessoais, baseados nos novos modelos de negócios**.** O setor financeiro já possui um ambiente de proteção robusto e a criação da LGPD trouxe consigo uma visão diferente para o cenário regulatório. Em alinhamento com as expectativas internacionais, à medida que cresce o uso de tecnologias de processamento de dados, se tornando cada dia mais uma ferramenta dos nossos direitos e de nossas liberdades, a proteção de dados é fruto de amadurecimento, da evolução da sociedade, da evolução do homem.

Palavras-chave: Proteção de dados. Privacidade. LGPD. Dados Pessoais.

Abstract: The General Data Protection Law (LGPD), Law n° 13.709 / 2018, aims to regulate the protection of personal data by companies. The LGPD aims to reduce the information asymmetry between data collection holders and controllers, regarding the purposes of using the information collected. The law defines people's rights, such as access to their data held by the controller, the possibility of rectifying them in case of errors, the portability to another organization, in addition to the revocation of the consent form. The Law seeks a balance between protection of privacy and the use of personal data, based on new business models. The financial sector already has a robust protection environment and the creation of the LGPD brought with it a different view of the regulatory landscape. In line with international expectations, as the use of data processing technologies grows, becoming more and more a tool of our rights and freedoms, data protection is the result of maturity, the evolution of society, and the man's evolution.

Keywords: Data protection. Privacy. LGPD. Personal data.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve relato histórico da proteção de dados no Brasil. 3. LGPD: Definição, fundamentos e âmbito de aplicação. 4. Direitos do titular de dados. 5. Encarregado sobre o tratamento de dados pessoais – DPO. 6. Regulamentação e fiscalização. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. Introdução

Atualmente, mais de 126 países no mundo possuem leis para a proteção de dados pessoais. A proteção de dados é uma questão de preocupação constante. Em busca de consolidar-se no mercado e aumentar suas receitas, muitas empresas coletam dados e tratam da forma que lhes convém, haja vista não existir uma política efetiva de proteção e tutela desses dados.

A lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, tratou de forma muito superficial a questão da proteção de dados pessoais. No campo da tutela de direitos na internet continuou existindo um vácuo jurídico muito grande, pois não havia um diploma legal específico que tratasse a respeito da proteção de dados pessoais.

A LGPD foi discutida por oito anos no Brasil e aprovada em regime de urgência, após debates que surgiram em torno da GDPR (General Data Protection Regulation ou Regulamentação Geral de Proteção de Dados), criada pela União Europeia (UE), e pela polêmica sobre o vazamento de dados pessoais do Facebook, que se tornou público no começo de 2018.

A LGPD visa diminuir a assimetria informativa entre os titulares e os controladores da coleta de dados, no que diz respeito às finalidades de uso das informações coletadas. A lei define direitos das pessoas, como acesso aos seus dados em poder do controlador, a possibilidade de retificá-los em caso de erros, a portabilidade para outra organização, além da revogação do termo de consentimento. Entre seus objetivos destacam-se: a Proteção à privacidade; Liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; Inviolabilidade da intimidade, honra e da imagem; Desenvolvimento econômico, tecnológico e inovação; Livre iniciativa, livre concorrência e a defesa do consumidor; Direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania.

O Banco Central define o sistema financeiro como "conjunto de instituições financeiras e instrumentos financeiros que visam transferir recursos dos agentes econômicos (pessoas, empresas, governo) superavitários para os deficitários." O setor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

financeiro é composto por instituições do mercado monetário, mercado de crédito, mercado de capitais, instituições de câmbio e, mais recentemente, também as *fintechs*.

O setor financeiro já possui um ambiente de proteção robusto e a criação da LGPD trouxe consigo uma visão diferente para o cenário regulatório. A regra geral do sistema financeiro é a conservação do sigilo dos dados pessoais e bancários do cliente, como por exemplo, o perfil de crédito, os ativos e dívidas do indivíduo, os quais necessitam de uma proteção maior, pois são questões que interferem diretamente na economia e na vida do cidadão. O estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica utilizando o método dedutivo na avaliação das informações. Utilizou-se como base de dados artigos, livros, teses e periódicos, bem como as informações levantadas em estudos já produzidos sobre o assunto.

Dessa forma, o objetivo desse estudo é descrever sobre o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados nas Instituições Financeiras no ambiente de proteção de dados.

2. Breve relato histórico da proteção de dados no Brasil

É importante compreender como a privacidade tornou-se um direito fundamental, sujeito à proteção pelo estado jurisdicional, tornando-se ainda mais avultoso com o avanço da tecnologia. O que nos permitirá entender as razões históricas da construção normativa, confirmando o fato de ser a privacidade um valor almejado nos dias atuais.

A Constituição do Império (1824) reconhecia o direito à privacidade ao proteger o "segredo da carta" e a "inviolabilidade da casa", porém não fazia referência ao sigilo em si, estava mais relacionada com o direito de propriedade, uma vez que não protegia o conteúdo, mas sim a invasão, o ato de obstruir.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconheceu o direito de inviolabilidade e à vida privada como um direito fundamental do homem. Em seu artigo 12 dispõe que "Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem o ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (PARIS, 1948)."

No início da década de 90 diplomas legais começam a surgir no Brasil elevando a proteção dos dados pessoais a outro escalão. A Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) anteviu o direito de o consumidor ter acesso a "informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele". Em 1996 a Lei de Interceptação Telefônica e Telemática (Lei nº 9.296/96) reconheceu o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

direito à privacidade restringindo o uso desse método investigativo sempre sob o amparo de uma ordem judicial. Foi promulgada em 1997 a Lei do Habeas Data (Lei nº 9.507/97) que regulava o direito constitucional, o rito de acesso e correção de informações pessoais.

Finalmente, em 2002, o Código Civil Brasileiro trouxe um capítulo sobre os Direitos da Personalidade, aprovisionando instrumentos para coibir a violação do mesmo, revelando a privacidade como um direito subjetivo e não compenetrado no direito à propriedade.

Duas leis muito importantes adentraram no ordenamento jurídico brasileiro em 2011: a Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/11) e a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11). A primeira foi criada almejando a formação e consulta a banco de dados para formação de histórico de crédito, a qual foi alterada pela LGPD para adequação em seu artigo 7º com a aprovação da Lei Complementar nº 166 de 08 de abril de 2019. A segunda, por sua vez, definiu princípios e direitos como da transparência e o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e trouxe a definição de informação pessoal.

A Lei nº 12.737/12, também conhecida como a Lei Carolina Dieckman, criminalizou a invasão de dispositivos informáticos.

Em comemoração ao Dia do Consumidor, em 2013, foi editado o Decreto Do Comércio Eletrônico (Decreto nº 7.962/13), apenas atualizando o código consumerista, regulamentando alguns pontos da lei, já que não pôde inovar.

Em setembro de 2013 foi noticiado que a então Presidente do Brasil, Dilma Rousseff, e seus principais assessores haviam sido alvos de espionagem da agência americana NSA (National Security Agency). A reação do governo foi colocar em tramitação a PL 2126/11 (Marco Civil da Internet) em caráter de urgência.

Somente a partir do Marco Civil da Internet a palavra "privacidade" passou a constar no sistema jurídico brasileiro. Entrou em vigor em 2014, disciplinando o uso da internet no Brasil, antevendo princípios como proteção dos dados pessoais. Em seu artigo 7º garante alguns direitos:

> "VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

> VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:
>
> a) justifiquem sua coleta;
>
> b) não sejam vedadas pela legislação; e
>
> c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;
>
> X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei. (BRASIL, 2014)"

O General Data Protection Regulation (GDPR) foi aprovado em 2016 e entrou em vigor em 2018. Por essa razão os legisladores brasileiros viram-se obrigados a agilizar a votação de um projeto de lei de dados pessoais, para que as empresas brasileiras não tivessem tanta dificuldade em realizar negócios com europeus, pois o país seria considerado não adequado para tratar dados de cidadãos que estiverem localizados na Europa.

Nesse ínterim, estourou o caso Cambridge Analytica, ocasião em que foram coletados dados de usuários do Facebook para utilização política, influenciando o resultado das eleições presidenciais dos Estados Unidos. Em consequência disso, a apreciação do projeto de lei de Dados Pessoais foi acelerada, levando à sua sanção e publicação no dia 14 de agosto de 2018, sob o número 13.709/18.

Desde então, o Brasil foi elencado na lista de países com uma legislação voltada à proteção de dados pessoais, inspirada no modelo europeu.

3. LGPD: Definição, fundamentos e âmbito de aplicação

A Lei busca um equilíbrio entre a proteção à privacidade e o uso de dados pessoais, baseados nos novos modelos de negócios. A partir daí, a coleta e uso de dados pessoais deve observar uma finalidade clara e específica, ser lícita, atender à boa-fé e ser devidamente informada à pessoa a quem o dado se refere. Toda atividade que envolva o uso de dados pessoais deve respeitar essas premissas.

Rafael Fernandes Maciel conceitua: "A LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, inclusive por meio digital (art. 1º). (MACIEL, 2019, p. 19).”

Para entender a abrangência da lei, devemos observar os aspectos de territorialidade e objetivo. Se o tratamento de dados pessoais visa ofertar bens ou serviços no território nacional ou se a coleta dos dados ocorreu em território nacional, a LGPD é aplicada. Essa regra vale para empresas públicas ou privadas, startups ou empresas tradicionais, profissionais liberais, microempreendedores, grandes corporações, fintechs e bigtechs.

Para Patricia Peck Pinheiro: “A necessidade de uma lei específica sobre proteção dos dados pessoais decorre da forma como está sustentado o modelo atual de negócios da sociedade digital, na qual a informação passou a ser a principal moeda de troca utilizada pelos usuários para ter acesso a determinados bens, serviços ou conveniências.(PINHEIRO, 2020, p.40)”

O que fica de fora? Tratamento de dados com fim exclusivamente particular e não econômico, quando realizado por pessoa física (manter uma agenda de contatos no celular, por exemplo). Também não se aplica a LGPD quando o tratamento ocorre exclusivamente para atender fins jornalísticos, acadêmicos, artísticos, segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado, atividades de investigação e repressão de infrações penais.

Maciel (2019, p.30) afirma que dado pessoal é toda informação que pode identificar um indivíduo, ainda que não diretamente. Na visão da LGPD, um dado pessoal é toda informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável. O primeiro caso é o mais simples. A informação, por si só, identifica um único indivíduo, que é o titular – o dono – do dado pessoal. Número do CPF, número do passaporte, número de telefone e endereço de e-mail são exemplos de informações que identificam uma pessoa física.

Para o segundo grupo, informação de pessoa identificável, é preciso mais cuidado pois é necessário avaliar se uma combinação de variáveis identifica um indivíduo. O endereço residencial (logradouro, número, bairro e cidade, por exemplo) pode identificar uma pessoa, desde que ela more sozinha. Caso ela more com outras pessoas, se combinarmos o primeiro nome ou o gênero ou a idade ao endereço, podemos identificar um indivíduo. A profissão/ocupação, salvo poucas exceções, não identifica uma única pessoa. Contudo, a ocupação combinada com o empregador aumenta muito a possibilidade de identificar um indivíduo.

Para Bruno Ricardo Bioni: "Uma lei que terá impacto econômico-social e regulatório como poucas outras tiveram na história do país, suplantável ao que foi o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis Trabalhistas. Empresas, governos, cidadãos, consumidores, enfim, todos nós estamos, a todo momento, trocando dados. (BIONI, 2020, p. 258)"

Imaginemos uma informação que revela algo sobre a personalidade ou a intimidade de alguém, como sua origem racial ou orientação sexual. Esses dados, quando vinculados a uma pessoa, são chamados de dados pessoais sensíveis e precisam de um tratamento cuidadoso.

De acordo com a lei, os dados pessoais sensíveis são: origem racial ou étnica; convicção religiosa; opinião política; filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político; dados referentes à saúde ou vida sexual; dado genético ou biométrico.

Pinheiro (2020, p. 42) defende que pela LGPD, as atividades de tratamento legítimo, específico e explícito de dados pessoais informado previamente ao titular devem estar orientadas pelos seguintes princípios: da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, transparência, segurança, responsabilização e prestação de contas.

O tratamento de dados pessoais sensíveis, quando comparado aos demais dados pessoais, tem restrições. Além do consentimento específico do titular, considerando o contexto bancário, por exemplo, ele só pode ser usado para o cumprimento de obrigações legais, execução de políticas públicas, em processos judiciais, administrativos ou arbitrais e para segurança do titular nos processos de identificação e autenticação.

As empresas devem permanecer atentas para não fazer uso de dados sensíveis fora das hipóteses previstas para esse tratamento, especialmente nos processos que derivam perfis pessoais e de propensão ao consumo, pois estamos vivendo a sociedade da informação, como explica Bruno Ricardo Bioni:

" Por meio do registro de navegação dos usuários cria-se um rico retrato das suas preferências, personalizando-se o anúncio publicitário. A abordagem publicitária passa a ser atrelada com precisão ao perfil do potencial consumidor. Sabe-se o que ele está lendo, quais os tipos de websites acessados, enfim, tudo aquilo em que a pessoa está efetivamente interessada e, em última análise, o que ela está mais suscetível a consumir com base no perfil comportamental. (BIONI, 2020, p.17)."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tudo o que acontece entre a coleta e a eliminação de um dado pessoal é tratamento. Para a LGPD, o conceito de tratamento é bastante amplo e engloba todas as possibilidades de manuseio de dados pessoais, independente do meio utilizado. Consultar um cadastro, atualizar o endereço e cadastrar um número de telefone são exemplos típicos. Digitalizar uma Carteira de Motorista, encaminhar um contrato de crédito para registro em cartório, gerar uma lista de propensão de consumo e ofertar produtos para os clientes são atividades que envolvem tratamento de dados. O simples fato de guardar dados pessoais em arquivos físicos ou manter registros em bancos de dados ou documentos digitalizados caracteriza um tratamento.

As instituições têm algumas maneiras para chegar até os dados pessoais. A primeira maneira é pela declaração do próprio titular que, para adquirir algum bem ou serviço, informa os dados pessoais necessários para concretizar o negócio. Outra maneira de obter dados pessoais é pela consulta em fontes públicas ou privadas, para complementar ou validar informações (Governo Federal, Serasa ou Boa Vista, por exemplo). Além disso, as instituições também podem determinar um dado pessoal a partir da associação direta de outros dados pessoais pré-existentes. Podemos determinar a idade de uma pessoa sabendo sua data de nascimento, por exemplo.

Por fim, as instituições podem inferir um perfil, uma característica ou um comportamento pessoal observando o histórico de dados do titular. Nesse caso, de maneira geral, são inferências criadas a partir de modelos que tratam um grande número de variáveis, incluindo muitos dados pessoais, para uma finalidade específica.

4. Direitos do titular de dados

A LGPD trouxe um controle maior para o titular dos dados, ou seja, para todos nós, cidadãos, pessoa natural a quem se refere as informações. Passamos a ter um novo poder, pois temos agora o direito à autodeterminação informativa. É um direito constitucional que se materializa através do que a LGPD prevê e ao dar esse novo poder nós temos novos direitos, que antes não eram assegurados ao cidadão como, por exemplo, de ter a confirmação e o acesso dos tratamentos de seus dados pessoais.

A LGPD é uma lei de direitos, mas é também de obrigações. De um lado o cidadão tem o direito de questionar, do outro lado o agente de tratamento passa a ter obrigação de dar respostas. É, sobretudo, uma lei de controle. O primeiro direito que a LGPD trouxe foi o **direito de acesso**, pois o cidadão pode exigir ter acesso aos seus dados pessoais ou a correção dos mesmos, ou seja, o **direito de correção**, pois os dados incorretos podem interferir na esfera de liberdade e direitos fundamentais.

Cíntia Rosa Pereira de Lima leciona que: "Além de receber a confirmação do tratamento de seus dados pessoais, o titular tem direito de acesso aos dados, que deve ser providenciado nos mesmos termos e prazo do direito de confirmação. Para tanto, o titular deverá fazer um requerimento expresso, devendo ser facilitado pelo agente, por exemplo, disponibilizando no seu site. (LIMA, 2020, p. 256)."

O **direito de eliminação** surge a partir do momento que a finalidade foi extinta, se a finalidade já foi cumprida o agente de tratamento tem o dever de eliminar os dados e encerrar o tratamento.

Há um direito nunca antes previsto: o **direito de portabilidade** de dados. O cidadão passa a ter o direito de exigir que os seus dados sejam deslocados de um controlador para outro e que as informações a seu respeito sejam deslocadas de forma segura e adequada.

Cíntia Rosa (2020, p. 271) ressalta que a lei brasileira não especifica o formato em que os dados devem ser transmitidos e nem a possibilidade de transmissão direta entre os agentes de tratamento de dados. Como ocorre quando o consumidor opta em portar seu chip de celular para outra operadora de telefonia móvel, por exemplo.

Vários outros direitos também estão previstos na LGPD. Se o cidadão fica ciente que uma instituição confirma que trata seus dados e, de alguma maneira entende que não seja legítima ou que o esteja afetando negativamente, o cidadão passa a ter o direito de se opor ao tratamento (**direito de oposição**), e a instituição passa a ter a obrigação de avaliar se de fato o tratamento deve seguir esse curso, se deve ser encerrado ou alterado. Conforme esclarece Bruno Ricardo Bioni: "Diferentemente da revogação do consentimento, que se apresenta como um direito potestativo e sem limitações, a priori estabelecidas, a LGPD condicionou o exercício do direito de oposição desde que haja uma violação a uma das suas normas. Uma primeira intepretação mais apressada levaria à conclusão de que o exercício desses dois direitos de objeção teria alcances distintos, já que o último não dependeria única e exclusivamente da vontade do titular em exercê-lo. (BIONI, 2020, p. 248)."

Se o tratamento é irregular ou se a finalidade já foi cumprida e a instituição ainda assim deseja ter os dados do titular, é obrigada a anonimizar os dados, surgindo o **direito de anonimização** dos dados.

Carvalho Dias (2016, p. 134), especificamente define anonimização de dados como um processo para mascarar ou remover informações sensíveis de um documento preservando seu formato original.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O cidadão tem o direito de saber que a instituição trata os seus dados de forma automatizada e que isso pode impactar os seus direitos fundamentais. Nasce então o que a LGPD chama de **direito de revisão de decisões automatizadas**, um direito muito utilizado na Europa e que aqui no Brasil será também utilizado largamente.

De nada adiantaria o cidadão possuir o direito de consentir se não tivesse o direito de revogação desse consentimento. A partir do momento que não se sentir seguro ou for constatada alguma irregularidade no tratamento dos dados, o titular pode revogar o seu consentimento.

Para Cláudia Lima Marques: "A LGPD sistematizou a proteção aos dados pessoais, estabelecendo direitos e princípios específicos, inaugurando um verdadeiro microssistema de proteção de dados pessoais, sem excluir direitos já assegurados em outras leis, como o CDC, em verdadeiro diálogo entre as fontes. (MARQUES, 2018, não paginado)."

Um dos pontos mais críticos da LGPD é exatamente o cumprimento e o atendimento dos direitos do titular. Como visto anteriormente, são previstos diversos direitos, praticamente nenhum deles é facilmente exercido pelos titulares e de cumprimento tranquilo ou simplificado pelo agente de tratamento. Todos os direitos previstos na LGPD deverão ser atendidos, cada um deles demanda uma complexidade própria para o exercício desse atendimento, são várias as medidas que devem ser tomadas, existem prazos legais para atendimento e não cumprir esses prazos implica infração à LGPD com consequências punitivas.

Um tratamento irregular pode ampliar a judicialização em vários níveis. Não somente indenizatórios, não somente pecuniários, mas ações judiciais que podem ser promovidas, por exemplo, para fazerem cessar o tratamento. O titular pode exigir uma obrigação para o agente de tratamento não mais tratar os dados, ou tratar os dados de acordo com outro critério. E não somente isso, uma ação judicial pode ser movida também para obter uma declaração do juiz no sentido de que aquele tratamento é irregular, trazendo consequências para o agente de tratamento também. (ALVES, 2020, não paginado).

O titular dos dados não está sozinho neste ambiente de medidas administrativas e judiciais. Na sociedade, o ordenamento jurídico assegura também a tutela dos direitos coletivos, ou seja, outros atores que, inclusive por força da LGPD, podem atuar na defesa dos interesses do titular, como por exemplo, associações representativas dos titulares, elas podem judicializar, ou mesmo questionar, procedimentos relacionados ao tratamento de dados pessoais que reputem serem ilegais ou irregulares. Além das associações, os Procons também estão habilitados, dentro de sua competência, no que

diz respeito à sua relação de consumo. Há também outros atores tão importantes quanto esses já mencionados que são os órgãos do Ministério Público tanto Federal quanto Estaduais ou do Distrito Federal. Estão habilitados pela legislação vigente para atuar em defesa da regularidade e do cumprimento da legislação.

Por fim, caso seja constatado que o controlador não esteja tratando os dados da forma que a lei estabelece, a mesma assegura ao titular o direito de peticionar perante à ANPD sobre os problemas de tratamento detectados. Há a necessidade que o titular antes se direcione ao controlador ou agente de tratamento, se não conseguir solucionar, o direito de petição é assegurado na ANPD.

5. Encarregado sobre o tratamento de dados pessoais – DPO

O DPO (*Data Protection Officer*), ou Encarregado de Dados, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, é o profissional que atua como ponte entre os controladores, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), conforme o art. 5º, inciso VIII, da LGPD. Sua nomeação é obrigatória, todas as instituições devem possuir esse profissional.

Para Fabrício da Mota Alves: "É um dos atores mais importantes na proteção de dados. A nossa LGPD, apesar de toda a importância regulatória que foi atribuída ao encarregado da União Europeia, não trouxe o mesmo paralelo de relevância no Brasil, mas nem por isso o encarregado aqui não possua a mesma relevância que possui lá fora. O encarregado aqui, a própria definição já estabelece que é o canal de comunicação entre o titular de dados, o controlador ou agente de tratamento e entre a Autoridade Nacional de Proteção de Dados e o controlador ou operador. Muito mais do que um canal de comunicação, é também aquele responsável por orientar os funcionários, os fornecedores e os prestadores de serviços. Ele é o responsável por assegurar o cumprimento de proteção de dados pessoais dentro da instituição. Pode ser comparado a um auditor de proteção de dados. (ALVES, 2020, não paginado)."

Vários elementos são necessários para definir não somente quem vai ocupar o cargo, mas sobretudo quais são as suas atribuições. Infelizmente, a LGPD não trouxe todos esses elementos, ainda virão sob a forma de uma regulamentação da ANPD, mas se faz necessário as instituições já se pautarem nas melhores práticas internacionais. E elas já apontam que o encarregado tem que ser alguém com expertise e experiência em proteção de dados e regulação jurídica, não necessariamente um advogado ou pessoa formada em direito. É recomendável que o profissional detenha de conhecimentos de tecnologia e segurança da informação, porque afinal de contas, a LGPD é uma lei híbrida, possui elementos tanto jurídicos como de segurança e tecnologia da informação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para além de atribuições, para além de características pessoais, o encarregado também precisa estar dotado de alguns fundamentos para sua atuação. Vale ressaltar que na lei não há nada a respeito, mas nos fiamos na boa prática internacional, e ela recomenda que o encarregado necessita de uma boa estrutura de funcionamento, como ferramentas aptas e tempo suficiente. O encarregado não pode ser removido de suas atribuições, demitido ou exonerado em razão de suas atribuições. Ele tem que ter autonomia para realizar o seu trabalho.

6. Regulamentação e fiscalização

No Brasil, há uma adesão maior à Lei quando há uma fiscalização com consequências. Foi previsto um regime próprio de fiscalização e punição, a ANPD - Autoridade Nacional de Proteção de Dados - uma autoridade pública, um órgão vinculado ao poder executivo, vinculado à presidência da república, uma autoridade *sui generis* no ordenamento jurídico nacional, pois não existe nada parecido com a ANPD no nosso sistema legal e sequer no sistema constitucional. O órgão possui 5 diretores, 23 conselheiros consultivos titulares e mais 23 conselheiros consultivos suplentes. Um órgão com 51 membros, fora o seu arcabouço de funcionários e servidores para que o seu funcionamento seja efetivo.

Conforme Patricia Peck Pinheiro: "Pode-se afirmar que a ANPD foi criada para trazer mais segurança e estabilidade para a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados. No caso específico do Brasil há uma previsão bem ampla de artigos da Lei que dependem de futura regulamentação por parte da Autoridade, logo caberá a ela executar as adequações necessárias para que a legislação tenha uma aderência maior com a realidade social e econômica. (PINHEIRO, 2020, p. 49)"

Há punições que são de competência exclusiva da ANPD. A LGPD prevê 9 (nove) penalidades que vão desde até uma simples advertência até a proibição das atividades de tratamento de dados pessoais. As punições serão aplicadas de acordo com critérios objetivos, pois todos tem o direito de saber que está sujeito à fiscalização, quem aplicará essa fiscalização e de que maneira a punição poderá incidir.

Pinheiro (2020, p. 43) afirma que um programa de gestão de dados pessoais bem implementado pode ajudar na redução das penas, na hipótese de ocorrência de um tipo de infração que enseje a aplicação de alguma penalidade.

As regras de punibilidade da LGPD estão prorrogadas para 1º de agosto de 2021, devido à pandemia do corona vírus o legislador optou por prorrogar as punições, dando maior tempo para que as entidades públicas e privadas pudessem buscar a conformidade e adequação à proteção de dados. Dessa maneira, o regime

sancionatório está prorrogado. Porém as empresas devem permanecer cumprindo as exigências, pois ainda há a responsabilidade civil a cumprir.

Evidentemente, que por se tratar de um regime punitivo, alguns direitos devem ser assegurados também às empresas ou às pessoas físicas que tratam dados pessoais. Esse regime obedece às regras constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Instaurada uma investigação ou diante do auto de infração haverá um devido processo legal com a possibilidade de defesa, produção de provas e investigação das acusações. Somente ao final desse processo poderá ser aplicada uma penalidade. (ALVES, 2020, não paginado).

No eixo da segurança jurídica, a LGPD instituiu a regra de transição e, sabiamente, previu a obrigação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados de estabelecer regras de transição, ou seja, a adequação progressiva da base legada. Toda a base de dados constituída até a data da entrada em vigor da LGPD passará por adequação, porém de forma progressiva e segundo critérios que somente a ANPD vai decidir.

Conforme Fabrício da Mota Alves: "No centro de todo o sistema de proteção de dados está o titular. Ele possui um auxílio de uma autoridade, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, ela é a autoridade central da fiscalização e da aplicação de penalidades por descumprimento da LGPD. Foi constituída com uma visão de ser autoridade técnica, pois a sociedade precisa de uma autoridade tecnicamente capacitada e com preponderância de entender e interpretar a legislação para explicar tudo que é preciso saber em relação à proteção de dados pessoais no Brasil. (ALVES, 2020, não paginado)."

Obviamente a lei foi inspirada em normativas estrangeiras e há jurisprudências de direito comparado, mas é a ANPD que tem o papel de estabelecer a palavra final e interpretação técnica sobre a LGPD.

7. Conclusão

Portanto, a LGPD é uma lei complexa, mas muito bem estruturada. Possui elementos introdutórios, direitos, deveres, punição e fiscalização, bem como regras de transição. Tudo isso para garantir a eficácia do direito do cidadão, mas sobretudo o direito de os agentes de tratamento poderem continuar oferecendo seus serviços à sociedade.

É uma lei de amadurecimento, não somente para os negócios, como para os cidadãos. Quem ganha é a sociedade. A proteção de dados é fruto de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

amadurecimento, da evolução da sociedade, da evolução do homem. É uma conquista para todos, pois todos serão alcançados com os benefícios da proteção de dados. É um alinhamento com as expectativas internacionais, à medida que cresce o uso de tecnologias de processamento de dados, se tornando cada dia mais uma ferramenta dos nossos direitos e de nossas liberdades.

Para as instituições financeiras a LGPD significa maior controle sobre os dados pessoais de clientes, funcionários e de qualquer outra pessoa que tenha suas informações tratadas. Controle significa redução de riscos, mitigar os problemas, o que implica em redução de custos. A proteção de dados, para muito além de uma obrigação, é sobretudo uma vantagem competitiva e econômica.

Para o cidadão, que é o centro de todo o sistema de proteção de dados, significa controle sobre sua própria informação. Proteção de dados implica confiança e confiança implica em mais e melhores formas de utilização das informações.

8. Referências

Assembleia Geral da ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". "Nações Unidas", 217 (III) A, 1948, Paris, art. 12, http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/, acessado em 25/04/2021.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL, Lei Federal Nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm . Acesso em: novembro 2020. BRASIL.

BRASIL, Lei Federal Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: novembro de 2020. BRASIL.

BRASIL. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acessado em setembro de 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

BRASIL. Decreto nº. 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº. 166, de 08 de abril de 2019. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp166.htm acesso em setembro de 2020.

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 setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº. 12.414, de 09 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº. 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Lei nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9507.htm acesso em setembro de 2020.

BRASIL. Lei Federal 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm acesso em outubro de 2020.

Comentários à lei geral de proteção de dados : Lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019 / coordenadora Cíntia Rosa Pereira de Lima. – São Paulo : Almedina, 2020. Vários Autores.

DAU, GABRIEL. DPO: Conheça a mais nova profissão do mercado de trabalho. Jornal contábil, 26 de janeiro de 2021. Disponível em https://www.jornalcontabil.com.br/dpo-conheca-a-mais-nova-profissao-do-mercado-de-trabalho/ acesso em 02/04/2021.

DIAS, F. M. C. Multilingual Automated Text Anonymization. Tese de Doutorado, apresentada à Universidade Técnica de Lisboa, 2016, 134p.

FAUSTINO, ANDRE. A Proteção de Dados Pessoais no Brasil: Breve histórico do direito comparado até a atual realidade brasileira. Revista Âmbito Jurídico, 01 de Novembro de 2016. Disponível em https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-154/a-protecao-de-dados-pessoais-no-brasil-breve-historico-do-direito-comparado-ate-a-atual-realidade-brasileira/ acesso em setembro/2020.

Garcia, Lara Rocha Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) : guia de implantação / Lara Rocha Garcia ; Edson Aguilera-Fernandes ; Rafael Augusto Moreno Gonçalves ; Marcos Ribeiro Pereira -Barretto. – São Paulo : Blucher, 2020.

Lei Geral de Proteção de Dados. https://www.lgpdbrasil.com.br/ acesso em agosto/setembro/outubro/novembro - 2020;

MACIEL, Rafael Fernandes. Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018). RM Digital Education. 1ª edição. Goiânia – GO. 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. 2a Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, pp. 1216.

Pinheiro, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD) / Patricia Peck Pinheiro – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SOARES, EDILEUZA. Bancos se preparam para cumprir lei de proteção de dados. FEBRABAN, 30 de maio de 2019. Disponível em https://noomis.febraban.org.br/temas/regulacao/bancos-se-preparam-para-cumprir-lei-de-protecao-de-dados acesso em novembro/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SUA ADEQUAÇÃO À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ESTABELECIDAS PELA SEPARAÇÃO DE PODERES

VICTOR HUGO MARTINS CORREA:
Discente do curso de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica

FÁBIO BARBOSA CHAVES159

(orientador)

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a prestação jurisdicional e sua adequação ao equilíbrio estabelecido pela separação de poderes. Dentro do ordenamento jurídico e político firmado pela vigente Constituição, ascendeu-se um Poder Judiciário ampliado em sua capacidade institucional, tornando incluso no rol de sua atividade típica novos mecanismos de intervenção direta na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, por vezes sobrepondo sua vontade em prol dos valores insculpidos no texto constitucional. Desta feita, foi realizado estudo a partir de método indutivo e abordagem qualitativa com o fim de analisar a adequação da jurisdição em face da harmonia firmada entre poderes. Este estudo expõe o cenário da expansão da atividade judicial, correlacionando-o com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da questão. A partir destas inquirições, torna-se possível compreender a legitimidade e alcance que assegurem que o exercício deste poder seja em prol da densificação e evolução dos debates democráticos nacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional. Ativismo Judicial. Freios e Contrapesos. Funções do Estado.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the jurisdictional provision and its adequacy to the balance established by the separation of powers. Within the legal and political order signed by the current Constitution, ascended a Judiciary Power with increased institutional capacity, making included in the list of its typical activity new mechanisms of direct intervention in the performance of the Executive and Legislative Powers, sometimes overlapping its wills in favor of the values inscribed in the constitutional text. That being said, a study was carried out using an inductive method and a qualitative approach in order to analyze the adequacy of the jurisdiction in the face of*

159 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MINAS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC/GOIÁS. Docente do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica.

the harmony established between powers. This study exposes the scenario of the expansion of judicial activity, correlating it with doctrinal and jurisprudential understandings on the issue. From these inquiries, it becomes possible to understand the legitimacy and scope able to ensure that the exercise of this power is in favor of the densification and evolution of national democratic debates.

KEYWORDS: *Constitutional Jurisdiction. Judicial Activism. Checks and Balances. State´s Functions.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988- CRFB/88 sedimentou-se um ordenamento jurídico-político baseado na separação das funções estatais em três: judiciário, legislativo e executivo. O texto constitucional prestigiosamente estabelece que tais poderes devem ser desempenhados em um ambiente de independência e harmonia entre eles, inclusive atribuindo prerrogativas a cada um de intervir nos outros diante de abusos.

Neste mesmo cenário observa-se uma Lei Fundamental que carrega consigo um texto extremamente analítico que aborda bases dos mais diversos ramos do Direito que irradiam por todo o sistema jurídico e político. Aliado a isso, houve a ascensão dos órgãos jurisdicionais que tiveram suas capacidades institucionais ampliadas com o fim de garantir a observância destes valores essenciais.

Vislumbra-se, portanto, um palco em que o ator Poder Judiciário se vê empossado de atribuições que o permite intervir sob os atos típicos praticados pelo legislativo e executivo que se mostrem possíveis violadores dos preceitos constitucionais fundamentais. É uma intervenção capaz de sobrepor vontades e exigir condutas ativas e passivas destas forças da federação.

Propõe-se, diante deste quadro institucional, traçar a legitimidade e utilidade destas extensas capacidades interventivas que são atribuídas ao judiciário dentro do desenho prático que a democracia brasileira está inserida. Há que se prezar sempre pelo posicionamento que preserve um ambiente de harmonia e independência entre as funções do Estado ao mesmo tempo que se protege e implementa os valores constitucionais base.

São estudos que analisam diretamente a atuação dos órgãos jurisdicionais e a saúde do sistema jurídico nacional. Busca-se vislumbrar a melhor abordagem que extraia o melhor daquela para que esta se veja inabalada e, na verdade, mais protegida e perpetuada.

No tocante a metodologia, é uma pesquisa que se vale do levantamento de dados por meio da pesquisa documental e bibliográfica, método indutivo, de abordagem qualitativa e cujos instrumentos de coleta de dados são a revisão de literatura e a análise documental. Com este aporte, entende-se dispor de meios adequados a se atingir o proposto.

1. SEPARAÇÃO DE PODERES

A separação de poderes é uma das temáticas centrais dos estudos realizados e expostos no presente artigo. Neste ponto, é de vital importância demonstrar os antecedentes históricos deste tema, vislumbrando como pensadores influentes e de ideais imortais contemplaram este modelo de exercício do poder com colocações teóricas até hoje direcionadoras e influentes no sistema político nacional.

Primeiramente deve-se considerar a teoria trazida por uma das maiores mentes que já se pôs a estudar a teoria de Estado. Através de sua obra filosófica ''A Política'', Aristóteles (350 a.C.) evidenciou o entendimento que o Estado modelo deve se valer das seguintes funções: deliberativa, exercida pela Assembleia; executiva, executada pelas ''magistraturas governamentais''; e judiciária, a cargo de julgadores devidamente investidos.

Neste primeiro momento é possível observar que já nos primórdios dos estudos acerca da organização das pessoas em sociedade havia uma preocupação central em delimitar as funções do Estado e atribuí-las a instituições distintas que compõe um mesmo organismo social e o operam em uma relação que visa beneficiar o corpo entrelaçado de sujeitos que forma a cidade. É graças à esta harmonia entre as funções que se pode cuidar das questões estatais de maneira desembaraçada.

Nestes escritos, Aristóteles (350 a.C.), ao discorrer sobre práticas salutares que devem ser adotadas por um governo, expõe que é quase que natural aos homens se corromperem diante de um acúmulo de poder em suas mãos, pois não é qualquer um que consegue suportar um estado de extrema prosperidade. Segundo ele, a prática desejável é limitar, através de leis, que ninguém consiga acumular demasiado poder e que sejam afastados aqueles que já o tem.

Nota-se aqui a importância dada ao cuidado que se deve ter ao repartir as competências do Estado entre os entes que as irão desempenhar. Abrir margem para que uma determinada instituição abarque muitas prerrogativas em detrimento das demais é anúncio quase infalível de que a corrupção e tirania ocuparão o espaço de um exercício saudável do Governo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda nesta questão, o filósofo apresenta quais seriam as decorrências da ascensão indevida de um dos poderes Estatais sobre os demais. Aristóteles (350 a.C.) apresenta que a sobreposição do executivo resultaria em tirania, do deliberativo em oligarquia e do judiciário em uma democracia- em sentido logicamente negativo de que as vontades de alguns ditariam os rumos do Estado como um todo.

Observa-se com a exposição destas ideias do pensador estagirita um reforço ao caráter vital que atribui a um exercício ilibado do poder pelas instâncias governamentais. Observa-se a solidificação de um entendimento de que nenhuma função estatal inflada se mostra imune a lapidar um destino declinante a coletividade.

Não se pode deixar de analisar também a teoria desenvolvida na obra ''O Espírito das Leis''. Montesquieu (1748) concebeu a ideia de um sistema fundado nos seguintes poderes: Legislativo; Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil, traduzido em Judiciário. Ao trazer esta divisão, Montesquieu (1748) expõe que a concentração destas funções em só indivíduo ou grupo origina manifestações opressoras de poder, dado que seu acúmulo viabiliza grande discricionariedade ao governar.

Extrai-se daqui grande proximidade entre o que Montesquieu e Aristóteles ensinam, no sentido de exaltar a importância de não se concentrar funções de maneira desbalanceada em uma única fonte. Disto, por sua vez, se retira a atemporalidade e necessidade dos estudos desta temática.

O filósofo em questão traz ainda um acessório vital a boa operabilidade da separação de poderes: a necessidade de haver harmonia e controle entre eles. No tópico acerca do processo legislativo, Montesquieu (1748) afirma que os dois corpos que compõem o legislativo- o de representantes do povo e o dos nobres- estão acorrentados pela recíproca ''faculdade de impedir'', sendo ambas freadas pelo Executivo, mas também o freando em contrapartida. A faculdade de impedir se traduz no direito de anular uma medida tomada pelo outro.

Há aqui a manifestação do ideal de que o poder deve ser controlado internamente. Um poder estatal possui prerrogativas razoáveis que o asseguram interferir na atuação do outro, viabilizando um cenário em que nenhuma função estatal é exercida com exagerada liberalidade.

Diante do exposto, restou demonstrada a vital importância de se separar as funções exercidas pelo Estado e as atribuir a instituições diversas que atuam em nome do bem estar social, além de assegurar que estas possam exercer controle de excessos

entre si. É por meio desta prática que se evita criar instituições carregadas de poder que facilmente se corrompem.

2. MODELO DE SEPARAÇÃO DE PODER ADOTADO NO ESTADO BRASILEIRO

Desde a independência do Brasil que ocorrera em 07 de setembro de 1822, a nação já se viu sob a vigência de sete cartas constitucionais. Cada uma destas trouxe consigo peculiaridades que refletiam não só o cenário político interno, mas também o contexto internacional que circundava o país. Busca-se, porém, realizar uma análise apenas no tocante ao modelo de separação de poderes que todas implementaram, de modo a observar toda a construção que levou a adoção do que traz a CRFB/88.

A nominada ''Constituição Política do Império do Brazil'', outorgada em 1824, foi o ponto de partida desta jornada pós independência do país. A partir de seu artigo 9º expressa a estrutura de poderes implementada, que além de Executivo, legislativo e Judicial, também previa o Moderador. Este último era exercido pelo Imperador com amplos poderes sustentados na ideia de ele ser o líder supremo da nação. Não bastasse isto, o Executivo era de sua chefia, os Senadores dependiam de sua nomeação para cargo vitalício e, por conta de ser Moderador, poderia suspender as funções dos magistrados.

Dois anos após ser proclamada a República foi promulgada a ''Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil'' de 1891. Foi nesta Carta que houve a adoção da teoria tripartite proposta por Montesquieu, dividindo os poderes políticos em Executivo; Legislativo, composto por Câmara dos Deputados e Senado Federal cujos membros eram todos eleitos; e Judiciário, instituindo seu órgão de cúpula: o Supremo Tribunal Federal. Além disto, institui-se um sistema judicial difuso de controle de constitucionalidade, ampliou-se o rol de direitos individuais e se introduziu o remédio constitucional *habeas corpus*.

Nos anos seguintes ao fim da chamada ''política do café com leite'', durante o primeiro governo de Getúlio Vargas, promulgou-se a Constituição de 1934. Trouxe consigo a manutenção da tripartição do Poder com as peculiaridades de extinguir o cargo de Vice-Presidente e uma Câmara dos Deputados mais proeminente que apenas recebe auxílio do Senado Federal. Fora isso, incluiu o mandado de segurança e a ação popular entre os direitos e garantias e, no controle de constitucionalidade, adicionou a comunicação ao Senado dentro do controle difuso, a representação interventiva de titularidade do Procurador-Geral da República e a cláusula de reserva de plenário.

Implementada a ditadura do Estado Novo, outorgou-se a Constituição de 1937 cujo texto suprimiu diversos avanços jurídico-políticos conquistados até então. No

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

respectivo ao sistema de separação de poderes manteve-se uma máscara de tripartição, pois nota-se a sedimentação de um sistema instável e desequilibrado. A título de exemplo, há gênese de um Executivo inflado- capaz até mesmo de legislar através dos decretos-leis, um controle de constitucionalidade muito frágil, em que a decisões do judiciário neste sentido poderiam ser revistas pelo legislativo e a absurda autorização de censura dos meios de comunicação.

Com o fim do regime totalitário do Estado Novo, o natural foi se promulgar novo texto constitucional que refletisse os reconquistados ares democráticos do governo. Nesse sentido, seu texto evidencia uma clara preocupação em recuperar aquilo que fora perdido, destacando-se aqui seu art. 7º que previa intervenção do Governo Federal nos Estados visando assegurar a observância do princípio da independência e harmonia dos Poderes. Ao lado disto, restabeleceu o cargo de Vice-Presidente, o mandado de segurança e a ação popular.

Novo período conturbado na história nacional foi acompanhado pela outorga da Constituição de 1967, um dos frutos do golpe de estado militar. Foi uma Carta que manteve a tripartição, porém focalizou os poderes políticos na União, tendo o Presidente da República poder de iniciativa de lei em qualquer área, esvaziaram-se capacidades do Legislativo e houve redução dos direitos individuais- mitigados ainda mais com a imposição da Emenda Constitucional I de 1969, que inclusive previu hipóteses de suspensão a direitos fundamentais.

Prestigiando a época de se redemocratizar o Estado e trazendo moldes republicanos mais sólidos, promulgou-se a CRFB/88, que vigora até os dias atuais. Em seu conteúdo legal prezou por reequilibrar as três funções estatais, reforçando e criando possibilidades de um poder intervir na atuação do outro como fins de controle recíproco, inclusive ampliando a atuação do Judiciário através de, por exemplo, mais ações de controle de constitucionalidade -ADPF e ADO- e mais remédios constitucionais, como mandado de injunção e habeas data.

Sedimentou-se uma sistemática estatal em que os três poderes são exercidos por entes independentes e harmônicos entre si. Cada um possui suas áreas específicas de atuação que também incluem possibilidades de frear os demais quando incidirem em excessos e/ou desvios, funcionando em um sistema de freios e contrapesos que objetiva estabelecer um cenário que combate ferrenhamente a concentração de poderes em mãos únicas assim como a ascensão desproporcional de um poder.

Nessa perspectiva, ascende um judiciário que, dotado de maiores capacidades institucionais, se vê intervindo corriqueiramente na atuação do Executivo e Legislativo, principalmente por meio dos institutos de controle de constitucionalidade ampliados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

na Carta em vigor. Surge então um cenário de incertezas quanto a adequação destas ampliadas garantias interventoras dos magistrados no sistema de controle recíproco entre poderes firmado no ordenamento nacional.

3. A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E O MONOPÓLIO DO PODER JUDICIÁRIO

Sob a vigência da CRFB/88 a prestação jurisdicional ganhou roupagens que fizeram expandir os fenômenos da judicialização de questões políticas e do ativismo judicial, fenômenos estes que tornaram o Poder Judiciário a última instância decisória de diversas questões sensíveis à política. As causas que levaram a sedimentação deste cenário jurídico possuem caráter tanto histórico como sistêmico e são expostas em análise a seguir.

Barroso (2019) apresenta como fatores determinantes da expressiva judicialização de questões políticas e sociais em nosso ordenamento pós CFRB/88 os seguintes: a constitucionalização excessiva do direito, o aumento de demanda por justiça por uma sociedade mais consciente de seus direitos e a ascensão institucional do Poder Judiciário. São elementos que levam em conta tanto o período em que se elaborou e promulgou a atual Constituição, como aquilo que ela trouxe em seu analítico texto.

Dentre as questões apresentadas, não há como deixar de se destacar a constitucionalização do direito. Por ser tida como excessiva, demonstra-se que esta abordagem das situações fáticas a partir de preceitos, explícitos e implícitos, inseridos no texto constitucional se manifesta em contingência ainda não percebida na curta história do Estado brasileiro. Portanto, este fenômeno acaba por se mostrar como a causa maior das demais justificadoras desta crescente judicialização.

Barroso (2019) evidencia ser esta temática a expansão das normas constitucionais, que se dá através da irradiação de suas matérias e valores por todo o sistema jurídico com força de norma. Aliado a isso, em relação a seus efeitos na atuação do judiciário, afirma que a constitucionalização estabelece parâmetros que servem ao controle de constitucionalidade, além de condicionar a hermenêutica das normas que compõe o sistema.

Com isso, nota-se que a Constituição adquiriu uma expressiva supremacia material e principiológica, juntamente com a formal já definida, ante o cenário do Direito nacional, haja vista que passa a ser um referencial interpretativo para todos os ramos que compõe essa ciência social. Condiciona-se todo o ordenamento, em nível constitucional e infraconstitucional, a respeitar e perseguir os valores consagrados em seu texto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em seguida, apresenta-se a consequência de o texto constitucional servir como base para a interpretação das normas. Esta é a denominada jurisdição constitucional que, para Barroso (2019), se expressa principalmente pelo controle de constitucionalidade que pode ser exercido por todos os juízes e tribunais do país em sua forma difusa, e exclusivamente pelo STF em sua forma concentrada. Engloba os juízos de compatibilidade e interpretação das normas com o texto constitucional, bem como os casos de omissão dos demais poderes que violem aquilo que a CRFB busca.

É em razão da jurisdição constitucional que as matérias abordadas por meio de normas constitucionais- e que por vezes são de cunho político -passam a figurar pretensão jurídica. É por meio desta que frequentemente o judiciário se vê diante de situações em que terá de interferir nos atos praticados pelas outras funções estatais, fazendo um juízo se são inconstitucionais ou não.

No tocante ao aumento de demanda por justiça, Barroso (2019) explica que na vigência da atual CRFB/88 a sociedade se viu redescobrindo e tomando consciência maior da cidadania e dos direitos de que goza. Aliado a isto, há um texto constitucional que criou direitos, aumentou ações e ampliou a legitimação ativa para se tutelar interesses.

Daqui pode-se depreender que a consequência lógica de se optar por uma constitucionalização ampliada das mais diversas matérias é uma maior previsão de direitos e garantias que podem ser perseguidas pela população como um todo. Além disso, observa-se uma coletividade que, por se ver mais familiarizada com estas possibilidades, anseia por ver estas proteções concretizadas.

Em sede final das principais causas à crescente judicialização de questões político sociais explicita-se a ascensão institucional do Poder Judiciário. Para Barroso (2019), esta se materializou no período pós ditadura, em que as liberdades democráticas e garantias da magistratura se viram recuperadas. Este poder, então, superou seu papel de provedor de jurisdição engessada e pouco interpretativa para se tornar ativo agente político lado a lado com o Executivo e Legislativo.

Há, portanto, um poder menos restringido em sua atuação e que, consequentemente, passa a possuir amplas possibilidades de intervir nas esferas políticas da sociedade. Houve uma expansão de sua capacidade decisória de tal modo que o permita intervir em atos das demais funções estatais que violem os valores consagrados no texto constitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Exposto todo este raciocínio, pode-se finalmente explicitar o conceito que este autor apresenta acerca do que é de fato é o fenômeno da judicialização. Afirma Barroso (2009, p. 12) em memorável artigo sobre a temática o seguinte:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Percebe-se, em síntese, que este tema da judicialização é manifesto através da decisão de matérias de ampla repercussão política e social nas instâncias do judiciário. O detalhe especial aqui é que estas questões são resolvidas em sede final neste poder, assegurando uma ativa participação em redesenhar inconformidades daqueles atos que antes se esgotariam no âmbito do executivo e legislativo.

Superada esta questão, é vital tratar da atuação ativista na função judicial, ocorrência que caminha lado a lado da judicialização. É através deste modo de se portar que a jurisdição passa a se valer de interpretação dos valores constitucionais de modo proativo e expansivo, gerando um intervencionismo mais expressivo nas esferas dos demais poderes.

Segundo Barroso (2009), o ativismo judicial reflete na participação engajada do Poder Judiciário na persecução dos fins constitucionais invadindo os campos do legislativo e executivo. A título de exemplo traz a aplicação direta do texto constitucional em hipóteses sem respaldo legislativo expresso; a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo com fundamentos mais sutis que a gritante violação aos valores da CRFB; e as decisões judiciais que imponham condutas ativas ou passivas ao Poder Público.

Demonstra-se uma flexibilização do que o texto seco da lei maior expressa visando englobar mais situações e, consequentemente, expandir sua efetividade na proteção e garantia de direitos. Como decorrência disto, observa-se ainda mais uma prestação jurisdicional que, em instância final, se sobrepõe a vontade dos outros dois poderes que por ação ou omissão for insuficiente ou inadequada a atender a essência dos valores constitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por fim, ante todo o exposto, resta demonstrado o estabelecimento de um ordenamento em que o Poder Judiciário é protagonista no debate e resolução das mais controversas e amplas questões sócio-políticas, interagindo fortemente com o legislativo e executivo. Tem-se que, quando diante destas temáticas delicadas e de forte cunho político, por vezes, utiliza-se de uma interpretação que transcende aquilo que está expressamente escrito em nome de melhor e mais amplamente proteger direitos por meio da jurisdição constitucional.

4. O CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES E SUAS IMPLICAÇÕES INSTITUCIONAIS

A consequente ampliação na área de atuação e interpretação judicial gerada pela constitucionalização do direito ocasiona nos órgãos judiciais desempenharem uma função inegavelmente política, visto que matérias desta natureza são constantemente levadas a seu bojo decisório a fim de se efetivar os ditames constitucionais. Graças a isto, por vezes há interferência na atuação dos demais poderes, o que abre margem a questionamentos se não haveria uma usurpação das demais funções estatais.

Há neste cenário a manifestação daquilo que a CRFB/88 prevê em seu art. 5º, inciso XXXV, que é o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Este dispositivo assegura que nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada de apreciação pelo Poder Judiciário por conta de lei. É uma constatação evidente de que o ampliado campo de atuação deste poder objetiva preservar direitos de forma expressiva.

Contudo, apesar desta benéfica proteção às prerrogativas e deveres legais, é aqui que surge a delicada problemática desta liberdade ampliada conferida àqueles que exercem a jurisdição: seu exercício arrisca arrebatar as funções principais do legislativo e executivo. Além disso, haveria neste caso uma deslegitimação do papel do próprio judiciário.

Ramos (2015), ao tratar da criatividade das decisões judiciais, faz a ressalva de que esta é uma característica inerente a elas, já que geram norma de decisão ao adequar à lei ao caso concreto, além de não se limitarem a mera reprodução do texto seco da lei, desdobrando-os, adaptando-os e até enriquecendo-os de modo a atender adequadamente a situação que lhes cabe resolver. Ressalta, porém, que esta criatividade é menor que a do órgão que proferiu o ato analisado, afirmando que o exagero neste ponto definha a jurisdição e invade capacidades exclusivas dos outros poderes.

Percebe-se aqui um entendimento que vislumbra a atuação inovadora das instâncias judiciais, a depender do grau em que é executada, como sendo uma clara

afronta a independência e harmonia estabelecidas entre as funções estatais. Isto se daria por ascender um cenário em que um poder se tornaria superior na medida em que acumularia funções próprias dos demais.

Em mesma corrente, Araújo (2018), ao analisar a atuação ativista do judiciário, evidencia uma forte preocupação com a ocorrência da chamada ‘‘legislação judiciária’’ e ‘‘ativismo à brasileira’’, ambos manifestos em hipóteses que as decisões judiciais expandem direitos fundamentais diante da ineficiência dos demais poderes. Afirma que a problemática desta atuação reside não nas inovações, mas sim em sua fundamentação que, se mal executada e pouco carregada de análise prévia, ocasionará em sua invalidez.

Contempla-se um modo de pensar que é deferente à proatividade interpretativa das decisões dos magistrados concedida pelo sistema constitucionalizado de direitos e princípios em que a nação se insere. Vislumbra-se, contudo, que a pedra de toque aqui se encontra nas bases argumentativas que levarão a esta atuação, capazes tanto de legitimá-la como de invalidá-la. Nota-se, então, um modelo que repudia uma jurisdição criativa fundamentada de modo esparso e/ou súbito dado que isto a caracterizaria como um exercício desmesurado de funções alheias.

Há de se trazer o posicionamento mais ousado e visionário que traz a ideia de que as decisões criativas proferidas pelo judiciário em suas supremas cortes e tribunais constitucionais podem desempenhar três papéis. Estes papéis se manifestam sempre em situações que a jurisdição é convocada a proteger as bases axiológicas do ordenamento.

Segundo Barroso (2019), a atuação será contramajoritária quando se sobrepõe a interpretação da Constituição feita por agentes em mandatos eletivos representativos por sua própria; representativa quando as cortes atendem aos anseios e demandas negligenciados pelos outros dois poderes; e iluminista em hipóteses que irá promover avanços fundamentais -apoiados na razão- que vão contra o senso comum, legislação em vigor e vontade da maioria. Esta última deve ser exercida com extrema cautela para efetivar o avanço da história sem se originar uma instância hegemônica.

Há aqui um posicionamento que reconhece inegavelmente a essencialidade da atuação contemplada pelo ativismo judicial. Defende-se que esta é uma ferramenta essencial à observância dos direitos e garantias que fazem a sociedade se manter em um estado evolutivo e protecionista de seus indivíduos. Inclusive neste aspecto iluminista apontado pelo autor pode-se vislumbrar de que as instituições jurisdicionais podem se valer de suas capacidades de modo a ser vanguarda em lutas de grande

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

valia a comunidade, como em questões relativas às uniões homoafetivas e proteção às mulheres.

Conclui-se neste momento que o exercício da função jurisdicional, em um cenário de crescente judicialização de questões políticas e sociais, que por sua vez abre margem à maior intervenção nos atos do Legislativo e do Executivo por meio de jurisdição ativista, acaba por gerar um espectro diferenciado de entendimentos. Enxerga-se que esta sistemática é legítima e está devidamente contemplada pela realidade política e jurídica firmada pela CRFB/88, problematizando-se, entretanto, as dimensões destas prerrogativas dentro do sistema de freios e contrapesos prestigiado no ordenamento nacional.

5. FREIOS E CONTRAPESOS: limites de poder ou pressuposto democrático?

Evidencia-se que em nosso ordenamento jurídico vigente a atuação mais proativa e intervencionista do Poder Judiciário possui os devidos respaldos legais e acaba sendo elemento constante na prática jurídica firmada com a CRFB/88. O que se discute, portanto, não é sua legitimidade sob este aspecto, mas sim a sua adequação ao sistema de freios e contrapesos- ou *checks and balances*- de modo que sirva como ferramenta propulsora de um Estado Democrático em constante evolução e não como uma irregular limitadora das capacidades dos demais poderes.

Ao longo do texto constitucional pode-se depreender diversos dispositivos que manifestam esta estrutura de controles recíprocos exercida entre as funções estatais. Tem-se o poder de veto conferido ao Presidente da República perante projeto de lei, nos termos do art. 66, §1º; a possibilidade de derrubada deste veto pelo Legislativo, como prevê o art. 66, §4º; a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional lei elaborada pelo Legislativo e ato administrativo editado pelo Executivo, com fundamento nos art. 97 e 102, I, a. Nota-se claramente uma intervenção objetivando equilibrar o exercício de cada prerrogativa estatal.

É uma temática inclusive constantemente abordada na jurisprudência dos mais diversos tribunais. Destaca-se aqui a proferida pelo STF no julgamento do RE 706.103/MG em que, ao decidir sobre a constitucionalidade do chefe do Executivo promulgar parte incontroversa e não vetada em projeto de lei antes que o Legislativo se manifeste, trouxe na ementa o entendimento que a sistemática de freios e contrapesos é próprio da atual ideia de separação de poderes.

Outro importante julgado do STF neste sentido foi o realizado na ADPF 484, que decidiu a inconstitucionalidade de medidas de constrição judicial sobre verbas educacionais contra Caixas Escolares, Estados e UDEs. Dentro de sua ementa, em tópico

sobre a aprovação e gestão orçamentária, há transparência de que as hipóteses de *checks and balances* são vitais ao exercício das instituições que fundamentam a República e Democracia e à plenitude da separação de poderes.

Sendo assim, dentro deste já consolidado e prestigiado modelo de exercício do Poder Estatal, é essencial esclarecer até onde deve o Judiciário se valer de uma jurisdição mais criativa e interventora de modo a se encaixar adequadamente nos pratos da balança que sustenta as três funções do Estado. Isto porque, como já demonstrado, o problema nasce na prática desmesurada de suas prerrogativas.

Em um julgamento acerca do direito à educação infantil, um dos Ministros que compunha o corpo julgador do STF proferiu exegese de grande valia nesta seara. Nesta ocasião, Celso de Mello (2006) se manifestou prontamente no sentido de que, excepcionalmente, o Judiciário pode exigir dos demais poderes que sejam efetivadas as políticas públicas essenciais a efetividade dos direitos sociais e culturais ascendidos a nível constitucional.

Baseando-se nesse entendimento, se pode compreender uma preocupação ampla em materializar o rol de direitos inerentes aos indivíduos sociais. Nota-se uma concepção que, ao limitar a atuação mais interventiva do judiciário, expôs qual o campo ideal que esta poderá ser executada, qual seja o dos direitos sociais e culturais consagrados na CRFB/88, que por sua vez carregam consigo direitos fundamentais.

Assim, ao circundar a área que pode se manifestar, se garante melhor previsibilidade e, consequentemente, segurança jurídica.

Além disso, a partir destes esclarecimentos se obtém o cenário em que os magistrados estão autorizados a agir mais politicamente e de fato exigir condutas do Poder Público. Esta possibilidade se concretiza diante de ações ou omissões das cúpulas administradoras, desprovidas de qualquer base sólida justificadora, que resultem em um cenário negligente com as políticas mínimas garantidoras das condições mínimas de uma existência digna da população.

Já em relação aos modos de como será executado este lado político da jurisdição, de natureza inovadora e mais invasiva nas funções legislativas, há que se fazer outra análise minuciosa. Isto porque é uma temática que ocupa os doutrinadores do Direito justamente por, ao determina-los, se solidificar mais ainda um ordenamento coeso.

No tocante a jurisdição ativista que venha a provocar inovações no sistema legal, Araújo (2018) aponta a ideia de constrangimentos pragmáticos que servem de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ferramentas que garantem maior objetividade a estes tipos de decisões. Estes se traduzem na ideia de um incrementalismo/interpretação constitucional evolutiva, no sentido de que o entendimento da Constituição se adapte às transformações sociais progressivamente por meio de alterações prudentes e contidas. Prima-se por um exercício de discricionariedade cauteloso por parte do julgador de modo a evitar revoluções em contrapartida a evoluções.

Desta forma de constrangimento apresentada pode-se retirar a constatação de que o judiciário deve sim caminhar de modo ousado- e por vezes executando um papel de vanguarda- mas o deve fazer de maneira cautelosa e, portanto, progressivamente desenvolvida. Pela visão apresentada pelo autor, propõe-se não um poder que abruptamente imponha modos de ser do direito, mas sim que cuidadosamente sedimente um caminho para tal, havendo um trabalho conjunto de todas os órgãos incumbidos de jurisdição.

Em face do exposto, percebe-se a opção do poder constituinte originário em firmar um ordenamento calcado não somente na atuação independente dos Poderes, mas também na constante interação entre estes que possibilite frear abusos. Um dos protagonistas desta sistemática, o Poder Judiciário, foi dotado de capacidades que autorizam sua intervenção e sobreposição de vontade diante de irregularidades praticadas pelas demais funções do Estado.

Neste sentido, se estas capacidades forem exercidas de modo completamente discricionário e amplo, se incidiria necessariamente na criação de um modelo limitador dos poderes Executivo e Legislativo, sempre à mercê da autoridade julgadora. Por outro lado, sendo elas exercidas seguindo parâmetros claros de seu campo e modo de atuação, o que nasce é um quadro saudável do exercício da jurisdição que estaria sempre a serviço da densificação dos direitos que prestam a materializar o sistema democrático que a nação se insere e tanto preza.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da vigente CRFB/88, sedimentou-se um modelo de exercício do poder Estatal em que as três principais funções são executadas de modo a prezar pela independência e harmonia destas, buscando perpetuar um sistema de controles recíprocos que inviabilizem a ascensão desproporcional de alguma das facetas do Estado. Porém, dentro deste rol de prerrogativas, juntamente com a excessiva constitucionalização do Direito que trouxe, a Lei Maior construiu um cenário de expansão do judiciário que torna fundamental analisar qual o seu campo de legitimidade dentro do ordenamento estabelecido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em sede inicial discutiu-se a construção histórica acerca da temática separação de poderes. O que se realizou foi uma retomada de ideias centrais dentro destes estudos apresentadas por influentes pensadores que transcenderam suas respectivas épocas. Com isso, se possibilitou evidenciar que, desde o início das teorizações acerca dos modelos de Estado, se atribui caráter essencial às disposições de repartir suas funções em instituições independentes e diversas que gozem de capacidades de controlar excessos entre si.

Procurou-se então fazer uma retomada de todas as constituições que já vigoraram no Brasil, olhando especificamente a como se instituiu a separação de poderes em cada uma. Esta análise possibilitou vislumbrar como o modelo nacional caminhou ao longo dos anos, felizmente encontrando mais momentos de avanço que de retrocesso. Além disso, foi possível notar como o judiciário foi ganhando mais espaços de atuação até chegar nos moldes atuais.

A partir disto, abordou-se o percurso do entendimento de como, sob a égide da CRFB/88, houve uma expansão nos fenômenos da judicialização de questões políticas e do ativismo judicial. A importância desta matéria se dá pelo que este cenário representa, que é a elevação do Poder Judiciário ao status de protagonista em diversos debates políticos por meio de seu papel mais interventor na atuação do Legislativo e Executivo.

Foi feita análise de como a ampliação das capacidades institucionais do judiciário, em sede de intervenção na atuação dos outros poderes, se apresenta a alguns importantes doutrinadores constitucionais. Observou-se ser pacífica a legitimidade em se exercer uma jurisdição mais proativa e menos engessada, encontrando, porém, obstáculos quanto aos alcances ideais desta atuação que não afrontem o equilíbrio com o Executivo e Legislativo.

Diante do exposto, buscou-se demonstrar o sistema de controles recíprocos firmado no ordenamento nacional e como a atividade mais criativa e interventora do judiciário se insere nele. Evidenciou-se que, de modo a evitar a criação de uma ferramenta limitadora dos poderes de legislar e administrar, a medida mais adequada a se tomar é delimitar o espaço e os modos que autorizam o judiciário exercer esta função que, dessa forma, passa a ser um pressuposto da plena Democracia.

Sendo assim, para que o Poder Judiciário exerça a função jurisdicional em total consonância com os preceitos de independência e harmonia estabelecidos pela separação de Poderes, há a fundamental necessidade de se impor limites em sua atuação. Tendo parâmetros de onde deve manifestar uma jurisdição mais ativista em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

defesa dos valores constitucionais, constrói-se um ambiente de ampla proteção democrática que coexiste com um saudável sistema de controles recíprocos do poder.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luís Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, 2018. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100129. Acesso em: 19 nov. 2020.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Pedro Constantin Toles. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, 2009. Disponível em: http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498. Acesso em: 19 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617562/cfi/530!/4/2@100:0.00. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brazil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estado Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

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: 19 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208. IV). Compreensão global do Direito Constitucional à educação [...]. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello, 22 nov. 2005. **Coordenadoria de Análise de Jurisprudência**, Brasília, D.J. 3-2-06, p.1529-1530, fev. 2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 484/AP. Interpretação judicial como objeto de controle. Possibilidade. Subsidiariedade. Inexistência de outro meio para sanar a lesão ou ameaça em caráter amplo. Decisões judiciais que resultaram no bloqueio, penhora ou sequestro, para o fim de pagamento de dívidas trabalhistas, de verbas do estado do amapá, das caixas escolares e das unidades descentralizadas de execução da educação[...]. REQTE.: Governador do Estado do Amapá. INTDO(s).: Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Relator: Min. Luiz Fux, 04 jun. 2020. **LexML Brasil**: Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Brasília. 10 nov. 2020. Disponível em: https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;plenario:acordao;adpf:2020-06-04;484-5273363. Acesso em: 19 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Recurso Extraordinário 706103/MG. Processo legislativo. Promulgação, pelo chefe do poder executivo, de parte de projeto de lei que não foi vetada, antes da manifestação do poder legislativo pela manutenção ou rejeição do veto [...]. Recorrente: Prefeito Municipal de Lagoa Santa. Recorrido: Mesa Diretora da Câmara Municipal de Lagoa Santa – MG. Relator: Min. Luiz Fux, 27 abr. 2020. **Jurisprudência STF**. Brasília. 14 maio 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424016/false. Acesso em: 19 abr. 2021.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Tradução: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105232/cfi/4!/4/2@100:0.00. Acesso em: 19 nov. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/cfi/0!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 19 nov. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PSICOPATIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E SUA PUNIBILIDADE

WILLIAN VIEIRA DOS SANTOS: Bacharelando em Direito pela Universidade de Gurupi- Unirg.

WENAS SILVA SANTOS160

(orientador).

RESUMO: A presente pesquisa vislumbra-se em discorrer sobre a psicopatia, que consiste em um transtorno de personalidade dissocial, onde, segundo os especialistas, o indivíduo não tem a capacidade de ter sentimentos básicos (amor, culpa, empatia, dentre outros). É perceptível a omissão do legislador com as consequências do transtorno da psicopatia no cotidiano, visto que os indivíduos que sofrem desse distúrbio são tratados como um agente comum no código vigente. Diante disso abre debate sobre uma carência na lei penal, visto que o índice de reincidência de agente psicopatas são maiores do que de uma pessoa com integridade normal. Sendo assim o estudo visa demonstrar uma carência de tratamentos e punição adequada para agentes com transtorno de personalidade anti-social. Discorre-se também sobre o conceito, e a capacidade do agente, sobre a eficácia das normas existentes e se estas suprem a necessidade de proteção da sociedade. Valendo-se do método dedutivo e a pesquisa será realizada através de técnicas de análise bibliográfica de textos e legislação vigente, por meio de estudo do conteúdo.

Palavras-chave: Psicopatia. Psicopata. Penas. Imputabilidade.

ABSTRACT: This research aims to discuss psychopathy, which is a dissocial personality disorder, where, according to specialists, the individual does not have the ability to have basic feelings (love, guilt, empathy, among others). The legislator's omission Reading the consequences of psychopathy disorder in everyday life is noticeable, as individuals who suffer from this disorder are treated as a common agent in the current code. In view of this, debate opens up about a lack of criminal law, as the recidivism rate of psychopathic agents is higher than that of a person with normal integrity. Thus, the study aims to demonstrate a lack of treatments and adequate punishment for agents with antisocial personality disorder. It also discusses the concept, and the agent's capacity, about the effectiveness of the existing norms and whether they supply

160 Mestre em Estudos de Cultura e Território pela Universidade Federal do Tocantins-PPGCult/UFT-Campus Araguaína (2019). Advogado membro da OAB/TO, com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Professor no curso de Direito da Universidade de Gurupi -UNIRG.

the society's need for protection. Using the deductive method and the research will be carried out through bibliographic analysis techniques of texts and current legislation, through content study.

Keywords: Psychopathy. Psycho. Feathers. Imputability.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Psicopatia: Uma Doença Mental Ou Transtorno De Personalidade? 1.1 A Caracterização Do Agente Psicopata. 1.2 O Agente Psicopata Criminoso. 2.Imputabilidade, Semi-Imputabilidade E Inimputabilidade. 2.1 A Exclusão Da Imputabilidade Através Da Inimputabilidade.2.1.1semi-Imputabilidade Ou Imputabilidade Diminuída2.1.2 Medidas De Segurança. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Pode-se considerar que a psicopatia consiste em um transtorno de personalidade e de comportamento, em que como principais características a falta de empatia e lealdade, ausência de remorso medo ou culpa, e o sentimento de superioridade com as demais pessoas.

É de suma importância destacar que apesar dessas características nem todo psicopata pode ser considerado um criminoso, podendo existir pessoas psicopatas em todas as esferas da nossa sociedade. Todavia, ressalta-se os que acabam por se tornar criminosos e homicidas.

Os agentes com psicopatia estão classificados no CID-10 como um Transtorno de Personalidade Dissocial, por tanto por não ser considerado uma doença mental, por ter total consciência dos seus atos, ele é considerado um agente imputável ou seja capaz de responder por seus atos praticados.

Quando recolhidos a prisão são colocados juntamente com os demais reeducandos, o que acaba por comprometer o sistema prisional: já que também são características dos psicopatas a grande capacidade de influenciar pessoas ao seu redor, podendo usar sua persuasão, para por exemplo influenciar pessoas a continuar a cometer novos crimes, ou até mesmo criar rebeliões.

Entretanto apesar das discussões a forma de impor sanções aos psicopatas a coerção a prisão é o único meio cabível no ordenamento jurídico.

Portanto, fazendo uso de uma explanação metodológica dedutiva, por meio de uma análise bibliográfica, o presente trabalho busca demonstrar uma carência em no ordenamento jurídico, para as punições e tratamentos de pessoas portadoras de

transtorno de personalidade anti-social.

1. Psicopatia: uma doença mental ou transtorno de personalidade?

A expressão psicopatia significa: doença da mente (do grego psyche (mente) e pathos (doença) e de acordo com o avanço dos estudos, passou por uma evolução e hoje recebe a denominação de Transtorno de Personalidade Antissocial, de acordo com o Manual Diagnostico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V-TR).(AMERIACAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, pg. 661).

Para a Organização mundial da saúde (OMS), a psicopatia também é classificada como um transtorno de personalidade, mesmo estando na tabela de doenças mentais do CID-10 (Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde), traz a identificação do transtorno no campo F60.2, e define como:

> Transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade. Inclui: Personalidade amoral, anti-social (sic), associal, psicopática, sociopática. (2016, Pg. 323.)

Ainda, na mesma ideia OLIVEIRA, (2018) diz:

> Não podemos compreender a psicopatia a partir da versão habitual de doença mental, os psicopatas não apresentam alucinações e ilusões, não são indivíduos desorientados, nem possuem qualquer tipo de falta de noção da realidade, têm plena consciência de seus atos e dos meios para alcançarem seus propósitos;deste modo, não têm as características da maioria dos transtornos e doenças mentais. (OLIVEIRA, 2018, p. 30)

para Fernando Resende (2019) a psicopatia de forma alguma pode ser considerada doença mental, é comum as pessoas associarem a psicopatia à loucura, mas essa é uma ideia muito errada. "Insanidade" refere-se a alucinações e delírios em um indivíduo. Pessoas com esquizofrenia vivem em "realidade paralela", então não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sabem o que fazem, o que não acontece em pessoas com psicopatia, onde tem total consciência do que fazem.

Então, apesar de muitas pessoas confundirem a psicopatia como sendo uma doença mental ela não se caracteriza como tal, visto que a doença mental como por exemplo a esquizofrenia, o indivíduo vive em uma realidade diferente, na grande maioria dos casos, tem alucinações, vê e escuta coisas que não existem.

Já a pessoa com o transtorno de personalidade tem total discernimento de todos os seus atos, sendo na maioria das vezes todos premeditados, porém por ser desprovidos de sentimentos básicos como amor, compaixão, empatia, arrependimento ou culpa ele comete atos sem qualquer ressentimento, porem todos conscientes.

1.1 A CARACTERIZAÇÃO DO AGENTE PSICOPATA

A psiquiatra e escritora Ana Beatriz Barbosa Silva (2008), os descreve como pessoas frias e sem consciência, segundo a mesma " eles vivem entre nós, parecem fisicamente conosco, mas são desprovidos deste sentido tão especial: "a compreensão dos sentimentos."

Ainda de acordo com Silva:

> Os psicopatas em geral são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados ,mentirosos, sedutores e que visam apenas o própri o benefício. Eles são incapazes deestabelecer vínculos a fetivos ou de se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível degravidade e com formas diferentes de manifestarem os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros "predadores sociais", em cujas veias e artérias corre um sangue gélido. (2008, p. 27)

Os pesquisadores José Chaves Péricles, Leonor Marques Matos, (2018) classificam como sendo:

> (...)indivíduos completamente desprovidos de compaixão, culpa ou remorso e podem enganar qualquer um, fingindo sentimentos. São pessoa frias, manipuladoras que tem como objetivo único o benefício próprio e se satisfazer, bem como a seu ego.(...)Esses indivíduos podem ser chamados de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

psicopatas.(...) (CHAVES José, MARQUES Leonor, 2018, p.7)

Para Daynes Kerry (2012) Os psicopatas não podem produzir emoções sutis ou profundas; seus sentimentos geralmente nada mais são do que respostas efêmeras às suas necessidades imediatas. Portanto, eles não podem compreender os sentimentos dos outros. Eles são indiferentes aos direitos ou bem-estar dos outros e acreditam que isso é apenas um objeto de manipulação arbitrária. No entanto, o psicopata pode esconder sua natureza fria e predatória por trás de seu charme encantador. O psicopata observa rapidamente como os outros reagem e se torna um excelente imitador das emoções normais e um enganador experiente. Normalmente, eles são confiantes, interessantes e bons em contar histórias, sua lisonja é tentadora, porém é falsa.

O psiquiatra canadense dr. Robert D. Hare (1991), na década de 1990, depois de vinte e cinco anos de pesquisas, explanou as características dos psicopatas de acordo com entrevistas realizadas com pessoas do sexo masculino, os quais se encontravam no sistema prisional.

Foi desenvolvida a Escala de Robert Hare, conhecida internacionalmente como Psycopathychecklist – Revised (PCL-R), e no brasil traduzida e adaptada pela psicóloga HILDA Morana (2003), a qual estabelece critérios para avaliação clínica a partir de 20 tópicos, e a soma dos pontos é comparada em uma escala, onde será determinado o grau de tendências psicopáticas de determinada pessoa.Dentre os 20 tópicos de características dos psicopatas, as mais relevantes são:

> Egocentrismo - Os psicopatas se supervalorizam, acreditam que o mundo deve estar sempre a sua disposição, sentem-se o ser mais importante do mundo, onde tudo deve estar sempre a seu bel-prazer e só se preocupam consigo mesmos.
>
> Carência de remorso ou culpa - Os psicopatas possuem completa carência de remorso e culpa, decorrentes de suas ações e omissões. Eles podem até nos induzirem a acreditar que possuem algum desses sentimentos, mas não passa de uma mera simulação, seja para atingirem alguns de seus objetivos, seja para se ajustarem perante a sociedade.
>
> Insensibilidade e falta de empatia - Em razão de uma disfunção cerebral, os psicopatas não são capazes de sentirem qualquer emoção. São insensíveis aos sentimentos alheios, agem com grande indiferença, não têm nenhuma resposta afetiva apropriada à situação de outras pessoas, ou seja, não conseguem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> se colocar no lugar de outras pessoas, pois nunca conseguiram sentir os sentimentos humanos mais básicos.
>
> Impulsividade - Apesar de racionais e cientes de todas as consequências nas quais seus atos poderiam levá-los, em razão de sua impulsividade, são capazes de praticá-los sem ponderação, em busca de satisfação e prazeres momentâneos.
>
> Versatilidade criminal e comportamento transgressivo - Os pilares da sociedade se embasam em regras, leis e normas comportamentais nas quais a grande maioria dos indivíduos as cumpre para evitar as sanções vindas das transgressões de tais regras, leis e normas, assegurando dessa maneira, os direitos e deveres de cada parte para se atingir uma boa convivência em grupo. (OLIVEIRA,2014,p.18)

Vejamos que os psicopatas desprezam as normas da sociedade, ignorando-as completamente e não despertam qualquer tipo de receio em suas ações, como é despertado na maior parte da sociedade. São apenas empecilhos que devem ser superados na busca de seus prazeres e objetivos.

Um exemplo é o caso citado por Hare (2013), Um paciente com transtorno mental teve pontuação muito alta no checklist psiquiátrico. Quando teve a ideia de comprar uma caixa de cerveja, estava a caminho de uma festa . Quando ele descobriu que sua carteira estava esquecida em casa, ficava a cerca de seis ou sete quarteirões de onde ele estava, ao deixar a carteira em casa, foi proibido de comprar cerveja ele não queria voltar. Pegou então um grande pedaço de madeira, roubou o posto de gasolina mais próximo e deixou o frentista sériamente ferido.

Quando se deparou com uma situação em que seu objetivo falhou, cometeu um crime impulsivamente para atingir assim o seu objetivo temporário:

Martha Stout (2010) diz:

> Imagine – se puder – como seria não ter consciência, culpa nem remorso independentemente do que fizesse, não se sentir de forma alguma tolhido pela preocupação com o bem-estar de estranhos, amigos ou mesmo parentes. Imagine nunca, em toda a vida, precisar lidar com a vergonha, por mais egoístas, relapsas, prejudiciais ou imorais que fossem suas ações. Finja desconhecer a noção da responsabilidade, salvo como um fardo que outros –

> bobocas ingênuos – aparentemente carregam sem questionar. (...)você vive livre de repressões interiores e essa liberdade ilimitada para fazer o que bem entender sem que isso lhe pese na consciência é, de maneira muito conveniente, invisível para o mundo. Você pode fazer absolutamente qualquer coisa (...). (2010, p.13-14)

Repare que Martha Stout diz que individúos com psicopatia vivem com "liberdade ilimitada", este é o grande ponto em que observamos anteriormente, este sentimento de que nada é proibido, (apesar de saber que as normas dizem o contrário), de que se pode fazer tudo que quiser quando quiser sem se importar com as consequêcias de seus atos, é o que torna os psicopatas seres extremamete perigosos para toda sociedade.

1.2 O AGENTE PSICOPATA CRIMINOSO

É de extrema importância ressaltar que a psicopatia não faz de uma pessoa uma criminosa, podendo haver pessoas com transtorno de personalidade dissocial em toda esfera da sociedade sem que sejam homicidas. De acordo com SILVA (2014):

> É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e grave. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não "sujarão as mãos de sangue" nem matarão suas vítimas. Já os últimos botam verdadeiramente a "mão na massa", com métodos cruéis sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais. [...] (2014, p. 19-21)

Observa-se que na psicologia, a patologia é dividida em três graus: leve, moderado e grave. Na holística deste estudo, utiliza-se apenas o psicopata sob a visão do grau mais elevado, ou seja, os homicidas, aqueles que acabam cometendo assassinatos cruéis, para Daynes, Kerry:

> O perfil psicológico que define a natureza do psicopata atrai esses indivíduos e os equipa especialmente para uma vida de crimes. Não é de admirar, portanto, que a probabilidade de encontrar psicopatas em presídios seja pelo menos quinze vezes mais elevada do que na população em geral. Os psicopatas representam uma imensa preocupação para todos nós que trabalhamos no sistema penal, pois eles são responsáveis por um maior número e uma maior variedade de crimes do que qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

outro grupo.(2012, p. 24-25)

Ainda de acordo Daynes Kerry (2012) De um modo geral, em comparação com os criminosos comuns, eles são mais propensos a cometer crimes violentos agressivos e atrozes ou outras formas de crime.

2. Imputabilidade, Semi-Imputabilidade e Inimputabilidade

A imputabilidade está prevista no Código Penal, Título III, seu instituto vem descrito nos artigos 26 a 28. Para que possa responsabilizar um agente pelo fato típico e ilícito cometido, é necessário que este seja imputável, o Código Penal não traz a definição de imputabilidade penal, a não ser por exclusão, trazendo expressamente apenas as causas que excluem a imputabilidade.

Luiz Regis Prado, (2002) preceitua que imputabilidade consiste:

> [...] Plena capacidade (estado ou capacidade) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos). Costuma ser definido como o "conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento. (2002, p. 349)

Já Zaffaroni (2011, p.539) diz que a imputabilidade é em um sentido amplo, "a imputação física e psíquica, mas nem a lei nem a doutrina a utiliza com tamanha amplitude. Em geral, com ela se pretende designar a capacidade psíquica de culpabilidade".

Imputar significa dar a responsabilidade por algo a alguém, penalmente falando impor a responsabilidade de um ato criminoso a alguém. Ou seja, uma pessoa imputável é uma pessoa que já pode responder por seus atos e ser condenada a alguma pena por causa deles.

Já Bitencourt (2012, p.232), a conceitua como "a capacidade de culpabilidade, é a aptidão para ser culpável".

Vimos que os doutrinadores tem entendido que a culpabilidade é formada pelos aspectos: Cognoscitivo ou intelectivo (capacidade de compreender que determinado fato é ilícito); e volitivo ou determinação da vontade (atuar conforme o entendimento).

Para o pesquisador LUIZ José (2005) A maneira correta de pensar sobre as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

causas da culpa é por meio da conexão psicológica entre o agente e o fato. É por isso que o conceito de culpabilidade deve ser sempre subsidiado pela ciência médica especializada em funções psicológicas. Sendo assim, os pilares da imputabilidade estão obrigatoriamente condicionados à saúde mental e a normalidade psíquica.

De acordo com o exposto podemos concluir então a imputabilidade como sendo, a capacidade de compreender a natureza ilegal dos fatos e determinar-se com base nesse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, para saber que está cometendo um crime. Mas isto não é tudo. Além dessa capacidade completa de compreender, ele também deve controlar completamente sua vontade. Em outras palavras, de acordo com esse entendimento, o atribuível não é apenas uma pessoa que tem a capacidade de compreender o significado de suas ações, mas também de controlar sua própria vontade.

2.1 A EXCLUSÃO DA IMPUTABILIDADE ATRAVÉS DA INIMPUTABILIDADE

Vale frisar que a imputabilidade é a regra, de modo que a inimputabilidade é a exceção, ou seja, será inimputável o indivíduo que se enquadrar em umas das causas de exclusão da imputabilidade, o Código Penal nao seu artigo 26 dispõe que são causas de exclusão da imputabilidade.

Nos moldes do Código Penal:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940)

De acordo então com o código penal é inimputável e não pode ser responsabilizado pelo fato típico o indivíduo que, em razão de sua doença mental, desenvolvimento mental retardado ou incompleto, era, no momento da conduta, absolutamente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Há também a impunibilidade por embriaguez que ocorre somente nos casos de embriaguez completa, que teve sua origem por caso fortuito e força maior, consoante o artigo 28, § 1º do Código Penal:

> É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL,1940)

Isso somente se ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento

2.1.1 SEMI-IMPUTABILIDADE OU IMPUTABILIDADE DIMINUÍDA

É previsto no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal e, e segundo este, é considerado semi-imputável o indivíduo que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ou seja aqui tem-se uma hipótese diferente da inimputabilidade na qual o agente não tem qualquer noção do ato que está praticando, nesse instituto o agente é parcialmente incapaz seja por uma perturbação mental ou seja por desenvolvimento mental incompleto, e assim como no instituto da inimputabilidade somente a perturbação ou o desenvolvimento retardado não são requisitos o suficiente para fazer a aplicabilidade da Semi-imputabilidade, tem que ser comprovado que na hora do fato o agente não entendia "parcialmente" o caráter ilícito que estava cometendo.

A semi-imputabilidade não exclui a culpabilidade, apenas tem a sua responsabilidade é diminuída por ter atuado com culpabilidade diminuída em razão de suas condições pessoais. Sendo constatada a semi-imputabilidade, o juiz deverá reduzir a pena de 1/3 a 2/3 ou impor medida de segurança.

Caso seja hipótese de medida de segurança, se faz necessário que o laudo de insanidade mental indique a medida como opção. Em caso de aplicação de pena, o juiz é obrigado aplicar a redução de pena de 1/3 a 2/3 de acordo com o grau da perturbação da saúde mental ou grau do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, tendo em vista se tratar de direito do agente e não faculdade do juiz.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.1.2 MEDIDAS DE SEGURANÇA

A medida de segurança é a sanção penal implementada pelo Estado, como uma forma de prevenção, ou seja, tem como objetivo a prevenção ao inimputável e semi-imputável que tenha chances de voltar a cometer atos criminosos, tratando do indivíduo para que possa um dia voltar a ser parte da sociedade e não causar nenhum risco a ela. Não se trata de uma função punitiva, consiste em um tratamento ou terapia para o agente que violou a norma penal incriminadora.

Vale ressaltar que no Código Penal adota o sistema vicariante, ou seja, não existe a possibilidade de se aplicar ambas as sanções em síntese, não é possível a aplicação cumulativa de medida de segurança e pena. Aos imputáveis é aplicada a pena, aos inimputáveis e semi-imputáveis é aplicada a medida de segurança ou pena, conforme as circunstâncias.

3. A Responsabilidade Penal do Psicopata no Brasil

De acordo com tudo que fora apresentando questiona-se: a infração penal cometida por indivíduos psicopatas dever ser considerada como imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis?

A resposta para essa indagação é relevante para se definir qual sanção penal será utilizada, ou seja, qual a forma que o Estado irá aplicar o seu *ius puniendi*, através de Pena que tem a finalidade de reprovar e prevenir a infração penal ou medida de segurança, cuja finalidade é o tratamento.

Por muitas vezes quando falamos sobre psicopatia causa uma equivoca impressão de que os indivíduos portadores desse transtorno de personalidade antissocial são seres com alguma doença mental o que não ocorre.

De acordo com Ana Beatriz Barbosa, (2014):

> [...] Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações e tampouco apresentam intenso sofrimento mental. Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de mentes adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos. [...] os psicopatas têm total ciência dos seus atos (a parte cognitiva ou racional é perfeita), ou seja,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> sabem perfeitamente que estão infringindo regras sociais e por que estão agindo dessa maneira, A deficiência deles está no campo dos afetos e das emoções. Assim, para eles, tanto faz ferir, maltratar ou até matar alguém que atravesse seu caminho ou seus interesses, mesmo que esse alguém faça parte do seu convívio íntimo. Esses comportamentos desprezíveis são resultados de uma escolha exercida de forma livre e sem nenhuma culpa. (2014, p. 38-42)

No mesmo sentido Robert Hare (2013, p. 38):

> Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo porque agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente.

Com base no exposto, pode-se chegar à conclusão de que diante da interpretação da inimputabilidade exposta no artigo 26 do Código Penal a mesma não se aplica aos agentes portadores de psicopatia, uma vez que, os estudiosos da área, não consideram os psicopatas homicidas portadores de doenças mentais, e visto que eles tem total compreensão de seus atos cometidos, e como vimos anteriormente para se fazer o uso da instituição da inimputabilidade é necessário não ter a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse.

Para alguns doutrinadores, como por exemplo, Mirabete, Damásio, Fragoso, entre outros, os psicopatas são considerados semi-imputáveis, fazendo o uso do parágrafo único, do artigo 26, do Código Penal aplicando-se assim a pena com redução de 1/3 a 2/3 ou impor medida de segurança.

Entretanto este entendimento é criticado pelos psiquiatras e alguns doutrinadores, como Jorge Trindade, (2009, p. 133.) que defende "do ponto de vista cientifico e psicológico a tendência é considerá-los plenamente capazes, uma vez que mantém intacta a sua percepção, incluindo as funções do pensamento e do senso percepção, que em regra permanecem preservadas".

Outro ponto importante se diz respeito as medidas de segurança onde se tem o objetivo de tratamento do agente visando colocar apto a retornar para a sociedade, entre tanto segundos profissionais da psicologia a psicopatia não tem cura e não

demonstra se quer qualquer tratamento eficaz, segundo Ana Beatriz Barbosa Silva (2014, p. 191): "a psicopatia não tem cura é um transtorno da personalidade, e não uma fase de alterações comportamentais momentâneas", podendo até mesmo quando forçado a passar por alguma terapia conseguindo ficar até ficar piores, uma vez que, apreendem a usar a psicologia para manipular outros indivíduos, segundo estudos realizados.

Pelo demonstrado, que os psicopatas que acabam por cometer crimes são, portanto, considerados seres imputáveis, portanto, a sanção penal cabível perfeitamente nestes casos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, são as penas privativas de liberdade.

Entretanto apesar de dentro de nosso ordenamento jurídico brasileiro, a sansão mais adequada pra os infratores da lei portadores de transtorno de personalidade antissocial ser as penas privativas de liberdade, ou seja, apreender e ser reeducado através da reprovabilidade da conduta.

Ainda assim existe problemas na aplicação de tal pena para esses tipos de agentes, tais como pontua Maranhão (2008):

> A experiência não é significativamente incorporada pelo psicopata. O castigo, e mesmo o aprisionamento, não modificam seu comportamento. Cada experiência é vivida e sentida como fato isolado. O presente é vivenciado sem vínculos com o passado ou futuro. A capacidade crítica e o senso ético se comprometem gravemente. [...] (2008, p. 88)

Como vemos a prisão como forma de reeducação e ressocialização não aparenta surgir efeito positivo em pessoas com transtorno de personalidade antissocial, visto que sua falta de sentimentos como os de arrependimento ou culpa não os impedem de voltarem a cometer novos atos criminosos após reinseridos na sociedade.

Segundo Morana (2009) A taxa de reincidência de pacientes com trandtorno de personalidade é três vezes maior que a de criminosos comuns. Em relação aos crimes violentos, a taxa de pacientes com psicopatia é quatro vezes maior que a de pacientes não psicopatas.

Além deste existe outro fator que pode se tornar prejudicial ao sistema carcerário ao colocar agente psicopatas presos junto com outros agentes, pois o seu imenso poder de manipulação pode destruir o sistema prisional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Eles podem controlam o sistema para obterem os benefícios legais, no período dentro da prisão podem coagir outros presos a iniciarem rebeliões, manipulam os funcionários, influenciam os outros detentos e impendem suas recuperações, e acabando por atrapalhar a função social da prisão que é apreender e ser reeducado através da reprovabilidade da conduta, e voltar para a sociedade.

Porém como já mencionado, mesmo diante das problemáticas apresentadas, a pena privativa de liberdade, até o momento por falta de legislação especifica, é a sanção penal mais adequada para os criminosos portadores de psicopatia dentro do nosso ordenamento jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica evidente que a psicopatia se trata de um transtorno e não de uma doença mental, pois quem a possui tem completo desenvolvimento mental. O referido transtorno não apresenta nenhum sintoma e é manifestado através de comportamentos socialmente reprováveis.

A respeito da sua imputabilidade, verificamos que o Código Penal não tem norma específica sobre o tema, e também não podemos defini-la com a interpretação do artigo 26, pois de acordo com o texto legal, será exclusivamente considerado inimputável, quem, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo, possuía ao tempo da ação ou da omissão, inteira incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em suma, para que a inimputabilidade fosse reconhecida ao psicopata, a psicopatia teria de ser uma doença mental, ou ao menos, um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, o que não é.

Como já mostrado anteriormente, o psicopata age de forma premeditada, tem total consciência de seus atos, e tem completa noção de suas consequências, porém, as infringe para conseguir seus objetivos, sendo elas meros obstáculos para seus intentos.

A cerca das sanções penais aplicadas aos psicopatas excluímos a medida de segurança da possibilidade de o Estado exercer o *ius puniendi* sobre o agente, por se verificar que tais estruturas estão direcionadas à prevenção e tratamento de criminosos comuns, o que não surge efeito para os psicopatas, visto que a psicopatia não se tem cura ou tratamento eficaz.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em relação as penas privativas de liberdade, as quais inclusive atualmente é a única maneira de se punir o criminoso psicopata, nota-se uma carência enorme do nosso ordenamento jurídico em especial falando o ordenamento penal, pois visto que estes indivíduos ao serem colocados juntamente com criminosos comuns dentro de uma penitenciária pode comprometer através de seu grande potencial de persuasão outros presos, atrapalhando na sua ressocialização e até mesmo os incentivando a iniciar rebeliões.

Outro ponto que se faz importante é a sua incapacidade de aprender com e de ser reeducado através da reprovabilidade da conduta, visto que este não tem sentimento de culpa ou arrependimento, não cumprindo assim o estado a função social da coerção que se trata de a ressocialização para o indivíduo estar apto a retornar para a sociedade, e como já vimos anteriormente isso não se faz eficaz para esse tipo de agente.

Por tanto de acordo com o exposto mostra-se a necessidade da criação de leis especificas para a punição e o tratamento de agentes portadores de transtorno de personalidade anti-social, a conhecida psicopatia, visto que as normas do nosso ordenamento aplicadas a eles não se tem o efeito desejado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

American Psychiatric Association. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais:** DSM -V. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed; 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. DECRETO-LEI nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

CHAVES José Péricles, MARQUES Leonor Matos**. Psicopatas: como são tratados no sistema penal brasileiro.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/psicopatas-como-sao-tratados-no-sistema-penal-brasileiro/. Acesso em: 20/05/2021.

Daynes, Kerry. **Como Identificar um Psicopata** . Editora Cultrix. Edição do Kindle. 2012.

GOMES Mariana de oliveira. **Psicopatia no âmbito do direito penal.** disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/43596442/monografia-psicopatia-no-ambito-do-direito-penal. acesso em: 21/05/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

HARE, ROBERT D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Porto Alegre: Artmed, 2013.

KARENINA Anna de oliveira vieira. **A ANÁLISE DA IMPUTABILIDADE DO PSICOPATA SOB O PRISMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**. Disponível em: https://www.passeidireto.com/arquivo/35462927/artigo-a-analise-da-imputabilidade-do-psicopata-sob-o-prisma-da-legislacao-penal. acesso em: 21/05/2021.

LUIZ José Junior. **Análise minuciosa sobre imputabilidade no universo jurídico e o exame de todas as manifestações da conduta delinquencial.** Disponível em:

https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2005/Imputabilidade. acesso em: 30/05/21

MARTINS Elisangela Souza rodrigues. Comportamento Criminal do Psicopata. disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/comportamento-criminal-do-psicopata/. acesso em :21/02/2021.

MARANHÃO, Odon Ramos. Psicologia do crime. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORANA, Hilda Clotilde Penteado. **Versão em Português da Escala Hare (PCL-R).** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

Moraes, Tatiane. **Psicopatas homicidas**. Editora Dialética. Edição do Kindle, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito pena: parte geral e parte especial. São Paulo: Imprenta, Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, M. V**. O tratamento dispensado ao criminoso psicopata pela legislação penal brasileira**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, nº 2843, 14 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE**. Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10**. Disponível em: https://icd.who.int/training/icd10training/ICD-10%20training/ICD-10_Resources/ICD-10_Volume_1.pdf . Acesso em: 20/05/2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral: arts 1° a 120. 3 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

RATH Ferdinando Resende. **Psicopata; o que é? Doença ou transtorno depersonalidade?.**Disponívelem:https://resenderathferdinando.jusbrasil.com.br/artigos/707110585/psicopata-o-que-e-doenca-ou-transtorno-de-personalidade.Acesso

em: 22/05/2021.

SANTOS, valeria de oliveira. **O Psicopata frente ao Código Penal brasileiro**. Disponivel em: https://jus.com.br/artigos/60016/o-psicopata-frente-ao-codigo-penal-brasileiro#:~:text=Nosso%20ordenamento%20Penal%20Brasileiro%20classifica,de%20acordo%20com%20tal%20entendimento. Acesso em : 20/05/2021.

SANTILEONE, Arthur. **DIREITO PENAL BRASILEIRO E PSICOLOGIA JURÍDICA: UMA ANÁLISE SOBRE OS CASOS DE PSICOPATIA** Edição do Kindle, 2021.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia:** A máscara da Justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

STOUT, Martha. **Meu vizinho é um psicopata**. Rio de Janeiro: Sextante, 2010. p.13-14.
ZAFFARONI, Eugênio Raul. Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1 – Parte Geral, 9º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume 1** – Parte Geral, 9º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

www.conteudojuridico.com.br

O DEVER DE INDENIZAR EM CASO DE ABANDONO AFETIVO

ERINÉIA DO CARMO DOS SANTOS OLIVEIRA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade UNA de Contagem.

VICTOR KENNEDY ARÊDES BRAGA[161]

(coautor)

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA[162]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda a parentalidade responsável, a importância da observância dos princípios contidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma a assegurar a proteção ao desenvolvimento saudável da criança e adolescente. Objetiva-se, por meio de técnica bibliográfica, atenuar os efeitos da negligência, da falta de amparo e afeto por parte de seus genitores, abordando a responsabilização civil nos casos de abandono afetivo. Para tanto, apresentam-se as distinções entre abandono afetivo e abandono material, os efeitos do poder familiar, bem como a responsabilização civil pelo abandono afetivo, circunstância capaz de gerar o dever de indenizar e reparar os danos causados às crianças e adolescentes. Defende-se, portanto, que quando alguém aciona o judiciário para reparação dos danos causados por abandono afetivo perpetrado pelo genitor, não pleiteia apenas uma compensação monetária para a sua dor, mas sim uma forma de reduzir, em parte, as consequências nefastas do prejuízo moral gerado em sua personalidade.

Palavras-chave: Parentalidade. Constituição Federal. Estatuto da Criança e do Adolescente. ECA. Abandono. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This article addresses responsible parenting, the importance of observing the principles contained in the Federal Constitution and the Statute of Children and Adolescents, in order to ensure protection for the healthy development of children and adolescents. The objective is, through bibliographic technique, to mitigate the

Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário UNA Contagem.

162 Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário Una Betim (2013). Pós Graduado em Direito Cível pela LFG (2015). Pós Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio (2016). Mestre em Direito Privado pela PUC Minas (2019). Conselheiro da OAB Contagem. Professor em Tempo Integral no Centro Universitário Una Betim.

effects of negligence, lack of protection and affection on the part of its parents, addressing civil liability in cases of emotional abandonment. To this end, the distinctions between emotional abandonment and material abandonment, the effects of family power, as well as civil liability for emotional abandonment, a circumstance capable of generating the duty to indemnify and repair the damage caused to children and adolescents, are presented. It is argued, therefore, that when someone sues the judiciary to repair the damage caused by affective abandonment perpetrated by the parent, they do not claim only monetary compensation for their pain, but rather a way to reduce, in part, the harmful consequences of the damage. moral generated in his personality.

Keywords: Parenting. Federal Constitution. Statute of the Child and Adolescent. Abandonment. Civil responsibility.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A diferença entre abandono afetivo e abandono material; 3 Conceito de poder familiar; 4 Elementos da responsabilidade civil; 5 A responsabilidade civil dos genitores pelo abandono afetivo; 6 O afeto como um direito fundamental; 7 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A partir do desenvolvimento da doutrina da proteção integral à criança, a definição do poder familiar deixou de ter significado de dominação, para ser entendido como proteção. Diante disso, foram acrescidos legalmente deveres e obrigações dosgenitores para com sua prole. Na legislação e na sociedade, os pais têm como dever prestar assistência aos filhos para que ocorra o bom desenvolvimento destes. O princípio da proteção integral da criança e do adolescente tem ligação ao princípio da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana, da convivência familiar e do afeto, que são determinações que devem conduzir a atuação dos pais na educaçãoe criação de seus filhos.

O indivíduo nasce incompleto, e se desenvolve ao longo do tempo, através das crenças, técnicas e conhecimentos adquiridos. Evolui também por meio da interação, ao passo que experimenta novos ambientes e novas pessoas. O núcleo familiar é o maior responsável por promover às crianças e adolescentes as bases necessárias para o desenvolvimento humano. Ademais, é necessário que os genitores contribuampara a formação da identidade e personalidade dos filhos, mediante incentivosfinanceiros e materiais, bem como, através do viés afetivo e instruções sociais e culturais. Dá-se o nome de abandono afetivo e abandono material à ausência de cumprimento em relação às obrigações afetivas e materiais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O abandono afetivo caracteriza-se pelo fato de um dos pais, ou ambos, deixar de prover à criança ou adolescente as condições afetivas necessárias para a sua formação como indivíduo. Caso essas condições não sejam proporcionadas, será prejudicado o desenvolvimento natural e saudável das crianças, causando impacto direto nas relações sociais e familiares. A proteção das crianças e adolescentes está relacionada à obrigação civil dos pais. Diante disso, a legislação brasileira preleciona acerca dos deveres de cuidado na formação da criança e do adolescente.

À vista disso, o presente artigo pretende demonstrar os institutos civis do abandono afetivo, abandono material e da responsabilidade civil, apresentando o conhecimento crítico e doutrinário acerca dos temas. Busca-se também o entendimento sobre quais circunstâncias de lugar e modo, ocorre o abandono e descumprimento aos direitos à identidade, imagem, personalidade e dignidade da criança.

A princípio serão demonstradas as distinções entre abandono afetivo e abandono material. Em seguida, conceituar-se-á o poder familiar. Logo após, tratará sobre a análise dos elementos da responsabilidade civil subjetiva, sejam eles: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e dano. Por fim, serão demonstradas as posições favoráveis e contrárias na doutrina e jurisprudência sobre o tema.

2. A DIFERENÇA ENTRE ABANDONO AFETIVO E ABANDONO MATERIAL

A legislação brasileira trata de maneira abrangente o dever dos pais em relação aos filhos, sendo que, aos pais incumbe: cuidar, assistir e educar os filhos. Entretanto, o conteúdo abordado pelo art. 229 da Constituição Federal, embora genérico, deve ser analisado de acordo com princípios constitucionais. Nesse sentido, Maria Berenice Dias retrata:

> Neste extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a vertentes patrimoniais. A essência existencial do poder parental é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelodesvelo, enfim, pela convivência familiar. (DIAS, 2009, p.388)

Diante disso, percebe-se que o cuidado não está ligado somente à proteção física, financeira e alimentícia. Os pais têm, para com os seus filhos, obrigações inerentes a função de progenitores, que devem ser cumpridas de forma a influenciar e auxiliar no desenvolvimento salutar e natural da criança. Perante o exposto do abandono moral dos genitores, Madaleno aduz que:

> Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindodeixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.(MADALENO, 2009, p.310)

Nesse sentido, o abandono afetivo caracteriza-se como o desprezo, falta de carinho, atenção e amor na relação com a criança. Várias ocorrências podem caracterizar este abandono. É comum pais normalizarem a ideia de que a manutenção dos filhos somente através do pagamento de pensão alimentícia é o bastante para desobrigar sua responsabilidade, sem se preocupar em visitar, prover afeto, propiciar momentos de atenção e demonstração de amor.

Em outra perspectiva, com relação aos filhos advindos de matrimônios dissolvidos, os genitores que não possuem a guarda acabam por negligenciar seus filhos, causando-os sentimento de rejeição e influenciando em sua autoestima.

Os genitores, tendo em vista seu papel legal familiar e social, devem providenciar aos seus filhos as condições necessárias à alimentação, moradia, estudos, vestimenta, lazer e similares. O abandono material por sua vez, advém do descumprimento destes deveres de fornecer bens materiais. Em vista ao exposto, considera-se que o não cumprimento destas obrigações podem, inclusive, acarretar na obrigação de indenizar, visto que a ausência destes deveres também afeta o crescimento e desenvolvimento da criança.

A doutrina de proteção integral da criança estabelecida no artigo 227 da Constituição, demonstra que a criança é destinatária de direitos à saúde, alimentação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

educação, lazer, cultura, dignidade, entre outros e, que deve existir a proteção contra toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O princípio da proteção integral da criança vincula-se aos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do planejamento familiar, que devem nortear a conduta dos genitores em relação a criação de seus filhos.

Com relação ao princípio aduzido, discorre Madaleno (2009):

> A criança hoje é vista como sujeito de direitos, pessoa em desenvolvimento,titular de direitos fundamentais previstos na Carta Magna, sendo, por isto, merecedora de especial proteção. Seus interesses devem ser priorizados: pelo Estado na promoção de políticas públicas voltadas a este público, pelosaplicadores do Direito na decisão que melhor satisfaça estes interesses, pelafamília e sociedade, no respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento (MADALENO, 2009 p.203)

Assim, deve o Estado proteger e resguardar esses direitos disciplinados legalmente, devendo ainda, os genitores fornecerem meios para o cuidado das crianças e adolescentes, protegendo-os de toda diferença e descuido.

3. CONCEITO DE PODER FAMILIAR

A Constituição Federal de 1988, em seu art. art. 227, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 4°, defendem a Doutrina da Proteção Integral, que assegura a proteção das crianças e adolescentes. Tais direitos são inerentes ao exercício do poder familiar e vão muito além do sustento e da educação destes.

O poder familiar tem relação como os direitos relativos ao filho, no que concerneas obrigações a serem exercidas pelos pais, como a proteção, à educação, saúde, alimentação etc.

Frequentemente o poder familiar é exercido pelos pais, podendo ser transferidoaos avós ou representantes legais da criança. Ademais, o poder familiar tem a atribuição de determinar aos pais a responsabilidade de provimento, cuidados e guarda em relação aos filhos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira, este instituto é o "complexo de direitos e deveres quanto a pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições".

Maria Helena Diniz afirma.

> O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dosfilhos. (Dias 2012, p. 1.197)

Nesse seguimento, ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.360) que: "poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante a pessoa eaos bens dos filhos menores".

Desta forma, o poder familiar é um instituto que estabelece ligação entre pais e filhos, que são os sujeitos da relação jurídica que se constitui por vínculo, determinando aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos.

4. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para caracterizar a responsabilização civil, são necessários os seguintes elementos: a presença de ação, nexo de causalidade e dano.

Deverá sempre existir uma conduta na responsabilidade civil, este ato deve ser comissivo ou omissivo. A conduta é voluntária, pois está sobre o controle do agente, além de imputável, pois é possível atribuir ao agente a autoria ou responsabilidade doato.

A ação também pode ser exercida mediante dolo ou culpa. Acerca do tema,Maria Helena Diniz nos informa que.

> O Agente pode agir com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou com culpa, se assume o risco de provocar o dano, mesmo consciente das consequências do seu ato, agindo com imperícia, negligência ou imprudência. Na culpa entende-se que há um erro de conduta do agente queacaba por causar lesão a direito alheio. Esta pressupõe um dever

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> jurídico violado e a imputabilidade do agente, que é a capacidade de discernimento (DINIZ, 2012, p. 140)

Diniz também defini conduta humana como:

> O ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause danos a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser lícita ou ilícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agirou da prática de certo ato que deveria realizar-se. [...]. Deverá ser voluntáriano sentido de ser controlável pela vontade á qual se imputa o fato, de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado deinconsciência, sob efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc.(Diniz 2007, p.38-39)

Segundo Carlos Alberto Gonçalves:

> A ação deverá ser voluntária no sentido de ser controlável pela vontade do autor, pois atos praticados sob absoluta coação e em estado de inconsciência não ensejam responsabilização, assim, como os danos praticados por fatos invencíveis, tais como tempestades, incêndios, terremotos, inundações etc. (GONÇALVES, 2003, p.34).

Conforme a doutrinadora Maria Helena Diniz:

> A ação, fato gerador da responsabilidade, poderá ser ilícita ou lícita. A responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na ideia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, que se vem impondo na atualidade, principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos. O comportamento do agente poderá ser uma comissão ou uma omissão. A comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. (DINIZ, 2011, p.56)

À vista disso, a análise da culpa existe tanto como pressuposto da responsabilidade subjetiva, como critério de valoração da conduta do agente para serapurada sua responsabilidade.

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado. Para que seja caracterizada a responsabilidade civil, é indispensável que o dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente e que haja entre ambos uma necessária relação de causa e efeito.

Acerca do tema, destaca Maria Helena Diniz:

> O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se "nexo causal", de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela consequência. (DINIZ, 2011, p.127)

Assim, o nexo de causalidade é a ligação entre a conduta praticada e oresultado, ou seja, a ação ou omissão deve ser a causa originária do evento danoso.A existência de dano é requisito essencial para a responsabilidade civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não poderá haver indenização sem a existência de um prejuízo, devidamente comprovado,

a um bem ou interesse jurídico, seja este dano material ou moral.

Sergio Cavalieri Filho traz a seguinte definição de dano:

> Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, que se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade davítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesãode um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALLIERI FILHO, 2010, p.73)

Para Maria Helena Diniz "o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral" (DINIZ, 2006).

Neste sentido, afirma Rui Stoco:

> O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ousubjetiva. " (STOCO, 2007, p. 128).

Desta maneira o dano é a perda enfrentada pela vítima, alcançando tanto a esfera de interesses patrimoniais quanto os extrapatrimoniais, podendo ocasionar, dano material e dano moral.

Os direitos da personalidade são subjetivos da pessoa, em outros termos, a defesa da identidade, honra, liberdade, intimidade, integridade física, moral e sua própria dignidade. A violação a estes direitos resulta em danos na esfera extrapatrimonial do indivíduo, sendo devida a reparação.

Desta forma, caracteriza-se o dano moral pela violação ao direito de personalidade, e as consequências deste dano são: humilhação, dor, sofrimento,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aflição tristeza, entre outros. Configura-se o dano moral como aquilo que causa violação a dignidade de alguém.

De acordo com Cavalieri Filho:

> Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústias e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão de fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no transito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALLIERI FILHO, 2008, p.83):

Neste mesmo sentido, destaca Carlos Roberto Gonçalves:

> Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES 2009, p.359)

A reparação por dano moral, por sua vez, tem como objetivo compensar de alguma forma a vítima, portanto, consiste em ressarcir os efeitos da lesão jurídica pecuniariamente. Sobre esta temática OLIVEIRA nos ensina que:

> Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, sobre a honra, nome profissional e família, não pede um preço para a sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar, em parte, as consequências do prejuízo. De fato, após o estabelecimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> expresso na Carta Política de 1988, diversas legislações infraconstitucionais passaram a inserir normas referentes a reparação civil por dano moral, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, que coloca a criança e o adolescente a salvo de danos a sua integridade física, moral e psíquica, protegendo-os de lesões a sua dignidade ou a qualquer direito fundamental. (Apud DINIZ, 2007, p.60)

Com isso, verifica-se que o dano moral tem o intuito de compensar a violação aos direitos da personalidade que geram lesão à esfera de interesses não patrimoniais da vítima.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONOAFETIVO

A responsabilidade civil advém do dever de reparar a lesão ao bem jurídico deoutrem, sendo estabelecida em razão do descumprimento de uma norma jurídica pré-existente.

Os direitos da progênie encontram-se resguardados na Constituição Federal. Entre esses direitos podem ser citados: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), planejamento familiar (art. 226, § 7º da Constituição Federal), direito a convivência familiar (art. 227, caput da Carta Magna) e a paternidade responsável.

Com a separação dos genitores, quando os filhos nunca tiveram convivência familiar com ambos os pais, pode aumentar o risco de sofrerem negligência e abandono efetivo. Tal situação pode causar aos filhos traumas e danos psicológicos, desde a fase da infância até a fase adulta.

Nessa acepção, o poder familiar deve fazer parte do núcleo de envolvimento das famílias, em que a relação de afeto é condição primordial para a formação da mesma. Assim, explana Maria Berenice Dias:

> O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar seus filhos sem lhes omitir o carinhonecessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> contexto familiar para o desenvolvimento sadio das pessoas em formação. Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. (DIAS, 2009, p.415)

Diante disso, a doutrina determina que o agente que, dolosa ou culposamente, por meio de uma conduta antijurídica, seja por ação ou omissão, causar dano a outra pessoa, ofendendo lhe um bem jurídico tutelado, dever-lhe a justa reparação e indenização.

A obrigação dos pais, embora seja uma decorrência natural da concepção, não foge às regras do Direito Civil Brasileiro. Nesse sentido, Álvaro Villaça de Azevedo complementa que "o descaso paterno merece punição, para preservar, senão o amor (o que seria impossível), a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa trauma moral" (AZEVEDO, 2002, p. 289).

Sobre as consequências da conduta de pais negligentes, constata Gomide (2004, p.69) que "a negligência é considerada um dos principais fatores, senão o principal, a desencadear comportamentos antissociais nas crianças, e está muito associada à história de vida de usuários de álcool e outras drogas, e de adolescentes com o comportamento infrator".

Ainda segundo Gomide, a criança negligenciada é insegura, e por não ter recebido afeto, demonstra-se frágil. Algumas se comportam de forma apática, outras agressivas, mas nunca de forma equilibrada (GOMIDE, 2004).

Dias (2009, p. 416), entende que "a omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, privando seu filho do convívio paterno, pode produzir danos emocionais merecedores de reparação".

Para Flávio Tartuce, é plenamente aplicável o art. 186 do código civil como embasamento legal para a punição dos autores do abandono afetivo:

> É possível a indenização por abandono afetivo, com base no art. 186 do Código Civil, pois ocorre nestes casos violação do direito à convivência paterna. Ele afirma que a violação do direito alheio é incontestável pelo estudo do art. 1.634 do Código Civil, dispositivo legal que prevê os atributos do poder familiar. Além disso, menciona o art. 229 da Constituição, que também faz menção aos deveres dos pais pelos filhos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Tratando-se de deveres jurídicos que, uma vez violados geram o direito subjetivo a indenização. (TARTUCE, 2010, p.43)

Assim, é pacífico o entendimento de que o abandono afetivo gera diversas consequências na formação e desenvolvimento da criança e, deve, portanto, ter seu dano reparado.

6. O AFETO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Para que se inicie os estudos do afeto, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, é importante esclarecer, que não se trata de amor, mas sim de cuidado. O Estado não pode obrigar uma pessoa a amar a outra. Na jurisprudência pátria, sintetiza a Ministra Nancy Andrighi em seu voto no julgado do Recurso Especial Nº 1.159.242 – SP que "amar é faculdade, cuidar é dever". Ainda expõe:

> [...] não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal decuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisnado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos [...]

Para configurar o afeto como um direito fundamental, se faz importante citar o entendimento de Bobbio, segundo ele não existem direitos fundamentais por natureza,uma vez que estão interligados a uma concepção circunscrita histórica e regionalmente, pois "O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas." (BOBBIO, 1992, p.18-9)

Dessa forma, para o afeto ser considerado um direito fundamental, não é necessário que esteja expressamente no rol de direitos fundamentais manifesto na Constituição Federal de 1988, nos termos do §2º do artigo 5º. Isto porque, conforme

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

exposto acima, os direitos fundamentais apresentam como uma de suas características a historicidade, na medida em que estariam relacionados a um determinado contexto histórico e social.

Como já demonstrado, a família evoluiu e passou a não ser mais apenas um simples elo econômico, vindo a possuir laços de afetividade que se consolidaram com o passar das décadas. Ou seja, a atualidade requer humanização da família, levando também em conta o afeto.

Na construção de uma família o afeto é algo essencial. Dentro da presente concepção, se faz indispensável as palavras de Dias:

> O direito das famílias, ao receber o influxo do direito constitucional, foi alvo de uma profunda transformação. O princípio da igualdade ocasionou uma verdadeira revolução ao banir as discriminações que existiam no campo das relações familiares. Num único dispositivo, o constituinte espancou séculos de hipocrisia e preconceito. Além de alargar o conceito de família para além do casamento, foi derrogada toda a legislação que hierarquizava homens e mulheres, bem como a que estabelecia diferenciações entre os filhos pelo vínculo existente entre os pais. A Constituição Federal, ao outorgar a proteção à família, independentemente da celebração do casamento, vincou um novo conceito, o de entidade familiar, albergando vínculos afetivos outro.(DIAS, 2011, p.23).

A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, trouxe a tutela da pessoa humana assegurando, portanto, principalmente o respeito e a proteção aos direitos fundamentais, então mesmo que não seja reconhecido de modo expresso pela Constituição Federal, o afeto pode ser considerado um direito fundamental, pois ele éinerente à pessoa humana.

Importante destacar, que o afeto é importante para preservação da entidade familiar. Essa preservação é demonstrada como um interesse do indivíduo, que necessita de um núcleo estável para evoluir como ser humano.

Em tese, a função da família deveria sempre ter sido de grupo de convivência familiar e de solidariedade, o que tem sido reconhecido pela jurisprudência dos tribunais e pelos juristas. A sociedade é composta por laços de afeto, e quando isso acaba por tocar as relações jurídicas, o direito tem que regular essas relações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar e julgar os litígios que apresentam problemas relacionados ao afeto e ao núcleo familiar, o juiz responsável deve estar atento às particularidades apresentadas em cada caso concreto.

É importante destacar que o valor de uma indenização nessas lides não reparará o amor que foi perdido, a convivência que nunca existiu e o afeto propriamente, mas deve servir como uma punição pedagógica para educar quem abandona e fazer com que outros pais e mães tenham uma conduta responsável em relação aos seus filhos, sujeitos de direitos. Segundo Santos: "A indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende a duas relevantes funções além da compensatória: a punitiva e a dissuasória." (SANTOS, 2005, p.132).

Primeiramente, é possível pensar que humanização e monetização do afeto podem parecer expressões que vão de encontro uma com a outra, isto é, não é possível colocar preço em uma relação que está se tornando mais humanizada com o passar do tempo. Mas a monetarização configura humanização.

As relações de afeto assumem papel cada vez mais importante na sociedade atual e atentar contra elas, causa danos e gera obrigações indenizatórias.

Como exemplo, é possível citar uma ação proposta por um filho contra o pai, quanto ao pedido de indenização. Vale citar a Apelação Cível nº. 408.550-5 interposta no Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 2004. Nesta apelação decidiu o Tribunal pela admissibilidade do pedido de indenização, usando como argumento o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, junto ao que se denominou princípio daafetividade, concedendo indenização no valor de duzentos salários mínimos ao filho.Consta no acordão da decisão que:

> No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes defamília, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como umarelação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. [...]

Como dito anteriormente, não é possível precificar o afeto, mas talvez essa forma de punição possa atenuar os casos de abandono dos pais e, como consequência, evitar o ajuizamento de ações de indenização por abandono afetivo pelos filhos, sendo, portanto, uma possível solução.

A responsabilização por abandono afetivo é mais uma prova de que é possível conferir a fundamentalidade do afeto. O abandono afetivo decorre de uma conduta omissiva praticada pelos pais em relação aos filhos, baseada nos artigos 186 e 927 do Código Civil, artigo 229 da Constituição Federal e artigo 1.634, I do Código Civil, que impõem o dever de criação e educação. "Os danos daí decorrentes vinculam-se aos direitos da personalidade, bem como a proteção da dignidade humana. O nexo causal advém da determinação da omissão dos pais como causa adequada ao abalo psíquico do filho." (SANTOS, 2009, p. 205-208).

Com isso, conclui-se que a pretensão do Estado, inicialmente, é não intervir nas relações familiares. No momento em que isso não é possível, o mesmo deve interferir para resolver os litígios.

Assim, o afeto deve ser considerado e reconhecido como direito fundamental, viabilizando proteger a dignidade da pessoa humana e permitindo romper paradigmashistóricos, em respeito à igualdade e a busca pela felicidade.

7. CONCLUSÃO

O princípio da proteção integral, dentre outros descritos na Constituição e no ECA, demonstram que crianças e adolescentes são detentores de direitos fundamentais, merecedores de especial proteção por parte da família, sociedade e Estado. Em vista disso, é necessário resgatar a parentalidade responsável, buscar uma mudança de cultura numa sociedade onde muitos genitores só exercem a paternidade nos finais de semana, negligenciando seus filhos.

O instituto da responsabilidade civil está ligado ao direito de família, justamentepara evitar a impunidade frente aos atos considerados ilícitos, como o do abandono afetivo, que configura desrespeito a direitos legalmente assegurados.

Conclui-se com o presente artigo que tanto a transgressão das regras previstas em lei quanto o abandono afetivo geram o dever de indenizar e reparar os danos causados às crianças e adolescentes.

As perdas pessoais decorrentes do abandono afetivo por parte de seus genitores são extensas e profundas, gerando impactos na formação humana das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

crianças, e ainda que a indenização pecuniária não seja capaz de trazer-lhes tudo o que foi perdido, a responsabilização dos genitores autores do abandono afetivo, permite que as vítimas tenham uma oportunidade de obter a competente reparação, dando-lhes o sentimento de que a justiça foi feita.

Ademais, a devida e justa punição mostra a sociedade os riscos sociais relativos ao abandono afetivo das crianças, além de mostrar para as pessoas a necessidade de que se crie uma cultura que repudie toda e qualquer violação de direito inerentes às crianças, protegendo-as e dando-lhes condições dignas de crescimento e desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 26março de 2021

_____. Lei 9.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências.** Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em 26 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relator: Min.Nancy Andrighi. Ementa: civil e processual civil. Família. Abandono afetivo.**

Compensação por dano moral. Possibilidade. Julgamento em 24 abr. 2012, publicação em10 maio 2012. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200901937019 &p v=000000000000. Acesso em: 01 de maio de 2021.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 19. reimp.,Rio de Janeiro: Elsivier, 1992. Traduzido de L'Età dei Diritti. (Aula 3, Primeira Parte)

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 25de abril de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas,2010, pág. 73.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dosTribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5º ed.São Paulo:Revista dosTribunais,2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 7º volume: responsabilidade civil,21 ed, São Paulo:Saraiva,2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011,pág. 56.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011,pág. 127

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil.** 19 ed.São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 5º Ed. São Paulo: Revista dosTribunais, 2009.

GOMIDE, Paula Inez. **Pais presentes pais ausentes: regras e limites.** Petrópolis: Vozes,2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 6: Direito de Família. 9ª ed. SãoPaulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto**. Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2008. v. IV.

GONÇALVES, Carlos Roberto: **Responsabilidade civil**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: consulta de processos.

Apelação Cível n. 408.550-5/MG, de 1º abr. 2004. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid

=8255F44FE2C3E51813EFC6D530302DD4.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&
linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.4085505%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesq uisar>. Acesso em 01 de maio de 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil,** v. 5: Direito de Família. 20ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.448

Responsabilidade Civil: **Origem e pressupostos gerais.** Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-origem-e-pressupostos-gerais/ >. Acesso em 23 de março de 2021

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Indenização por abandono afetivo**.In: ADV-SeleçõesJurídicas, fev.,2005.

TARTUCE, Flávio. **Princípios constitucionais e Direito de Família.** In CHUNELLATO, Silmara Juny de Abreu, SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu et ZUCCHI, Maria Cristina (Orgs.) Direito de família no novo milênio. São Paulo: Atlas, 2010.

www.conteudojuridico.com.br

A LEI 11.340/2006 E AS MEDIDAS PROTETIVAS EM RELAÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.

VÍVIA SOARES DE AZEVEDO PAIVA: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus (ULBRA)

IGOR DIETER PIETZSCH

(orientador)

RESUMO: O presente artigo sobre a Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, destacando a eficácia e/ou ineficácia das medidas protetivas no combate a violência doméstica e familiar contra a mulher, uma problemática social que precisa ser sanada. As medidas protetivas previstas na lei 11.340/2006 buscam assegurar as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar à "certeza" que seus agressores se manterão a uma distância considerável, pois, caso os mesmos contrariem a decisão judicial que determinou esse afastamento, sofrerão os rigores da lei, funcionando assim como uma coação psicológica em relação aos agressores no cometimento do delito.

Palavras-Chaves: Medidas protetivas; Lei Maria da Penha; Mulheres.

ABSTRACT: This article on Law 11.340 / 2006, popularly known as the Maria da Penha Law, highlights the effectiveness and / or ineffectiveness of protective measures in combating domestic and family violence against women, a social problem that needs to be addressed. The protective measures provided for in Law 11.340 / 2006 seek to ensure women victims of domestic and family violence to the "certainty" that their aggressors will remain at a considerable distance, because, if they contradict the judicial decision that determined this removal, they will suffer the rigors of the law, thus functioning as a psychological constraint in relation to the aggressors in committing the crime.

Key words: Protective measures; Maria da Penha Law; Women.

1. INTRODUÇÃO

A vida a dois nunca foi algo fácil de conduzir, visto que são duas personalidades com gostos e opiniões diferentes, e por conta dessas diversidades e de vários fatores inerentes ao ser humano, hoje vivenciamos e enfrentamos uma problemática que aflige toda a sociedade, seja de forma direta ou indiretamente, (*A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR*).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A violência doméstica e familiar tem sido um dos fatores que destroem vidas e relacionamentos, muitas vezes por falta de dialogo, falta de sabedoria em conduzi-lo, ou ainda por conta de resquícios de um machismo arraigado em nossa descendência e criação, fruto de um país de origem patriarcal, onde a mulher por muitas décadas foi vista como um objeto, destituída de direitos, a qual servia para um único proposito, PROCRIAR.

Apesar de o tema ser objeto de discursão, polêmica e repúdio, e estar sempre presente nos jornais, e redes sociais, ainda encontramos mulheres que não sabem como proceder diante de uma situação constrangedora, a qual em alguns casos é fatal, e por falta de tais conhecimentos, acaba se tornando refém de agressões que só aumentarão.

Na busca de prevenir, erradicar e punir a violência contra a mulher tem-se a lei denominada Lei Maria da Penha, a qual entrou em vigor no dia 22 de setembro de 2006. Na citada Lei o legislador preocupou-se em proteger as mulheres vítimas dessas violências, incluindo medidas protetivas de urgência.

A Lei n. 11.340/06 traz aumento de pena ao crime de lesão corporal devido à violência doméstica, permitindo agregar não só a *vis corporalis* (violência física), mas também as demais formas de violência, como a psicológica, moral, sexual e patrimonial.

Por conta dessa problemática, o estudo em análise estabelece como seu objetivo principal, analisar o âmbito de abrangência das medidas protetivas tipificadas na Lei Maria da Penha, em relação à prevenção de novas agressões às vítimas. E ainda estudar a importância dessas medidas na erradicação da violência doméstica e familiar; além de apresentar um efeito promissor em coibir o agressor em suas praticas criminosas.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA MULHER NA SOCIEDADE

Ao analisarmos a História do nosso Brasil, é possível perceber que a mulher por várias décadas e até mesmo séculos vem sofrendo as mais diversas formas de descriminação por conta da sua condição de mulher, fatores esses que podem ser relatados de uma forma sucinta, e cronológica:

- Em 1827 a mulher conquista o direito de cursar além do Ensino Fundamental I;
- Em 1897 elas ganham finalmente o direito de cursar uma faculdade;
- Em 1932 a mulher conquista o direito ao voto.

Com essa breve analise temporal, é possível verificar que não é de hoje que a mulher sofre descriminação por conta dessa condição biológica, algo que não devemos nos orgulhar como nação e nem aceitar como uma sociedade democrática de direitos.

2.1. HISTÓRICO DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

Analisando o contexto histórico em relação ao combate a violência domestica e familiar, tivemos um enorme avanço no ano de 2006, com o nascimento da lei 11.340/2026, a qual veio esclarecer a obscuridade sobre o principio da igualdade, especificamente em seu aspecto material, (*equidade*), onde devemos tratar os desiguais de forma desigual mediante sua desigualdade. Daí a importância das medidas protetivas, as quais encontram tipificação nos artigos 22, 23 e 24 da lei acima mencionada, e que busca inibir que tais atos de violências se propaguem ou que tenham continuidade, e que em caso de descumprimento do estabelecido, o agressor sofrerá sanções penais. Com isso preserva-se a dignidade dessas mulheres, e combate esses criminosos, covardes que na grande maioria das vezes se utiliza de sua força física, a qual é superior a de uma mulher, para assim agredi-la, e até mata-la.

2.2. ESPÉCIES DE VIOLÊNCIA

Violência Doméstica

> A violência doméstica é aquela praticada dentro de casa, usualmente entre parentes, principalmente entre marido e mulher, embora possa ocorrer contra criança (filhos) ou idosos da família.

Violência Física

> A violência física é aquela que faz uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremessos de objetos, queimaduras, visando o agressor, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes.

Violência Psicológica

> A violência psicológica é a agressão emocional percebida por comportamento típico de ameaça, rejeição ou discriminação da vítima.

Violência Sexual

> A violência sexual é caracterizada pela conduta violenta que obriga a prática ou a participação ativa em relação sexual não desejada, além daquelas que provocam o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

constrangimento à vítima em presenciar, contra seu desejo, relação sexual entre terceiros.

Violência Patrimonial

A violência patrimonial consiste na apropriação dos proventos que a mulher obtém com seu trabalho ou controle abusivo de destinação de suas rendas.

Violência Moral

A violência moral refere-se à desmoralização da mulher vítima, imputando a ela conduta que configura calúnia, difamação ou injúria.

Violência Social

A violência social ocorre devido à utilização da força de um grupo social sobre outro. Discriminação, preconceito, desrespeito às diferenças, intolerância ou submissão de um grupo é entendido como violência social.

3. METODOLOGIA

Para conseguirmos uma analise mais próxima possível da realidade, foi utilizada no trabalho científico a técnica de pesquisa de coleta de dados, a qual se pautou em duas linhas de pesquisa: Pesquisa de Campos e Análise Documental.

Na pesquisa de campo buscaram-se informações na Companhia Ronda Maria da Penha, a respeito dos casos atendidos em relação às medidas protetivas, também foi verificado na delegacia especializada o número mensal e anual de boletins de ocorrência e se estas vítimas recebem por parte do Estado algum tipo de assistência para que possam prosseguir suas vidas normalmente.

Na análise documental, verificamos o número de mulheres que foram vítimas de violência doméstica e familiar, as quais foram instituídas medidas protetivas, mas que mesmo assim por falta de um aparato satisfatório por parte do Estado, acabaram sendo novamente vítimas de violências e em alguns casos até mortas, uma realidade triste, mas infelizmente vivemo-la.

Frente à necessidade de dados fidedignos, contamos com a participação do Capitão Mekaiim, Sub Comandante da Companhia (Ronda Maria da Penha), no município de Manaus, capital do Estado do Amazonas, o qual informou em uma entrevista exclusiva a conclusão desse trabalho acadêmico (*Artigo Científico*), a importância das medidas protetivas previstas encontradas na lei 11.340/2006, e a real

necessidade de impor seu cumprimento, aproveitando o ensejo, mencionou quão grandiosa tarefa a Companhia Policial Militar vem desenvolvendo em toda Manaus, estendendo-se às regiões metropolitanas, e posteriormente a meta é alcançar os demais municípios do Estado.

Na linha de pesquisa foi utilizado o método Indutivo, onde demos início a casos específicos e pontuais, para só então chegarmos a uma conclusão que nesse caso se mostrou verdadeira. (as medidas protetivas têm surtido efeito, na erradicação ao número de violência doméstica e familiar). Ainda usamos como método de pesquisa o método dialético, sendo que o assunto necessita de uma pesquisa de campo, pautada no diálogo para só então podermos ter um levantamento dos casos, sendo que jamais estaremos diante de números reais, pois muitos casos nem chegam a serem registrados, formando o que a criminologia denomina por Cifra Negra.

4. DESENVOLVIMENTO

Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007, p.24) definem a violência contra a mulher como:

> "*Qualquer ato, de ação ou omissão que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meios de enganos, ameaças, coações ou qualquer outro meio, a qualquer mulher e tendo por objetivo e como efeito intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papeis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais*".

Frente aos autores acima mencionados, podemos extrair um conceito de violência doméstica e familiar, pois erroneamente acredita-se que violência se restringiria apenas à agressão física, e que através dos conceitos trazidos por nosso ordenamento jurídico, percebe-se que a palavra violência vai além, e que em alguns casos essa forma de proceder do agressor já é o último estágio, ou ainda o único percebido pela sociedade ou até mesmo pela vítima, o qual já tem perpassando pelas mais diversas formas de violência existentes e imagináveis.

Ao tratar das medidas protetivas as quais tem por objetivo combater a violência doméstica e familiar precisa-se concentrar toda nossa atenção para algo muito maior e com sequelas irreparáveis nesse circulo macabro, (a família).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> "A família sempre foi vista como um alicerce da sociedade. No entanto, a realidade da vida moderna tem apresentado um conjunto de fatores de ordem moral, sentimental, econômica e jurídica que concorrem para o desvirtuamento do conceito tradicional da família". (CRISTÓVÃO, 2008, p. 16).

A Lei Maria da Penha define como violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, na unidade doméstica, no âmbito familiar e em qualquer relação íntima de afeto a que ela esteja ligada (art. 5° da Lei 11.340/06), relata:

> Art. 5. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Em complemento ao entendimento que se extrai do artigo 5° da Lei 11.340/06 em relação à definição de violência doméstica, tal conceito não poderá ser apreciado isoladamente. Para interpretar o verdadeiro conceito de violência doméstica e familiar, deve-se analisar o referido artigo em conjunto com o artigo 7° da mesma lei, que de acordo com (DIAS, 2019, p. 63). Esse define como sendo "violência doméstica e familiar à violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral".

Dispõe o artigo 7°:

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

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

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

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

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

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

Frente a análise da Lei 11.340/06, observar-se que a mesma pontuou alguns de seus artigos para tratar das medidas protetivas de urgência, o que é perceptível a parti do artigo 1º da referida lei, aos quais fica notória a intenção em criar mecanismos contundentes e firmes em coibir tais violências. Entretanto adentraremos especificamente em seu conteúdo propriamente dito nos artigos 18 e estendendo-se ao artigo 24-A, que discorre sobre o seu descumprimento.

> Art. 1. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Ainda com relação às disposições gerais a respeito das medidas protetivas, ressalta-se o caráter das mencionadas de tutela de urgência, a exemplo do referido assunto tem-se o artigo 18 da lei em comento, que estabelece que o pedido da vítima para que se estabeleça algum dos mecanismos de proteção deve ser analisado em 48 horas pelo juiz:

> Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:
>
> I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;
>
> II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;
>
> III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Com relação às medidas protetivas tipificadas na lei 11.340/2006, podemos ainda mencionar de forma especial a do artigo 22, pois atua de forma enérgica em relação ao agressor; sendo que as determinações nele contida podem ser tanto comissivas quanto omissivas, a qual ensejará no crime de desobediência judicial, o seu não cumprimento.

De acordo com a compreensão do artigo acima citado, destacamos o artigo 12-C, o qual foi inserido pela lei 13.827/2019 a lei em analise, lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o qual o texto legal traz o seguinte comando.

> Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência

> doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:
>
> I - pela autoridade judicial;
>
> II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca;
>
> III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.
>
> § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.
>
> § 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Nucci (2019, p. 2) argumenta em relação aos benefícios e legalidades do artigo acima mencionado, trazendo a ideia tais medidas preservam a reserva de jurisdição, uma vez que a lei prevê "a comunicação da medida ao juiz, no prazo máximo de 24 horas, decidindo em igual prazo, para manter ou revogar a medida". Ainda, atesta que a lei é constitucional e inclusive, privilegia a dignidade da pessoa humana:

Destarte (PORTO, 2014, p. 122), retrata em qual momento a medida deve ser executada para produzir o efeito esperado. "Ante a notícia da prática ou do risco concreto de algum crime que o justifique".

Ainda em relação às medidas protetivas, temos o inciso III do artigo 22 da lei em comento:

> 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:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Conforme Didier Jr. e Oliveira (2008, p. 11) "devem ser observados aqui todos os parâmetros previstos em lei para o reconhecimento e exercício do direito à percepção de alimentos". Eles devem ser fixados "na proporção das necessidades que o reclamante tem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para fins de educação, e dos recursos da pessoa obrigada".

De acordo com os autores acima mencionados, percebe-se que as medidas protetivas de urgência vão além de um simples afastamento do agressor, mas vem trazendo direitos de fazer, de obrigação, os quais podem variar de acordo com o caso concreto, e mediante as condições da vítima. Ainda observando os autores citados, percebe-se a preocupação em relação à proteção as vítimas de violência doméstica e familiar, mas não somente no aspecto físico vindo abrangi os aspectos social e psicológico.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto e frente a todos os argumentos e posicionamentos dos autores acima citados, ficou nítido que para combatermos a violência contra a mulher, a Lei "Maria da Penha" é e será uma das principais medidas adotada juridicamente, sendo por suas medidas ou pelas penalidades impostas.

Importante mencionar que somente a imposição de uma lei, não será suficiente para chegarmos ao nosso objetivo final, que no caso é o fim da violência doméstica e familiar, em destaque contra a mulher, sendo que é a parte que mais sofre com esse tipo de violência, por conta disso, é fundamental a continuação da promoção e realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como da difusão da Lei e dos instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres.

Frente à importância, das campanhas e difusão do tema, surge e necessidade de inserção nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, ensinando as nossas

crianças, jovens e adultos o verdadeiro significado do conceito de ser humano e os direitos relacionado a esse ser, o qual ultrapassa as barreiras de gênero, raça, etnia ou qual outra particularidade individual. Só assim poderemos pensar em uma realidade onde não fosse preciso usar a lei 11.340/2006. "Adiciona a necessidade de capacitação permanente dos agentes policiais quanto às questões de gênero e de raça e etnia" (PIOVESAN; PIMENTEL, 2014, p. 113-114).

Como é notório após tudo que foi explanado no trabalho, combater a violência doméstica e familiar, não é tarefa apenas do legislativo na produção de lei, ou do judiciário em sua aplicação, mas sim fruto de uma conexão de toda a sociedade, a qual deve estar empenhada em excluir essa problemática do seu meio. Trabalhando dessa forma e nas mais diversas áreas sociais, o combate a tal violência e o respeito ao próximo independente de qualquer qualidade particular, importando apenas uma qualidade e a única especial, ser *HUMANO.*

6. REFERÊNCIAS

Brasil. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) Comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007

Lei nº.11.340, de 7 de ago. de 2006. Lei Maria da Penha. Cria Mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: . Acesso em: 10 out. 2008.

CRISTÓVÃO, Isolete. As medidas protetivas na Lei Maria da Penha. Biguaçu: Universidade Vale do Itajaí, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha na Justiça. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos Processuais Civis da Lei Maria da Penha (Violência Doméstica e amiliar Contra a Mulher). Revista Magister de Direito das Famílias e Sucessões, n. 4, jun./jul. 2008.

MENESES Pedro, Tipos de Violências. Diferença, https://www.diferenca.com/tipos-de, 26 de maio de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Considerações iniciais sobre a Lei 13.827/2019 – Proteção à Mulher. 2019. Disponível em: https://

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/artigos/712172899/consideracoes-iniciaissobre-a-lei-13827-2019-protecao-a-mulher. Acesso em: 26 jun. 2019.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Silvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. 2014. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 101-118.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A TUTELA PENAL DA MULHER NO TEMPO: A CRIMINALIZAÇÃO E APLICAÇÃO DO CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL À LUZ DA LEI 13.718/2018.

ANA CAROLINA SANTOS PEREIRA: Graduanda em Direito, pelo Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(orientador)[163]

RESUMO: Este artigo é resultado de pesquisa sobre a tutela penal da mulher no tempo, contendo como objeto central o crime de importunação sexual que foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio através da lei 13.718/2018. Para tanto, se utilizou do método dedutivo, de caráter exploratório, tendo a pesquisa documental como instrumento de coleta de dados. Dessa forma, foi analisado o tratamento conferido à mulher no decorrer das alterações legislativas no âmbito do direito penal, afora, observou-se como se deu o processo até a criminalização do tipo penal em estudo, que apesar de ser bicomum, em relação à eficácia acaba por tutelar a mulher, já que a maioria dos casos (envolvendo) o delito supracitado tem como alvo, vítimas femininas. Além disso, averiguaram-se jurisprudências de Tribunais Estaduais e Superiores com a finalidade de aferir a aplicação do crime de Importunação Sexual, bem como da importunação ofensiva ao pudor (artigo 61 da Lei de Contravenções Penais), legislação anteriormente equiparada. Em que se pese, notou-se que os intérpretes divergiam quanto aos parâmetros para distinguir o crime de importunação sexual e o estupro de vulnerável.

Palavras-chave: direto penal; estupro de vulnerável; importunação sexual; legislação; mulher.

ABSTRACT: This article is the result of research on the criminal protection of women over time, containing as a central object the crime of sexual harassment that was introduced in the national legal system through law 13.718 / 2018. For that, we used the deductive method, of exploratory character, having the documentary research as an instrument of data collection. Thus, the treatment given to women in the course of legislative changes within the scope of criminal law was analyzed, in addition, it was

[163] Professor do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica; Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PMD/UCAM e Defensor Publico Federal.

igor.barbosa@catolica-to.edu.br.

observed how the process took place until the criminalization of the criminal type under study, which despite being bicommon, in relation to effectiveness ends up guarding the woman, since most of the cases (involving) the aforementioned crime target female victims. In addition, jurisprudence from State and Superior Courts was investigated in order to assess the application of the crime of sexual harassment, as well as offensive harassment to modesty (article 61 of the Criminal Misdemeanor Law), legislation that was previously equated. In spite of that, it was noted that the interpreters differed in terms of the parameters for distinguishing the crime of sexual harassment and rape from the vulnerable.

Keywords: criminal proceedings; rape of vulnerable; sexual harassment; legislation; woman.

Sumário: Introdução. 1**.** De onde vem a violência contra a mulher brasileira? 1.1 O tratamento desigual das mulheres no código penal de 1940. 2 contravenções penais: a importunação ofensiva ao pudor. 3 A lei nº 13.718/2018. 3.1crime: importunação sexual. 4 Enquadramentos da conduta tida na importunação sexual antes da sua criação. 5 Análise jurisprudencial anterior à lei 13.718/18. 6 Jurisprudência atual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Diante da repercussão de vários casos envolvendo diferentes categorias de violências de cunho sexual — principalmente contra mulheres — e frente a falta de tipificação de tais condutas, a Lei 13.718/2018, que tem como origem o Projeto de Lei do Senado n. º 618/2015, introduziu e alterou alguns artigos no Código Penal, referente aos crimes contra a Dignidade Sexual.

A importunação sexual abrange situações como ocorrida em um transporte coletivo, na cidade de São Paulo, onde uma mulher fora surpreendida com a conduta de um homem que estava se masturbando e ejaculou em seu pescoço.

Na época dos fatos, inicialmente, o agente foi detido pela prática do crime de Estupro (art. 213 do CP), todavia, sua prisão foi relaxada após o juiz designado para o caso concluir que o ato se enquadrava na contravenção penal de Importunação Ofensiva ao pudor, disposta no artigo 61 do Decreto-Lei n. º 3.688/41, dado que a execução de contravenção penal não autoriza a decretação de prisão preventiva, pois está medida restringe-se a prática de crime.

Insta salientar, ainda, que dias após o ocorrido, o mesmo indivíduo voltou a praticar condutas similares contra outras mulheres, o que demostrou a total ineficácia da legislação que foi aplicada ao caso.

Essa problemática ganhou destaque, sendo alvo de debate da sociedade, principalmente de grupos liderados por mulheres, quanto a correta tipificação da conduta do agente, se de fato, tratava-se de uma infração penal de menor potencial ofensivo ou se havia crime.

Imperioso ressaltar que os avanços legislativos no que tange aos crimes contra a dignidade sexual, originam-se sobretudo de questões sociais onde as vítimas femininas são colocadas como principais sujeitos passivos de atos de conotação sexual.

À vista disso, o presente trabalho, inicialmente apresentará uma síntese histórica, buscando compreender a origem da violência contra a mulher, considerando as antigas previsões do Código Penal de 1940, que já passou por diversas atualizações, tendo em vista a mudança de comportamento e valores da sociedade.

A 'posteriori', buscou-se compreender como se deu o processo até a criminalização dessa infração penal, seus antecedentes históricos e como o mesmo está sendo aplicado pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores.

Embora o delito em estudo não seja praticado por razões da condição do sexo feminino, sendo classificado quanto ao sujeito passivo em bicomum, dado que o tipo penal não exige qualidade ou condição especial do ofendido, podendo a vítima ser qualquer pessoa, no cotidiano e em casos concretos julgados pelos tribunais, observa-se que os maiores alvos de práticas dessa natureza são sujeitos do sexo feminino. O que ocasiona em uma importante proteção à mulher.

1 DE ONDE VEM A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER BRASILEIRA?

A violência contra a mulher vem principalmente de um processo cultural. Desde a colonização, a cultura portuguesa se mesclou com a brasileira, o que resultou em um comportamento predominantemente patriarcal. De acordo com Márcio Ferreira de Souza (2011), Gilberto Freyre foi um autor brasileiro que escreveu sobre o patriarcalismo português e sua influência na formação da família brasileira, como se vê em sua trilogia intitulada Introdução à História da Sociedade Patriarcal no Brasil.

Nessa sociedade urbana e patriarcal, o homem e a mulher possuem papéis diferentes, o que é mencionado por Freyre (2002) em Sobrados e Mucambos. O problema é que hodiernamente esse fato ainda se faz presente, apesar da passagem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de tantos anos. O homem é criado para comandar, prover e trabalhar, sendo considerado racional e inteligente, mas a mulher, pelo contrário, é criada para cuidar da casa, das crianças e é taxada de irracional e emotiva.

Freyre (2002), em sua obra "Sobrados e Mucambos", retrata que "é característico do regime patriarcal, o homem fazer da mulher uma criatura tão diferente quanto possível. Ele, o sexo forte, ela o fraco; ele o sexo nobre, ela o belo." (FREYRE, 2002, p. 805). Ainda conforme o autor, eram associados aos homens símbolos de poder, como bigodes e cavalos, enquanto à mulher estavam ligados os espartilhos e a moda.

1.1 O TRATAMENTO DESIGUAL DAS MULHERES NO CÓDIGO PENAL DE 1940

É inegável a influência da igreja e a incorporação de seus valores na sociedade. Entre eles o papel da mulher submissa e dependente do homem, como na história bíblica de Adão e Eva, em que se conta que a mulher surgiu/nasceu das costelas do homem, reforçando o superego e a superioridade do sexo masculino.

A perpetuação desses valores repercute em todos os ramos do corpo social, inclusive na formação do ordenamento jurídico. As expressões "mulher honesta" e "mulher virgem", por exemplo, foram marcas do primeiro texto publicado do Código Penal de 1940. Consoante a doutrina do período mencionado, vejamos o conceito de mulher honesta:

> A vítima deve ser mulher honesta, e como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o mínimo de decência exigido pelos bons costumes. Só deixa de ser mulher honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, (...) ainda que não tenha descido à condição autêntica de prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação. (HUNGRIA, 1981, s/p.)

Pode-se observar, portanto, que a proteção era direcionada a certas categorias de mulheres que detinham o padrão de comportamento exigido na época. Ou seja, as demais, quando violentadas não tinham a tutela penal a seu favor.

É nítida a intervenção estatal na vida íntima e consequente repressão à sexualidade feminina. Salienta-se esse pensamento no trecho abaixo:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Nosso Código Penal de 1940, a toda evidência, ao tratar dos crimes contra a dignidade sexual, os abordou com a ideologia machista e paternalista da época, impregnada de questões moralistas, que levaram o legislador a intitular essa gama de crimes atrozes como crimes contra os costumes e crimes contra a liberdade sexual. (BARBOSA, 2016)

Demorou 69 (sessenta e nove) anos para a supressão dessas expressões da legislação em comento. A lei 12.015/2009 foi a responsável pela remoção dessas terminologias do Código Penal. Entretanto, mesmo com a retirada, a sua utilização não está em desuso, já que esta ideologia se enraizou de tal forma que os reflexos são vistos até os dias atuais.

2 CONTRAVENÇÕES PENAIS: A IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR

Segundo Sanches (2015) contravenção penal denomina-se crime anão, delito liliputiano ou crime vagabundo. Isso se deve ao fato de que as contravenções penais são infrações de menor grau de ofensividade.

Por se tratar de infrações menos lesivas, a elas são cominadas penas mais brandas, conforme tratado no artigo 1º da Lei n.º 3.914/1941 (Lei de introdução ao Código Penal):

> Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Anteriormente a Lei 13.718/18, o decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, em seu artigo 61, previa a Contravenção Penal de "Importunação Ofensiva ao Pudor", o qual era punido somente com pena de multa. Vejamos o que dispunha o artigo em comento: "Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor: Pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. "

Na importunação ofensiva ao pudor o bem jurídico tutelado é o pudor, não o pudor público, pois se fosse deste modo incidiria em um dos crimes de ultraje público ao pudor, previstos no Código Penal, como o crime de ato obsceno. (JESUS, 2015, p. 220)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esmiuçando as expressões do tipo penal o verbo "importunar", de acordo com Ventura (2015) é: a grosso e objetivo modo, é ocasionar um desconforto; causar incômodo. O autor, ainda, em seu artigo define "pudor" como: sentimento de vergonha, timidez, mal-estar, causado por qualquer coisa capaz de ferir a decência, a modéstia, a inocência.

Atenta-se ao fato de que o legislador da época acabou por não penalizar a conduta proporcionalmente ao ato, o que ensejava, a não comunicação da violação sofrida, por vergonha, desejo de não exposição, ou por ter consciência que não seria devidamente assistida.

3 A LEI Nº 13.718/2018

Inicialmente, convém mencionar a importância da entrada da Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018 no ordenamento jurídico. Houve significativas mudanças tais como: alteração da ação penal dos crimes previstos nos Capítulos I e II do Título VI, do Código Penal, tornando pública incondicionada a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual, mesmo que a vítima seja maior e capaz.

Ocorreu o estabelecimento de causas de aumento de pena nos delitos contra a dignidade sexual, especialmente, aos crimes de estupro e estupro de vulneral.

Além disso, incorporou dispôs dos delitos de divulgação de cena de estupro ou cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia; importunação sexual, e a revogação da contravenção insculpida no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais.

Frisa-se que a revogação da Importunação ofensiva ao pudor não se trata de abolitio criminis, mas do princípio da "continuidade normativo-típica", visto que o seu conteúdo agora está previsto em uma nova infração penal.

Sobre o princípio da continuidade normativo-típica, aduz Greco (2017, p. 195):

> Pode ocorrer que determinado tipo penal incriminador seja expressamente revogado, mas seus elementos venham a migrar para outro tipo penal já existente, ou mesmo criado por nova lei. Nesses casos, embora aparentemente tenha havido a abolição da figura típica, temos aquilo que se denomina continuidade normativo-típica. Não ocorrerá, portanto, a abolitio criminis, mas, sim, a permanência da conduta anteriormente incriminada, só que constando de outro tipo penal.

Em vista disso, os indivíduos que praticaram as condutas descritas no tipo penal em análise antes do advento da lei não responderão pelo crime de importunação sexual, pois estamos diante de uma *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir para alcançar os fatos anteriores a sua vigência.

3.1 CRIME: IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

A importunação sexual, prevista no art. 215-A do Código Penal, consiste na prática contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. (Jesus, 2020, p. 110)

Vejamos a descrição da conduta na íntegra: "Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave. "

O crime de Importunação sexual é doloso, pois no tipo penal, tem a previsão do elemento específico, "consistente em satisfazer a lascívia própria ou de terceiros". Não há previsão de conduta culposa.

Assim, se um indivíduo, por acidente, se desequilibra no metrô e acaba esbarrando numa mulher em uma situação que poderia ensejar a violação, não há crime, pois inexistiu dolo por parte do agente. (Cabette, 2018, p. 12)

Quanto aos sujeitos da presente infração penal, classifica-se como bicomum, já que os sujeitos ativos e passivos são comuns, ou seja, qualquer pessoa pode figurar como agressora e vítima (homem ou mulher). Embora tal conduta tenha comumente a mulher como alvo e homens como violadores do objeto jurídico tutelado pela norma.

Além disso, classifica-se como crime material, de forma livre, comissivo, instantâneo, de dano, unissubjetivo, plurissubsistente e admite tentativa. (NUCCI, 2019)

Em mais um exemplo trazido por Cabette (2018, p. 14), vislumbra-se com mais clareza como se dá tentativa nesse delito, vejamos:

> É possível a tentativa, desde que o ato libidinoso não se consume por motivos alheios à vontade do agente. Digamos que um indivíduo, que está se masturbando ao lado da vítima que dorme num banco de ônibus, prestes a ejacular, é detido por populares e não consegue seu intento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O elemento "contra alguém" nesse dispositivo, se adequá a redação que o segue "sem a sua anuência". Assim, verifica-se que o consentimento da vítima é um elemento indispensável para a caracterização desse delito. Se a vítima consente e o seu consentimento é válido o fato é atípico. Porém, se a vítima for capaz e não há consentimento o crime a enquadrar é o do art. 215-A.

Bitencourt (2019), critica a expressão empregada no tipo penal, já que no projeto de lei original os vocábulos utilizados foram "na presença de alguém", e não "contra alguém", como foi publicado. Com isso, aduz o autor que o ofendido deveria se encontrar fisicamente no local da prática do ato libidinoso, tornando atípicas as condutas que não forem contra alguém, mas apenas na sua presença. Para Bitencourt essa alteração foi inconstitucional, já que não foi essa a redação aprovada pelo Poder Legislativo, que é o poder constitucionalmente legitimado para elaborar leis.

Cabe destacar, que conforme a parte final do dispositivo do artigo 215-A, "se o ato não constitui crime mais grave", expressa a natureza subsidiária do mesmo. Logo, caso o crime seja cometido com violência ou grave ameaça, seria configurado o crime de estupro, por exemplo.

Em relação à ação penal, os crimes contra a dignidade sexual passaram a proceder-se mediante ação pública incondicionada, conforme art. 225 do Código Penal. A Importunação sexual, é considerada uma infração de médio potencial ofensivo, admitindo a suspensão condicional do processo, já que sua pena mínima (1 a 5 anos) não ultrapassa um ano (art. 89, da Lei 9.099/95) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

4 ENQUADRAMENTOS DA CONDUTA TIDA NA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL ANTES DA SUA CRIAÇÃO

O caso do "ejaculador do ônibus" deu grande notoriedade a situações que várias mulheres enfrentavam, e em face das particularidades dessa conduta abriu-se um leque de várias possibilidades de crimes que poderiam se adequar a conduta em comento.

Antes da criação da Lei 13.718, as condutas previstas no tipo penal, agora definido por Importunação sexual, eram enquadrados em vários outros delitos. Que por vezes eram aplicados de forma inadequada, e consequentemente gerando uma situação mais confortável ao agressor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quanto a isso, o Senador Humberto Costa, em parecer sobre Projeto de Lei do Senado n.º 2, de 2018 (2018, p. 4), expõe que:

> A ausência de um tipo penal específico para combater tais condutas gerou verdadeiras anomalias no sistema jurídico, pois os juízes criminais se viam impossibilitados, em muitos casos, de aplicar a justa sanção em razão da ausência de tipificação legal verdadeiramente adequada.

Na tentativa de penalizar o homem que ejaculou na mulher no ônibus, houve a discussão sobre a aplicação de vários crimes que constam no rol dos crimes contra a dignidade sexual. Todavia, nenhuma das alternativas adequou-se corretamente à espécie.

Insta salientar, que no direito penal, onde impera o princípio da anterioridade e da reserva legal, não se admite analogia relativa a normas incriminadoras. As condutas aplicadas como possíveis a aplicação ao caso concreto, por nunca se enquadrar perfeitamente ao caso, por falta de alguma elementar dos tipos penais, ensejava uma possível ofensa, além dos princípios anteriormente citados, ao princípio da legalidade.

Nesse diapasão, será abordado alguns crimes que constam no rol dos crimes contra a dignidade sexual, com o intuito de verificar se estariam aptos a enquadrar nas condutas que atualmente são tuteladas na importunação sexual. Como: estupro; violação sexual mediante fraude; ato obsceno e contravenção penal de Importunação ofensiva ao pudor.

O crime de estupro é previsto no art. 213 do Código Penal, e a conduta consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar, ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

De acordo com Greco (2017) o núcleo do tipo é o verbo constranger, aqui utilizado no sentido de forçar, obrigar, subjugar a vítima ao ato sexual. Além disso, aduz o autor que para a configuração desse crime é preciso que o agente atue mediante o emprego de violência ou de grave ameaça, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal, ou a praticar, ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso.

Conjunção carnal é a cópula vagínica, ou seja, a introdução total ou parcial do pênis na vagina. Atos libidinosos, por outro lado, são os revestidos de conotação sexual, com exceção da conjunção carnal, tais como o sexo oral, o sexo anal, os toques

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

íntimos, a introdução de dedos ou objetos na vagina, a masturbação, etc. (MASSON, 2018, pág. 11)

Imperioso se faz mencionar que o tipo penal em análise não exige que o agente dirija sua finalidade especial de saciar sua lascívia, de satisfazer sua libido (GRECO, 2019, pág. 79), ao revés do que do dispõe o crime de importunação sexual. Além disso, há outros pressupostos importantes que diferenciam às duas condutas, tais como: os meios de execução e o emprego de violência ou grave ameaça.

Logo, vislumbra-se que o estupro não seria aplicável aos casos de importunação sexual. Passe-se, então a análise do delito de estupro de vulnerável.

As condutas previstas no tipo penal do art. 217-A são as mesmas aquelas constantes do art. 213 do Código Penal, sendo que a diferença existente entre eles residem no fato de que no delito de estupro de vulnerável a vítima, obrigatoriamente, deverá ser menor de 14 (catorze) anos ou pessoa que, portadora de enfermidade ou deficiência mental, seja incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência.

Menciona-se ainda, que esse crime se consuma ainda que sem violência ou grave ameaça, ou até mesmo com o consentimento da vítima, independente ainda de experiência sexual anterior.

Antes da criação do artigo 215-A, cogitou-se a aplicação do dispositivo em apreço, tendo em vista que as vítimas eram pegas sem hipótese de reação.

Ocorre que, conforme CABETTE (2017) a vítima não é alienada mental, menor de 14 anos e nem mesmo pessoa que por qualquer outra causa não podia ofertar resistência; em suma, não se tratava de um vulnerável enumerado na legislação. Sua classificação nessa categoria devido a estar distraída somente seria possível por equiparação ou analogia, as quais seriam feitas “in mallam partem”, o que é inadmissível na seara penal.

Não se aventa também o Ato obsceno, previsto no artigo 233 do código penal. Ensina DAMASIO DE JESUS (2020, pag. 178) que o objeto jurídico deste delito é o pudor público, a moralidade pública, no que tange ao comportamento de cada indivíduo componente do grupo social.

Aduz o autor ainda que Ato obsceno é a manifestação corpórea, de cunho sexual, que ofende o pudor público. As palavras obscenas não caracterizam o delito,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

embora possam configurar a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 da Lei n.º 3.688/41).

O sujeito passivo do crime de Ato obsceno é a coletividade. Diferenciando-se, nessa seara da conduta de importunação, já que nesta, a vítima é uma pessoa específica (alguém). Como alude CABETTE (2017) há a invasão da esfera corporal da vítima e não a mera prática de exibicionismo.

Também não se configura a Violação sexual mediante fraude (artigo 215 do Código Penal). A doutrina denomina esse tipo como "estelionato sexual". Ao contrário do crime de estupro, o agente obtém a prestação sexual mediante o emprego de meio enganoso, ou seja, meio iludente da vontade da vítima e não com o emprego de violência ou grave ameaça, motivo pelo qual ele é considerado delito de menor gravidade. (CAPEZ, 2020, pag. 107)

Contudo, não prevaleceu a aplicação desse crime por alegação de que a "Violação sexual mediante fraude" somente se poderia configurar ou pela fraude propriamente dita, ou por "algum outro meio fraudulento".

Por fim, houve a cogitação da aplicação da revogada contravenção do artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, que era a mais utilizada nas situações que hoje é abarcada pelo crime de Importunação Sexual.

Mais inviável ainda, especialmente pela insuficiência protetiva, posto que não admite a invasão do espaço corporal da vítima, toques, manipulações, etc., mas tão-somente gracejos, "cantadas", abordagens verbais e sinais constrangedores. (CABETTE, 2017)

Com isso, vale salientar a diferença entre o artigo 61 da Lei de Contravenções Penais e o artigo 215-A do Código Penal. Para a adequação da importunação é necessário o dolo específico de satisfação da própria lascívia ou a de terceiro na realização do ato, enquanto na importunação ofensiva ao pudor determina apenas que o ato praticado seja ofensivo ao pudor.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ANTERIOR À LEI 13.718/18

Objetivando averiguar como eram enquadradas as situações de importunação sexual em jurisprudências dos tribunais estaduais e superiores, verificando os fundamentos e o embasamento legais utilizados para tanto, constatou-se que considerável parte dos julgados imputou aos acusados o estupro de vulnerável, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

contravenção de perturbação da tranquilidade da vítima e importunação ofensiva ao pudor.

Foi notado que a maioria dos crimes foi dirigido a menores de 14 anos, vitimando, em maioria esmagadora, pessoas do sexo feminino.

As condutas dos crimes se davam de várias formas, tais como: beijos lascivos (beijos roubados), manipulação dos órgãos genitais das vítimas, apalpadas, exposição de nudez do agressor, masturbação, entre outros.

Para esses comportamentos, observou-se a multiplicidade de aplicação do estupro de vulnerável. Na maior parte dos casos as vítimas eram menores de 14 anos, além disso, o disposto no artigo 217-A é um tipo penal que independe de violência ou grave ameaça, conjunção carnal, bem como de eventual consentimento da vítima, já que a vulnerabilidade é presumida nesse caso.

Não obstante, constatou-se uma quantidade significativa de julgados que desclassificaram o crime de Estupro de Vulnerável para a contravenção penal de Importunação Ofensiva ao Pudor. O argumento mais utilizado para tanto é que o toque superficial e fugaz, por sobre as vestes, nos seios de uma mulher, não caracterizam a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal e sim a conduta indecorosa de importunação ofensiva ao pudor, ainda que a vítima seja menor de 14 anos.

> EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - PROVAS DOS AUTOS - DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS - CONDENAÇÃO RESPALDADA - ATO LIBIDINOSO - PROPÓSITO DE SATISFAÇÃO DO DESEJO SEXUAL - ATIPICIDADE DA CONDUTA OU DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - IMPOSSIBILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA - AMBIENTES DE CLANDESTINIDADE - DESPROVIMENTO DO RECURSO. Comprovada a materialidade delitiva e a respectiva autoria, a condenação pela prática do crime de estupro de vulnerável majorado é medida que se impõe, sobretudo quando os depoimentos testemunhais se mostram suficientes para demonstrar que os acusados praticaram atos libidinosos com menor de catorze (14) anos. Como a expressão "ato libidinoso", integrante do tipo previsto no artigo 217-A, do Código Penal, compreende todos os atos de natureza sexual diversos da conjunção carnal e que tenham como propósito a satisfação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

desejo sexual, não é possível considerar atípica a conduta ou desclassificar o delito para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor. Precedentes do STJ. A palavra da vítima nos crimes sexuais está impregnada de especial relevância probatória, sobretudo por serem delitos que, quase sempre, são cometidos em ambientes de clandestinidade e em circunstâncias fáticas que não deixam vestígios. Precedentes. (TJ ES, Classe: Embargos Infringentes e de Nulidade ED Ap, 014120122032, Relator Designado: NEY BATISTA COUTINHO, Órgão julgador: CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Julgamento: 16/05/2016, Data da Publicação no Diário: 20/06/2016)

E M E N T A-APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP) - AUTORIA DELITIVA COMPROVADA - PALAVRA DA VÍTIMA - IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO - RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO - DE OFÍCIO, OPERADA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - REMESSA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Em se tratando de crime contra a dignidade sexual, normalmente ocorrido às ocultas e sem testemunhas presenciais, há de se considerar válida e suficiente a palavra da vítima, quando coerente e em consonância com as demais provas, a fim de demonstrar os fatos e a autoria delitiva. 2. Sob o viés da quantidade de pena prevista pelo legislador, a conduta do réu, embora censurável e aviltante, é considerada amena se comparada àquelas que configuram o crime de estupro, ainda que presumida a violência em razão da idade da vítima. Dessa forma, e considerando que os fatos se ajustam à contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, é impositiva a desclassificação. 3. Recurso defensivo improvido e, de ofício, operada a desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, determinando-se a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal da comarca de origem. EM PARTE, CONTRA O PARECER. (**TJMS**. Apelação Criminal n. 0000927-56.2010.8.12.0017, Nova Andradina, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Francisco Gerardo de Sousa, j: 19/11/2014, p: 24/11/2014)

Os dois casos em tela são bem semelhantes quanto as circunstâncias de fato e as condutas dirigidas contra as vítimas. No primeiro julgado expedido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, a vítima contava com 11 anos, e sofreu violações de cunho sexual de seus dois tios, onde os mesmos passavam as mãos no corpo da criança, em especial nos seios e blusa, tentando ainda colocar a mão por dentro da roupa da criança, a qual impedia tal avanço, sendo o assédio rotineiro.

No caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul a vítima tinha 10 anos, contra a qual foi praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal, em que o acusado passava as mãos na vagina e nas nádegas da vítima, os abusos em questão se repetiram por várias vezes.

Apesar da afinidade entre os casos, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo negou o provimento de desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, mantendo a condenação pelo estupro de vulnerável. Enquanto o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul desclassificou o crime de estupro de vulnerável para a importunação do art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

Houve também uma grande incidência de aplicação da contravenção penal de "Importunação ofensiva ao pudor", com pedidos de desclassificação e extinção da punibilidade. Conforme verificado, a incidência da aplicação da contravenção do art. 61, deu-se principalmente, pela falta "gravidade" do fato, que embora reprovável, não eram considerados graves, mas sim meros aborrecimentos, com isso, os magistrados aplicavam a princípio da proporcionalidade, minorando as penas dos acusados.

6 JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Na jurisprudência atual, observou ser constantes os pedidos de desclassificação de crimes de estupro simples ou de vulnerável, para o crime menos grave de importunação sexual. E em muitos casos foi acatado o pedido de desclassificação, tendo alguns tribunais considerado a nova lei uma "novatio legis in mellios".

No entanto, no que tange às vítimas menores de 14 anos, mesmo com pedido de desclassificação, geralmente foi entendido pela impossibilidade de desclassificação do estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual. Todavia, foi verificado um caso em que o magistrado desclassificou o crime de estupro de vulnerável para a importunação sexual, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

PALAVRAS DA VÍTIMA. DECLARAÇÕES DE TESTEMUNHAS. ESTUDO PSICOLÓGICO. CONDIÇÕES DE SAÚDE NÃO IMPEDITIVAS À PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. NEGATIVA ISOLADA. 2. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DISPOSTO NO ART. 61 DO DECRETO-LEI 3.688/41 OU PARA O POSITIVADO NO ART. 232 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. INTENÇÃO DE SATISFAZER A PRÓPRIA LASCÍVIA. 2.1. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (CP, ART. 215-A). LEI PENAL BENÉFICA. ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. TOQUE NA REGIÃO GENITAL, POR CIMA DAS VESTES. CARÁTER INVASIVO MENOS INTENSO. PROPORCIONALIDADE DA PENA. 3. CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71, CAPUT). FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE PRÁTICAS DELITIVAS. 1. As palavras da vítima criança, no sentido de que o acusado ficava "mexendo" e "passando a mão" na sua vagina, sempre oferecendo doces em troca e advertindo-a para que mantivesse os fatos em sigilo, corroboradas pelos dizeres das demais testemunhas e pelas conclusões do relatório psicológico, no qual afastaram-se as hipóteses de fantasia, motivação obscura ou pressão externa, são suficientes à comprovação do crime de estupro de vulnerável, sobretudo quando se verifica que a negativa do réu encontra-se isolada do restante das provas e os problemas de saúde que o acometem não impedem a prática das condutas por ele perpetradas. 2. A intenção de satisfação de sua desvirtuada lascívia e o efetivo contato físico do abusador com a criança impedem a desclassificação da conduta consistente em passar as mãos e mexer na região genital da vítima para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor ou para o crime de constrangimento de criança sob sua vigilância. **2.1. Comete o delito de importunação sexual (CP, art. 215-A), e não de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A, caput), o agente que "passa as mãos"/"mexe" na região genital da vítima, por cima das vestes.** 3. Ainda que não seja possível precisar o número exato das condutas delituosas, mas comprovado que o agente praticou os atos libidinosos por 1 ano e 8 meses, por mais de 10 vezes, é devido o aumento da pena, pela continuidade delitiva, na fração de 2/3. RECURSO CONHECIDO E

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0010557-84.2016.8.24.0020, de Criciúma, rel. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 17-09-2019). (grifo nosso)

Nesse caso o acusado passou as mãos no órgão genital da vítima, por cima de suas vestes, fazendo isso com a finalidade de satisfação da própria lascívia, importante ressaltar que a vítima tinha apenas 7 anos a época dos fatos e que o agente praticou os atos libidinosos durante 1 ano e 8 meses.

Nessa direção, em decisão julgada pelo TJ SP, o relator julgou procedente a apelação do réu acusado pelo crime do artigo 217-A do CP, desclassificando-o para delito do artigo 215-A do CP. Assevera-se que o acusado praticou atos libidinosos com menor de 14 anos, acariciando seus seios e tentado beija-la a força.

Na fundamentação do acórdão mencionado destaca-se argumento trazido pelo relator desembargador para a então desclassificação:

> No presente caso, ainda que a vítima fosse menor de 14 anos à época, a conduta do acusado não revelou maior imersão nos atos sexuais, ficando limitada, ainda que totalmente reprovável, a toques superficiais nos seios da
>
> Ofendida, sendo desproporcional a condenação pelo crime de estupro de vulnerável. (TJ-SP, Apelação Criminal nº1500811-24.2018.8.26.0431 – Segredo de Justiça, Relator: Heitor Donizete de Oliveira, data do julgamento: 03/02/2021, 12ª Câmara de Direito Criminal, data da publicação: 03/02/2021)

Em caso análogo, o mesmo tribunal de Justiça de São Paulo entendeu pela impossibilidade da desclassificação do estupro de vulnerável para a importunação sexual:

> Agravo em execução. Retroatividade da lei mais benéfica. Não ocorrência. Condenação pelo crime de estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal). Desclassificação para o crime de importunação sexual (artigo 215-A do Código Penal). Impossibilidade. Não provimento ao recurso. (TJ-SP, Agravo de Execução Penal nº 0013813-55.2019.8.26.0996, Relator ZORZI ROCHA, Data do julgamento, 05/03/2020, 6º Câmara de Direito Criminal, Data de publicação: 06/03/2020).

Nesse processo, tratando-se de Agravo de Execução Penal n.º 0013813-55.2019.8.26.0996, a partir dos 11 anos da ofendida, isto é, no ano de 2012, o acusado passou a praticar com a vítima, que era sua enteada, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, consistentes passar as mãos pelos seios, nádegas e vagina da jovem por debaixo da roupa, perdurando a conduta criminosa até junho de 2016.

Posto isso, verifica-se que ocorre divergências de entendimentos quanto a possibilidade de desclassificação do delito em estudo não só no mesmo tribunal, mas em tribunais de outros estados.

Em contrapartida, verificou-se também divergência de entendimento entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça, na primeira ementa foi entendimento favorável à desclassificação, em que se abandonou a ideia de violência presumida em casos com vítima vulnerável, na segunda, entendeu-se pela impossibilidade pela presunção absoluta de violência ou grave ameaça, quando se trata de menor de 14 anos.

> RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. VIOLAÇÃO DO ART 14, I E II, DO CP. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CONSUMAÇÃO CONFIGURADA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA FORMA TENTADA. PROCEDÊNCIA. NOVATIO LEGIS IN MELLIOS. VERIFICAÇÃO. OCORRÊNCIA. TIPO PENAL ADEQUADO AO CASO CONCRETO: IMPORTUNAÇÃO SEXUAL (ART. 215-A DO CP). HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 654, § 2º, DO CPP. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, QUE SE IMPÕE. 1. É narrado na exordial acusatória que o increpado aproveitou do momento em que a mãe da vítima (S B da S) não estava presente no recinto (saiu para buscar o filho na APAE), para submeter a vítima à prática de atos libidinosos diversos, consistente em o increpado passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, enquanto esta tentava em vão se desvencilhar do ofensor. 2. Diante da inovação legislativa, apresentada pela Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018, foi criado o tipo penal da importunação sexual, inserida no Código Penal por meio do art. 215-A. A conduta do recorrido, conforme descrita na inicial acusatória, consistente em passar as mãos pelo corpo da infante (pernas e nádegas), bem como ao entorno da vagina da adolescente, no intuito de satisfazer sua lascívia, sem penetração, não mais se caracteriza como crime de estupro,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

senão o novo tipo penal da importunação sexual. 3. Agora, "o passar de mãos lascivo nas nádegas", "o beijo forçado", aquilo que antes tinha que se adequar ao estupro para não ficar impune [...] "ganha" nova tipificação: o crime de importunação sexual. Não há mais dúvida: é crime! Dessa forma, verifica-se um tratamento mais adequado aos casos do mundo da vida e às hipóteses de absolvição forçada dada a única opção (estupro). [...] Assim como a Lei n. 12.015/2009 acabou com concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor, unindo as duas condutas em prol do princípio da proporcionalidade (uma vez que a pena era muito desproporcional - no mínimo, igual à do homicídio qualificado!), a Lei n. 13.718/2018 vem, norteadora, trazer diretriz ao intérprete da lei, como se dissesse: não compare um coito vaginal forçado a um beijo lascivo no Carnaval! [...] o Estado deve proteger a liberdade sexual (sim!), mas não em prol do punitivismo exacerbado, mas em desconformidade com os princípios de Direito Penal. O STJ vinha colocando todos os atos libidinosos no mesmo "balaio", contudo, um beijo "roubado" não é igual a uma conjunção carnal forçada (onde se bate, se agride, se puxa os cabelos...). Sejamos justos (proporcionais) (e não hipócritas!)! No exato sentido da Lei n. 13.718/2018! (Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-set-28/limite-penal-significa-importunacao-sexual-segundo-lei-1378118; Acesso em 24/1/2019). 4. Ao punir de forma mais branda a conduta perpetrada pelo recorrido, condiciona-se, no presente caso, a sua aplicação diante do princípio da superveniência da lei penal mais benéfica. [...] Em havendo a superveniência de novatio legis in mellius, ou seja, sendo a nova lei mais benéfica, de rigor que retroaja para beneficiar o réu (AgRg no AREsp n. 1.249.427/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/6/2018). 5. Não obstante a correção da decisão agravada, nesse ínterim, sobreveio a publicação da Lei n. 13.718, de 24 de setembro 2018, no DJU de 25/9/2018, que, entre outras inovações, tipificou o crime de importunação sexual, punindo-o de forma mais branda do que o estupro, na forma de praticar ato libidinoso, sem violência ou grave ameaça (AgRg no REsp n. 1.730.341/PR, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 13/11/2018). 6. Recurso especial provido para afastar o reconhecimento da tentativa. De ofício, concedida a ordem de

habeas corpus a fim de alterar a tipificação do delito para a prevista no art. 215-A do Código Penal e redimensionar a pena privativa de liberdade do recorrido nos termos da presente decisão. (STJ - REsp: 1745333 RS 2018/0134332-9, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2019, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO. SÚMULA N. 568 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.1. Consoante dispõe a Súmula n. 568/STJ, a prolação de decisão monocrática pelo ministro relator é possível quando houver entendimento dominante acerca do tema, hipótese ocorrida nos autos. 2. "(...) A possibilidade de interposição de agravo regimental, com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado, torna superada eventual nulidade da decisão monocrática por suposta ofensa ao princípio da colegialidade" (AgRg no REsp 1858379/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/5/2020, DJe 19/5/2020). 3. A revisão do entendimento firmado pelo Tribunal de origem, a fim de analisar a presença dos requisitos para a instauração do incidente de assunção de competência, demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pela Súmula n. 7/STJ. 4. **No que tange à pretendida desclassificação da conduta, "tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça a impossibilidade de desclassificação da figura do estupro de vulnerável para o art. 215-A do Código Penal, uma vez que referido tipo penal é praticado sem violência ou grave ameaça, e o tipo penal imputado ao agravante (art. 217-A do Código Penal) inclui a presunção absoluta de violência ou grave ameaça, por se tratar de menor de 14 anos"** (AgRg na RvCr 4.969/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

julgado em 26/6/2019, DJe 1º/7/2019). 5. Agravo regimental desprovido.

Apesar da divergência verificada, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça o entendimento pela impossibilidade da desclassificação do crime do artigo 217-A para o do artigo 215-A, ambos do Código Penal. O Principal argumento utilizado pela corte é que o estupro de vulnerável se consuma independentemente da conjunção carnal e de vestígios.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento do presente artigo buscou-se analisar a inovação legislativa no que tange aos crimes sexuais trazida pela Lei 13.718/2018 o qual inseriu o crime de Importunação Sexual (artigo 215-A do Código Penal). Além de verificar como eram enquadras/julgadas as situações de importunação sexual antes da lei que a criou e depois da lei criadora do delito em estudo pelos Tribunais estaduais e Superiores.

Através da pesquisa realizada, evidenciou-se a desigualdade no tratamento da mulher, que se perpetua até o cenário atual. O ordenamento jurídico precisa acompanhar as mudanças da sociedade, entretanto, não deveria ser o único meio de solução para o problema, visto que apesar das inovações nos dispositivos de lei, há indícios crescentes de violência de gênero de todos os tipos.

No que tange o crime de Importunação Sexual, inicialmente averiguaram-se alguns crimes sexuais que poderiam ser enquadrados nos casos que hoje, são abarcados pela infração penal mencionada. Os crimes ora analisados foram o estupro; violação sexual mediante fraude; ato obsceno e a contravenção penal de Importunação ofensiva ao pudor. A partir dessa análise, conclui-se que em casos concretos nenhum dos delitos adequavam-se perfeitamente, visto que, sempre faltava alguma elementar em relação a esses crimes que já eram existentes no Código Penal.

Além disso, foi examinado julgados de Tribunais estaduais e Superiores sobre o tema. Em relação à análise anterior a lei que tipificou o crime de importunação sexual, observou-se que havia muita divergência entre o crime de Estupro de Vulnerável e a contravenção de Importunação Ofensiva ao pudor. Em vários casos a infração penal do artigo 61 da LCP se predominou nos julgados, apesar de em casos similares alguns tribunais decidirem pela não mudança no enquadramento da conduta do réu em crimes dessa natureza, aplicando o estupro de vulnerável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que concerne a análise dos julgados após a inserção do artigo 215-A no código penal, houve diversos pedidos de desclassificação de crimes de estupro e estupro de vulnerável para a importunação ofensiva ao pudor. Apesar de algumas decisões acolherem tais pedidos por concluírem diante de certos casos que se tratava de uma novatio legis in mellius, a jurisprudência majoritária tende a decidir pela impossibilidade de desclassificação do estupro de vulnerável para a importunação sexual, considerando que a violência ou a grave ameaça é presumida no caso de vítimas menores de 14 anos e que o mesmo se consuma independente de conjunção carnal e de vestígios.

Diante da insegurança da hermenêutica, verificou ser necessários critérios para que se harmonize a jurisprudência dos tribunais brasileiros. Uma possível solução para o embate, seria o questionamento: houve efetivamente contato sexual? Se sim, o crime a se enquadrar é o estupro de vulnerável. Todavia quando não há constrangimento a prática de relações sexuais, o ato libidinoso cometido contra menor de 14 anos não seria considerado estupro de vulnerável, mas sim a importunação sexual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Ruchester. 'Mulher honesta': conheça a origem da expressão. Canal ciências criminais, 15 set. 2016. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.718/2018, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Brasilia/DF, 24 set. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 24 set. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Ejaculação no rosto de inopino e os perigos de uma tipificação penal simbólica. **Jus.com.br**, [*s. /.*], 09/2017 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60318/ejaculacao-no-rosto-de-inopino-e-os-perigos-de-ma-tipificacao-penal-simbolica. Acesso em: 10 fev. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da LEI 13.718/18. Conteúdo Jurídico, Brasília, ano 2018, p. 6-637, 30

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

nov. 2018. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj591499.pdf/consult/cj591499.pdf#page=6. Acesso em: 26 ago. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial (arts. 213 a 359-H). 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 808 p. v. 3

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**. 15. ed. São Paulo: Global, 2004.

Greco, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial, volume III. 14a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017. V. 3.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial - Volume III. 16. ed. São Paulo: Impetus, 2019. 1220 p. v. 3.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017. v. 1.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte especial**: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-A do CP. 24. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2020. 344 p. v. 3.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte especial (arts. 213 a 359-h). 8. ed. atual. São Paulo: Forense, 2018. v. 3.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial - arts. 213 a 361 do Código Penal. 3º. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 3º. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

SENADO Federal. Parecer nº, de 2018 da comissão de constituição, justiça e cidadania, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 2, de 2018 Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7745759&ts=1528999592391&disposition=inline&ts=152899959239 1. Acesso em: 04 out. 2020.

SILVA, Jéssica. O princípio da proporcionalidade, o conceito de ato libidinoso no crime de estupro e a criação de um tipo penal intermediário. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/49529/o-principio-da-proporcionalidade-o-conceito-de-

ato-libidinoso-no-crime-de-estupro-e-a-criacao-de-um-tipo-penal-intermediario. Acesso em: 30 set. 2020.

SOUZA, MÁRCIO FERREIRA. GILBERTO FREYRE E A REPRESENTAÇÃO FEMININA NA INTRODUÇÃO À HISTÓRIA DA SOCIEDADE PATRIARCAL NO BRASIL. **Revista Sociais e Humanas**, [*s.* /.], 2011. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/2858/2856. Acesso em: 24 set. 2020.

VENTURA, Denis. Importunação ofensiva ao pudor: Uma contravenção penal sexual. **JUSBRASIL**, 2015. Disponível em: https://deniscaramigo.jusbrasil.com.br/artigos/295666978/importunacao-ofensiva-ao-pudor. Acesso em: 28 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: AUMENTO DE CASOS DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL

THIELLY TANANTA DE MELO: Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RESUMO: O distanciamento social causado pela pandemia COVID-19 evidencia alguns sinais preocupantes, mostrando que a violência doméstica e a violência intra-doméstica contra as mulheres se manifestam de forma poderosa. Devido à coexistência forçada, pressão econômica e medo do coronavírus, as organizações que lidam com a violência doméstica estão vendo um grande aumento no número de tais problemas. Este artigo busca estabelecer um vínculo entre o isolamento social e a violência contra as mulheres durante a pandemia COVID-19 no contexto de uma sociedade patriarcal. A imprensa de alguns países ainda está analisando dados, bem como relatórios de organismos internacionais e organizações voltadas para o combate à violência doméstica. Paralelamente, foi realizada uma breve revisão da literatura com uma autora para discutir o papel social da mulher na sociedade.

Palavras-chave: Coronavírus. Isolamento social. Violência doméstica. Violência contra a mulher.

ABSTRACT: The social distance caused by the pandemic COVID-19 highlights some worrying indicators of domestic violence and domestic violence against women in a powerful way. Due to forced coexistence, economic pressure and fear of the coronavirus, organizations that deal with domestic violence have seen an increase in domestic violence. This article seeks to establish a connection between social isolation during the COVID-19 pandemic and violence against women in the context of a patriarchal society. Data analyzed in the press still in formation in some countries, as well as reports from international organizations and organizations aimed at combating domestic violence. In parallel, a brief review of the literature was carried out with the author to discuss the social role of women in society.

Keywords: Coronavirus. Social isolation. Domestic violence. Violence against women.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTO HISTORICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER2.1. Breves considerações acerca da desigualdade de gênero; 2.2. Evolução das políticas públicas e das medidas protetivas como papel de combate a v; iolência contra mulher; 3. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O AUMENTO DE CASOS DURANTE

A PANDEMIA DO CORONAVIRUS; 4. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. 5. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O novo coronavírus (Covid-19) se espalhou por milhões de pessoas em todo o mundo, devido ao medo de doenças infecciosas, é necessário limitar a população a alguns países / regiões, incluindo o Brasil. A epidemia causou grandes preocupações econômicas e de saúde, mas também levou a um aumento no número de mulheres e crianças vítimas de violência doméstica e doméstica. Essas mulheres e crianças enfrentaram a necessidade de se isolar do mundo em casa e passaram a conviver dia e noite com os agressores.

É nessas circunstâncias que o secretário-geral da ONU, Antonio Guterres, alertou que nas medidas de quarentena tomadas pelos governos em resposta à pandemia de COVID, "a violência doméstica global contra mulheres e meninas aumentou dramaticamente. É necessária uma ação urgente. Ele também lembrou que a violência não se limita ao campo de batalha, mas para muitas mulheres e meninas, deveria ser mais seguro: em suas próprias casas, a ameaça parece maior".

O mesmo acontece no Brasil. Durante os períodos de isolamento, a violência contra mulheres e crianças no ambiente doméstico e familiar continua a aumentar. No entanto, o fato é que mesmo antes da pandemia, a violência contra as mulheres era uma das mais graves violações dos direitos humanos no país. De acordo com o relatório da Human Rights Watch (ACEBES, 2017), essa tendência está se movendo em direção à violência doméstica.

Nessa perspectiva, é necessário compreender as leis e sistemas sociais que protegem as mulheres, enfrentar as epidemias atuais e analisar os fenômenos complexos e dinâmicos da violência em nossa sociedade.

2. CONTEXTO HISTORICO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher sempre foi produzida de diferentes formas, seja no lar, na escola, na sociedade etc. Após a identificação do gênero, a mulher foi marcada como sofrendo desde o nascimento. de violação.

Os fatos comprovam que a violência contra a mulher é produto da construção histórica, por isso é fácil de desconstruir, fazendo com que seu abraço esteja intimamente relacionado a gênero, classe e raça / etnia e suas relações de poder. Por definição, pode ser considerado todo e qualquer ato de gênero que causa ou pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

causar morte, dano ou sofrimento na esfera pública e privada: os aspectos físicos, sexuais ou psicológicos das mulheres.

Obviamente, as mulheres nem sempre conquistam a liberdade, pois embora ocupem espaço em diferentes áreas da sociedade, ela ainda é minoria. Além disso, apenas acrescentando nomes depreciativos às mulheres para falar, com integridade e independência, as mulheres sofrem, é claro, a maioria delas sofre mais do que o suficiente! A violência doméstica e os consequentes homicídios femininos refletem uma sociedade patriarcal que ainda considera os homens como os principais membros do ciclo familiar, ou seja, os homens ainda acreditam ter uma posição dominante sobre as mulheres, ou que as mulheres são sua propriedade. Como resultado, eles violaram seus direitos da pior maneira possível, ignorando a lei mais recente, mas os fatos provaram o quão ineficaz é essa lei.

A luta contra a violência doméstica começou há muito tempo, porque, como já foi dito, o sofrimento das mulheres é transmitido de geração em geração, portanto, segundo as Nações Unidas na década de 1950, com a criação da Comissão do Estatuto da Mulher , a comissão foi estabelecida entre 1949 e 1962. Uma série de tratados foram formulados entre a China e as Nações Unidas. Esses tratados são baseados nas disposições da Carta das Nações Unidas e estipulam claramente a igualdade de direitos entre homens e mulheres e o Declaração dos Direitos Humanos.- estipula que todos os direitos humanos e liberdades devem ser aplicados igualmente a homens e mulheres, sem qualquer distinção "(PINAFI, 2017).

Desde então, várias ações foram realizadas para promover os direitos da mulher em todo o mundo e, no Brasil, uma série de medidas de proteção foram tomadas para resolver esse problema.

2.1. Breves considerações acerca da desigualdade de gênero

Para compreender o fenômeno da violência baseada na discriminação de gênero, é necessário um breve retorno ao investimento cultural ocidental nas mulheres. A classificação das mulheres é orientada por perspectivas biológicas e sociais e, sob a égide do discurso, os determinantes da desigualdade de gênero são determinados a partir da avaliação de um gênero em relação a outro e da classificação das mulheres.

O tempo todo, as mulheres foram associadas a danos no mundo, talvez por causa de Eva e do fruto proibido, bem como de todos os efeitos negativos sobre as mulheres. Podemos citar outro exemplo: "O mito nos diz que em Pandora, devido à sua curiosidade sexual, a Grécia abriu todas as caixas do mal do mundo e, portanto, as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mulheres têm a responsabilidade de liberar todos os tipos de vergonha. Por muito tempo, as grandes religiões justificaram os campos e comportamentos visados por cada gênero "(PULEO, 2004, p. 13).

Na Grécia antiga, havia muitas diferenças entre homens e mulheres. As mulheres não têm direitos legais, não têm educação formal, são proibidas de aparecer sozinhas em público e estão restritas a quartos privados nos seus próprios quartos (Gineceu), enquanto os homens têm esses direitos e muitos outros.

Segundo o autor Vrissimtzis (2002, p. 17) esclarece:

> [...] o homem era polígamo e o soberano inquestionável na sociedade patriarcal, a qual pode ser descrita como o 'clube masculino mais exclusivista de todos os tempos'. Não apenas gozava de todos os direitos civis e políticos, como também tinha poder absoluto sobre a mulher. (VRISSIMTZIS, 2002, p. 38)

Em Roma, "as mulheres nunca foram consideradas cidadãs e, portanto, incapazes de ocupar cargos públicos" (FUNARI, 2002, p. 94). A exclusão social, legal e política colocava as mulheres na mesma posição que crianças e escravas. A recusa em reconhecer as mulheres como vida política, pública e sexual deve-se ao fato de as mulheres apenas exercerem funções reprodutivas e, portanto, possuir status social.

Com o advento da cultura judaico-cristã, essa situação quase não mudou. O cristianismo retrata as mulheres como pecadoras e pecadoras de homens no exílio no céu, portanto, a trindade de obediência, passividade e submissão deve ser seguida. Portanto, a salvação dos cristãos judaico-cristãos retrata o comportamento e a "naturalidade" das mulheres e instila a consciência interior que pode manter a relação de subordinação e dependência. Mas não só a religião regulou as mulheres, mas a medicina também desempenhou um papel: foi somente no século 16 que a medicina declarou que havia apenas um órgão regulado, e o corpo era masculino. Nesse caso, a vagina é considerada a parte interna do pênis, os lábios são considerados o prepúcio, o útero é considerado o escroto e os ovários são considerados os testículos (PINAFI, 2017).

Percebe-se que a mulher é um homem invertido, por isso tem baixa autoestima, crença que perdura há milhares de anos, de acordo com Laqueur (2001), traz na opinião de Aristóteles:

> O kurios, a força do esperma para gerar uma nova vida, era o aspecto corpóreo microcósmico da força deliberativa do cidadão,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> do seu poder racional superior e do seu direito de governar. O esperma, em outras palavras, era como que a essência do cidadão. Por outro lado, Aristóteles usava o adjetivo akuros para descrever a falta de autoridade política, ou legitimidade, e a falta de capacidade biológica, incapacidade que para ele definia a mulher. Ela era, como o menino, em termos políticos e biológicos uma versão impotente do homem, um arren ágonos (LAQUEUR, 2001, p. 68).

O modelo de sexo parcial é popular há muito tempo porque os humanos são pessoas com comportamento sexual masculino biológico, ou seja, o alvo e construtor do conhecimento humano sobre o pênis. Nessa perspectiva centrada no homem, as mulheres são uma categoria vazia.

Somente quando a vida política, econômica e cultural dos homens se torna necessária para diferenças anatômicas e fisiológicas verificáveis, o modelo do mesmo sexo deve ser reconsiderado. O rigor das responsabilidades relativas de homens e mulheres é o mesmo e não pode ser o mesmo. Quando as mulheres reclamam das injustiças e desigualdades causadas pelos homens, elas se enganam. Essa desigualdade não é do sistema humano, ou pelo menos não é preconceito, mas da racionalidade, cabe à natureza cuidar das crianças (ROUSSEAU apud EGGERT, 2003, p. 03).

A partir da Revolução Francesa (1789), esse eixo de interpretação começou a mudar no mesmo século. Nele, homens e mulheres participaram ativamente do processo revolucionário por acreditarem que os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade seriam ampliados. Depois que algumas mulheres perceberam que as conquistas políticas não se estenderiam a seu gênero, elas se organizaram para reivindicar seus ideais não realizados.

No século 19, o sistema capitalista foi consolidado, o que acabou gerando profundas mudanças na sociedade como um todo. Seus métodos de produção afetam o trabalho das mulheres, trazendo um grande número de mulheres para a fábrica. A mulher deixou o espaço previamente reservado e permitido para o espaço privado e, em seguida, entrou na esfera pública (PINAFI, 2017). Como trajetória do processo revolucionário, pode-se dizer que o movimento feminista está relacionado, grosso modo, à eliminação da discriminação social, econômica, política e cultural contra as mulheres. Pode-se dizer com certeza que o feminismo é uma série de conceitos que definem a relação entre os gêneros como uma relação assimétrica construída social e culturalmente, enquanto o feminismo é o lugar e atributo da inferioridade (GREGORI, 1993, p. 15).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao questionar a diferença entre gênero e expressão de poder na estrutura social, as feministas propuseram o conceito de gênero, que abriu as portas para a análise do binômio regras e exploração estabelecidas ao longo do tempo. A violência contra as mulheres está intimamente relacionada com gênero, classe e raça / etnia e suas relações de poder. Essa relação é mediada pelo destacado patriarcado da sociedade brasileira, que confere ao homem o direito de controlar a própria mulher, podendo, em alguns casos, chegar ao limite da violência.

2.2. Evolução das políticas públicas e das medidas protetivas como papel de combate a violência contra mulher

Em 1979, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e o Direito Internacional dos Direitos das Mulheres. A convenção visa promover os direitos das mulheres na busca da igualdade de gênero e eliminar qualquer discriminação. No Brasil, a marca da década de 1970 foi o surgimento do primeiro movimento feminista organizado e politicamente envolvido para defender os direitos das mulheres em um sistema social opressor.

Antes disso, a política sexista prevaleceu e muitos assassinatos de mulheres ficaram impunes sob o argumento de apenas defender a honra. Por exemplo, em 1976, a senhora Angela Maria Fernandez Díniz foi brutalmente assassinada pelo ex-marido na entrada da Rua Raul Fernando do Amaral (Doca), mas não deu chance à vítima. Os fatos provam que o que torna o caso ainda mais chocante é que o assassino foi absolvido em julgamento por ter defendido sua honra em legítima defesa. A forte reação da mídia à morte de Ângela Diniz deu origem ao movimento feminista, cujo lema é “O Amor Não Matará” (PINAFI, 2017).

Os fatos comprovam que o caso descrito acima é apenas um exemplo que reflete a impunidade da violência contra as mulheres. Apoia um forte argumento de que muitos homens acreditam que têm "mulheres" e controlam os mais extensos abusos que sofrem durante o relacionamento, e até controlam habilmente suas roupas, com quem falam, o que comem e o que gastam , disfarçando o abuso alegando proteção. Como já mencionado, a violência contra a mulher ocorre de diversas formas, como violência física, sexual e psicológica por parceiros íntimos, estupro, abuso sexual de meninas, assédio sexual no trabalho, violência contra a homossexualidade, tráfico de mulheres, turismo sexual, violência racial e étnica, violência perpetrada ou não perpetrada no país, mutilação genital feminina, violência dote e assassinato, estupro em massa em guerras e conflitos armados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A partir da participação do movimento de mulheres e do movimento feminista contra essa forma de violência, o SOS Mulher esteve no Rio de Janeiro em 1981. Seu objetivo era criar um espaço para mulheres vítimas de violência e refletir e mudar o espaço condicional dessas mulheres. O SOS Mulher não se limita ao Rio de Janeiro e a iniciativa já foi adotada por outras capitais, como São Paulo e Porto Alegre. "Naquela época, o SOS-Mulher e todo o movimento feminista politizavam com força e sucesso a questão da violência contra a mulher, que era prioridade da Secretaria de Estado da Mulher do Estado de São Paulo, inclusive" (SANTOS, 2001).

A Constituição Federal de 1988 continha os direitos e garantias contidos em seu texto original. Esses direitos originais foram estabelecidos de acordo com tratados e acordos internacionais. Portanto, a Convenção de Belém do Pará e a eliminação da mulher a resolução da Convenção contra a discriminação também é uma garantia constitucional, de acordo com o art. 5., parágrafo 2º da Constituição Federal: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não estão excluídos pelos sistemas e princípios por ela adotados ou pela adesão internacional da República Federativa do Brasil, que trará direitos e garantias ao abrigo do tratado (BRASIL, 2006, pp. 15-16).

Assim, foi criado um departamento especial de polícia para mulheres (DEAM) e implementado um compromisso com o sistema internacional. A iniciativa contribui para aumentar a visibilidade da violência contra a mulher, em especial a violência doméstica, além de criar medidas de combate e eliminação da violência contra a mulher no Brasil, também apoia a discussão sobre o crime de violência contra as questões de gênero.

A lei de Maria da Penha nasceu do esforço coletivo de diversos movimentos feministas de mulheres para combater a violência doméstica e o assassinato de mulheres no Brasil. A Lei 11.340 / 2006, conhecida como "Lei Maria da Penha", foi criada com o objetivo de apreender e punir atos de violência contra a mulher com o objetivo de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Segundo a autora, "os primórdios da violência contra a mulher no Brasil se confundem com a origem da nação e estão diretamente relacionados a uma antiga família patriarcal onde as mulheres eram cidadãs de segunda classe" (TRINDADE, 2016).

Neste caso, em memória da farmacêutica e professora universitária Maria da Penha Fernandes, foi promulgada a Lei nº 11.340 / 2006 denominada "Maria da Penha", que a condenou reiteradamente a sofrer de agressão do ex-marido, mas não obteve um responder. A Lei nº 11.340 foi promulgada em 2006. Esta lei é considerada um marco na história da mulher brasileira, pois introduziu mecanismos que podem punir os agressores e proteger e defender os direitos das mulheres que sofreram violência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

doméstica, ou seja, em suas disposições protegem as mulheres não apenas fisicamente, mas também psicologicamente e hereditariamente. Com o surgimento de tratados e convenções internacionais voltados para a proteção dos direitos das mulheres, fortaleceu o movimento feminista e exigiu do governo brasileiro medidas mais eficazes de combate à violência doméstica contra as mulheres.

> Com o advento do novo dispositivo em 2006, ele trouxe uma visão mais ampla e estabeleceu um mecanismo para coibir a violência doméstica e doméstica. Nesse sentido, a "Lei Maria da Penha" (Lei Maria da Penha) 11.340 / 06 introduziu seu art. 226, o seguinte texto:
>
> "cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências." (CAMPOS, 2008, p. 49).

Portanto, a "Lei Maria da Penha" estabeleceu um mecanismo para acabar com a violência doméstica contra as mulheres de acordo com a Constituição Federal Brasileira e tratados internacionais. É importante mencionar a Killing of Women Act, que é um crime de homicídio contra uma mulher por ser mulher (repugnante e desdenhosa da condição da mulher ou discriminação de gênero, podendo também envolver fatores de violência sexual) ou devido a violência familiar . A Lei nº 13.104 / 15 (mais conhecida como "Lei da Assassina Feminina") alterou o Código Penal Brasileiro para incluir a mulher assassina como qualificação para o crime de homicídio.

No entanto, embora o Brasil tenha leis especiais de combate aos crimes de violência doméstica e penas severas para o assassinato de mulheres, isso não impediu a violência contra as mulheres, muito menos a matança de mulheres, pelo contrário, há cada vez mais casos de mulheres. Na verdade, isso torna a situação das mulheres ainda mais preocupante, o que tem aumentado o número de casos durante o isolamento da pandemia de COVID-19. Portanto, este artigo visa mostrar que a lei precisa ser mudada e os homens precisam de mudança. Pois o agressor não se intimida com punições leves, e continuará matando mulheres, sendo o país o principal culpado, pois é sua responsabilidade combater a violência doméstica e a matança de mulheres.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E O AUMENTO DE CASOS DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVIRUS

A violência contra as mulheres é um fenômeno global. Um terço das mulheres em idade fértil sofreram violência física ou sexual por parceiro íntimo durante a vida e um terço dos homicídios são cometidos por parceiro íntimo. O distanciamento social causado pela pandemia COVID-19 revelou alguns indicadores preocupantes de violência doméstica contra as mulheres. Devido à coexistência forçada, pressão financeira e medo do coronavírus, as organizações que lidam com a violência doméstica notaram que a violência aumentou.

Em meados de março de 2020, após a pandemia global Covid-19, principalmente no Brasil, vários estados do país adotaram medidas de distanciamento social para minimizar a poluição populacional causada pelo novo coronavírus, medidas de fato eficazes e extremamente necessárias. No entanto, o isolamento social acabou por expor o lado negro do ambiente social. A situação do encarceramento familiar mostra que isso pode ter um efeito adverso em milhares de pessoas, ou pode ser um efeito colateral. Em situações de violência doméstica, a mulher brasileira não só tem a obrigação de ficar com o agressor, mas também tem dificuldade de entrar no Centro de Defesa da Mulher em tempo integral (desde que o executor esteja em casa).

A Pesquisa de Violência Doméstica contra a Mulher (2019), realizada pelo Instituto DataSenado (SENADO, 2019) em cooperação com o Observatório Contra a Violência a Mulher, apontou que 78% das mulheres que sofreram violência doméstica foram atingidas pelos maridos de hoje ou vítimas de agressões anteriores. Companheiro ou namorado. Apontou, ainda, que durante os períodos de isolamento social, os problemas econômicos decorrentes da redução da renda e do aumento do consumo de álcool são possíveis desencadeadores de agressões (Ibrahim; BORGES, 2020).

Segundo Vieira; Garcia Maciel (2020, p. 2) Só em 2019, ocorreram 3.739 homicídios femininos no Brasil, ou seja, 35% que equivalem 1.314 mulheres assassinadas foram classificadas como feminicídio. Portanto, isso corresponde ao fato de que a cada sete horas uma mulher é morta por ser mulher. Em relação ao contato com o autor, é chocante que 88,8% dos crimes sejam administrados por parceiro ou ex-parceiro (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, pág. 2). Desta forma, as mulheres ficam mais vulneráveis ao perigo quando são forçadas a se retirar para um ambiente familiar e são contidas pelos agressores.

Segundo relatório do Portal Publica (2020), "dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) apontam que, no Brasil, o número de feminicídio no primeiro

semestre de 2020 aumentou 1,9% em relação ao mesmo período de 2019 . ” No entanto, embora muitas mulheres tenham parado de denunciar porque estavam morando com o agressor ou porque não tinham crédito em seus telefones celulares, elas continuaram a fazer ligações de emergência. De acordo com estatísticas da FBSP, neste bairro, o número de ligações para o 911 em casos de violência doméstica de janeiro a junho aumentou 3,8% em relação ao primeiro semestre do ano passado (PORTAL PUBLICA, 2020).

Os fatos comprovam que a maior dúvida é por que a violência contra a mulher se agravou durante a pandemia do vírus corona. O que aconteceu é que em situações mais isoladas é mais fácil observar as mulheres e evitar que falem com seus familiares, ampliando o escopo de manipulação psicológica. Em um ambiente dominado por mulheres, o controle das finanças familiares tornou-se mais rígido e a distância entre homens e mulheres tornou-se mais estreita. A perspectiva de perder o poder masculino fere diretamente a figura dos provedores masculinos e se torna um incentivo ao comportamento violento.

A distribuição desigual do trabalho familiar, principalmente da sobrecarga das mulheres casadas e com filhos, comprova que o ambiente familiar é um espaço de exercício do poder masculino. Na maioria dos casos, a presença de homens em casa não significa que a cooperação entre toda a família ou a distribuição de tarefas seja mais harmoniosa, mas que aumenta o trabalho indivisível e não remunerado das mulheres. Em tempos de isolamento social, no sistema de home office ou no processo de busca de renda adicional, os afazeres domésticos não permitirão que as mulheres tirem folga, pois há mais pessoas em casa, elas precisarão fazer mais limpeza, lavar louça e cozinhar. E a falta de ajuda dos homens retrata uma sociedade sexista que ainda faz mulheres empregadas domésticas.

O estabelecimento de estereótipos de gênero feminino permite que as mulheres sejam sensíveis, intuitivas, e é provável que enfrentem questões comuns, racionais, políticas e culturais. Portanto, pretende se dedicar a algumas coisas especiais: amor familiar, cuidados com a família, projetos de fecundidade9. Esse bom senso impede a distribuição justa das responsabilidades familiares. Os problemas listados aqui, e as muitas outras desigualdades que nos afligem, não são notícias da pandemia COVID-19. Em uma situação tensa, vivemos problemas crescentes, o pensamento retrógrado e antifeminista e as formas de atacar o papel do Estado agravam ainda mais nossa política pública em declínio, que é uma abordagem mais justa para essas epidemias a chave para contra-medidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Globalmente, assim como durante a pandemia COVID-19 no Brasil, enquanto a violência contra as mulheres aumentou, as oportunidades de serviços de apoio às vítimas foram reduzidas, especialmente na assistência social, saúde, segurança pública e judiciária. Os serviços de saúde e policiais costumam ser o primeiro ponto de contato das redes de apoio às vítimas de violência doméstica. Durante uma pandemia, a diminuição na oferta de serviços é acompanhada por uma diminuição na demanda, pois as vítimas podem não conseguir procurar os serviços por medo de infecção.

4. MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

Como resultado, durante este período pandêmico causado pelo novo coronavírus, a partir de março de 2020, várias restrições foram impostas aos cidadãos que tentam conter a propagação do vírus dentro do seu próprio território, independentemente de a propagação ser internacional ou não. o escopo, é chamado de "isolamento social". Infelizmente, conforme revelado por estudos analíticos anteriores (PONTE, 2020), por razões sociológicas e criminológicas que ainda precisam ser estudadas, verificou-se que tais restrições sociais levaram a um aumento da violência doméstica contra as mulheres. Por motivos de política criminal e resultados de investigação de contenção, foi promulgada a Lei nº 14.022 / 2020, que estipula medidas para conter a violência doméstica e contra mulheres durante a pandemia de Covid-19 (Brasil, 2020a). Esta é uma lei de exceção que complementa a lei nacional de pandemia nº 13979/2020, que também faz alterações importantes na legislação nacional (Brasil, 2020B).

Acontece que a Lei 14.022 / 2020 acrescenta um novo parágrafo ao art. O artigo 3º da Lei nº 13979/2020 estabelece que os serviços e atividades destinadas a prestar assistência: indispensáveis às mulheres em situação de violência doméstica e doméstica; crianças e jovens vítimas dos crimes previstos no ECA ou CP; Idosos vítimas dos crimes previstos no Estatuto ou o Código Penal, vítimas dos crimes previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência ou PC. Caso contrário, vamos dar uma olhada no dispositivo inserido:

> Art. 3º (...)
>
> § 7º- C. Os serviços públicos e atividades essenciais, cujo funcionamento deverá ser resguardado quando adotadas as medidas previstas neste artigo, incluem os relacionados ao atendimento a mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, a crianças, a adolescentes, a pessoas idosas e a pessoas com

> deficiência vítimas de crimes tipificados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Para garantir a manutenção deste serviço básico, o art. O artigo 5º-A da Lei nº 13.979/2020 estipula que os procedimentos, a revisão da matéria, o prazo para comparência das partes em juízo e a tomada de medidas preventivas devem decorrer normalmente, podendo ser registados os incidentes relacionados com estas infracções penais via telefone ou meio eletrônico:

> Art. 5º-A Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019:
>
> I - os prazos processuais, a apreciação de matérias, o atendimento às partes e a concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência serão mantidos, sem suspensão;
>
> II - o registro da ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher e de crimes cometidos contra criança, adolescente, pessoa idosa ou pessoa com deficiência poderá ser realizado por meio eletrônico ou por meio de número de telefone de emergência designado para tal fim pelos órgãos de segurança pública;
>
> Parágrafo único. Os processos de que trata o inciso I do caput deste artigo serão considerados de natureza urgente.

Este artigo deve ser apontado de uma maneira inovadora. Trazer Boletim de Ocorrência Eletrônico sobre os incidentes de violência doméstica (recomenda-se que este boletim seja utilizado na jurisdição policial do Estado de São Paulo desde o início da pandemia Covid-19); este regulamento confere um certo grau de legalidade e certeza aos atos, visto que a lei é uma norma nacional e tem uma importante identidade comportamental. A lei também exagera a possibilidade de a própria vítima solicitar medidas de proteção para atendimento online - ela pode solicitar medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

preventivas online - ao se registrar no e-BO, a vítima pode fazer um pedido online e até mesmo fazer uma declaração em seu nome, que, sem dúvida, mudará com mais fidelidade por meio do medo, da dor e das condições de risco que vivemos.

A Lei 14.022 / 2020 também estabelece que o governo deve tomar as medidas necessárias para prestar assistência direta a mulheres, idosos, crianças e jovens em situação de violência, mesmo durante uma pandemia. Isso já aconteceu em uma delegacia de polícia do estado de São Paulo, onde o atendimento emergencial e específico nunca foi interrompido, mesmo durante uma crise de saúde.

No entanto, lidar com a violência contra as mulheres em uma pandemia não se limita a queixas. Esforços devem ser feitos para aumentar o número de equipes nos aspectos diretos de prevenção e resposta à violência, disseminar amplamente os serviços disponíveis e capacitar profissionais de saúde para identificar situações de risco, de modo a não reiterar o isolamento nessas áreas. A situação e a ampliação e fortalecimento da rede de apoio, inclusive garantindo o funcionamento normal e ampliando a localização de abrigos para mulheres sobreviventes. As redes sociais de apoio informais e virtuais devem ser estimuladas, pois não só lembra ao agressor que a mulher não está totalmente isolada, mas também ajuda a mulher a se sentir conectada e apoiada.

Em países / regiões como França e Espanha, mulheres que sofreram violência procuram ajuda em farmácias e usam senhas para denunciar a violência. Para enfrentar a violência doméstica contra as mulheres em uma pandemia, todas as estratégias acima são eficazes e complementares. O distanciamento social neste momento é fundamental para conter a escalada da COVID-19 no Brasil, portanto, a morbimortalidade associada à doença deve ser minimizada. O Estado e a sociedade devem se mobilizar para garantir que as mulheres brasileiras tenham o direito de viver sem violência.

Embora as mulheres não participem do processo de tomada de decisão, elas constituem a maioria da população brasileira e a maioria dos profissionais de saúde. Portanto, eles têm um papel fundamental na superação da pandemia e suas graves consequências para a saúde, econômicas e sociais.

5. CONCLUSÃO

Enfrentar a violência doméstica e familiar não é fácil. É preciso seguir em frente. A violência existe no cotidiano de inúmeras mulheres, e é certo que a epidemia exacerbou esses eventos. Dados e múltiplos estudos comprovam a seriedade dessa trágica realidade no Brasil e no mundo. Nesse caso, o uso do sistema pelas mulheres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

é fundamental para a eficácia judicial. As barreiras ao silêncio devem ser quebradas, os laços de discriminação e preconceito devem ser eliminados e sua fé e confiança na polícia e no judiciário devem ser fortalecidas.

A polícia, especialmente as autoridades policiais, deve estar atenta às mulheres vítimas de violência e deve respeitar as leis existentes e os instrumentos convencionais sobre o assunto. Não só internamente, mas também internacionalmente e nas Américas, devemos ver medidas de proteção urgentes, uma obrigação de proteger efetivamente as mulheres em situação de violência. Portanto, é importante considerar as necessidades suficientes e a eficácia das medidas de proteção: se a mulher deve ficar ou sair de casa; se você tem filhos; se o agressor tem arma de fogo em casa; se a mulher não tem comida, ela deve confiar em circunstâncias específicas. Identifique outras características.

Por fim, não devemos esquecer que toda discriminação produz injustiça e violência. Antes de os direitos humanos serem respeitados, não existe democracia. A existência e o aumento da violência contra as mulheres são inaceitáveis, o que obviamente viola a Constituição e os princípios democráticos. A violência doméstica é obviamente uma oportunidade de buscar o progresso, então todas as pessoas devem gozar de igual dignidade e direitos para que todos possam exercer sua própria felicidade. A pandemia mostra uma realidade enorme: não estamos no mesmo barco, apenas na mesma tempestade. Aqueles que são mais vulneráveis, como as mulheres, ficarão em pior situação. Isso requer união e luto.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca M.; PITANGUY, Jacqueline. O que é feminismo. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural: Brasiliense, 1985.

ACEBES, César Muñoz. “Um dia vou te matar”: Impunidade em casos de violência doméstica no estado de Roraima. HumanRightsWatch . 21 abr. 2017. Disponível em: https://www.hrw.org/pt/report/2017/06/21/305134. Acesso em: 15. jan 2021.

BRASIL (2020a)Lei 14.022 de 7 de julho de 2020 – altera a Lei n. 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, e dispões sobre medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL (2020b).Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

BRASIL. Norma técnica de padronização: Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher – DEAMs. Brasília: Ministério da Justiça. Presidência da República, 2006.

EGGERT, Edla. Reconstruindo conceitos: da não-cidadania ditada por Rousseau e Kant para a aprendizagem da cidadã de hoje. Disponível em: . Acesso em: 15. jan 2021..

IBRAHIN, Francini Imene Dias; BORGES, Amanda Tavares. Violência doméstica em tempos de confinamento obrigatório: a epidemia dentro da pandemia. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6298, 28 set. 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/85555. Acesso em: 5 fev. 2021.

FUNARI, Pedro Paulo A. Grécia e Roma. 1. ed. São Paulo: Contexto, 2002.

GREGORI, M. F. Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.

LAQUEUR, Thomas Walter. Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud. Trad. Vera Whately. 1. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

PULEO, Alicia. "Filosofia e gênero: da memória do passado ao projeto de futuro". In: GODINHO, Tatau; SILVEIRA, Maria Lúcia (Orgs.). Políticas públicas e igualdade de gênero. 1. ed. São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004. p.13.34.

SANTOS, C. M. Delegacias da Mulher em São Paulo: percursos e percalços. Disponível em: . Acesso em: 27 mai. 2006.

SCHRAIBER, Lilia B.; D'OLIVEIRA, Ana Flávia L. P. "Violência contra mulheres: interfaces com a saúde". Interface – Comunicação, Saúde, Educação [online], v. 03, n. 05, p. 11-26, ago. 1999. Disponível em: . Acesso em: 15. jan 2021.

VRISSIMTZIS, Nikos A. Amor, Sexo e Casamento na Grécia Antiga. Trad. Luiz Alberto Machado Cabral. 1. ed. São Paulo: Odysseus, 2002.

Pâmela Rocha Vieira , Leila Posenato Garcia , Ethel Leonor Noia MacieL. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. ARTIGO ESPECIAL / SPECIAL ARTICLE.

Duas vezes vítimas: mulheres sofreram agressões durante quarentena imposta pela pandemia. Disponível em: https://apublica.org/2020/11/duas-vezes-vitimas-mulheres-sofreram-agressoes-durante-quarentena-imposta-pela-pandemia/.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO MESMO NO CASO DE PRESCRIÇÃO DAS DEMAIS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI N° 8.429/92

SEBASTIÃO FRANCISCO SOARES DE ANDRADE:
Bacharelando em Direito pela ULBRA/Manaus

RUBENS ALVES DA SILVA

(orientador)

RESUMO: O estudo analisa o debate sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário público nos casos de improbidade administrativa, conforme a exegese do art. 37, §5º, da Constituição da República. Em um primeiro momento, busca apresentar o princípio da segurança jurídica no cenário brasileiro, bem como demonstrar sua natureza constitucional. Reconhece que, no sistema constitucional brasileiro, existem casos em que a prescritibilidade se expressa de forma inequívoca, o que faz da prescritibilidade o princípio geral. Posteriormente, são analisados os fatos que causam prejuízo ao tesouro, bem como o papel do Supremo Tribunal Federal no debate, seja por meio do RE nº 669. 609 / MG (em que resolveu a prescritibilidade no caso de danos decorrentes de delito civil) ou RE nº 852. 475 / SP (em que resolveu não admitir casos decorrentes de atos dolosos de improbidade). Ainda assim, estão indicados os motivos a favor da defesa da prescritibilidade do referido reembolso ao Tesouro e os argumentos elencados pela doutrina contrária. Por fim, conclui que a ausência de prazo prescritivo para que o Estado resolva as ações indenizatórias em caso de impropriedade intencional viola princípios básicos da Constituição brasileira, a saber, os princípios da segurança jurídica, do devido processo legal (ampla defesa), isonomia e razoabilidade, além de ser uma decisão contrária à do legislador constituinte.

Palavras-chave: Dano ao erário; Ação de ressarcimento; Imprescritibilidade; Improbidade administrativa. Devido processo legal.

ABSTRACT: The study analyzes the debate over the indescribability of reimbursement actions with public funds in the event of administrative improbability, following the exegesis of the arts. 37, §5, of the Constitution of the Republic. First, it seeks to present the principle of legal certainty in the Brazilian scenario, as well as to demonstrate its constitutional character. He acknowledges that in the Brazilian constitutional system, there are cases in which prescriptiveness is unequivocally expressed, which makes prescriptability a general principle. Next, the acts causing damage to the treasury are analyzed, as well as the role of the Supreme Federal Court in the debate, either by RE

n ° 669. 609 / MG (in which it arises on the prescriptions for the case of damage by civil injustice) or RE No. 852. 475 / SP (in which he rules that cases arising from deliberate acts of improbability were not permitted). However, the reasons are recalled in favor of the defense of the receptivity of the refund to the Treasury and the arguments listed by the opposing doctrine. In conclusion, he concluded that the lack of a prescribed deadline for the state to decide on actions for reparation in the event of a deliberate improbability violates the fundamental principles of the Brazilian Constitution, namely the principles of legal certainty, procedure. fair trial (broad defense), isonomy and reasonableness, in addition to a decision as opposed to that of the constituent legislature.

KEYWORDS: Damage to the wallet. Compensatory measures. Indescribable. Administrative dishonesty. Due to legal proceedings

1 INTRODUÇÃO

A relação entre a administração pública e seus administradores deve ser cercada por uma série de normas que visem adaptar o comportamento individual aos ideais republicanos de vida social. No entanto, essa relação nem sempre é estática e previsível. A principal característica da sociedade contemporânea, segundo o filósofo Zygmunt Bauman, é ser "fluida-moderna", porque as condições sob as quais seus membros operam mudam tão rapidamente que é impossível estabelecer uma rotina ou hábito.

No entanto, esta realidade de incerteza e insegurança não pode (deve) deixar de determinar o estatuto jurídico da administração pública. A lei nasceu e se desenvolveu com vocação inversa - e essa característica deve ser ainda mais forte nas atividades governamentais (pois quem tem mais poder deve se submeter a um controle maior).

Nesse sentido, a manutenção da temporalidade e da racionalidade conceitual e axiológica da relação jurídico-administrativa é de fundamental importância para a integridade da sociedade e das instituições. Por esta razão, a lei criou instituições como o princípio da segurança jurídica e da prescrição.

O princípio da segurança jurídica consiste essencialmente em procurar a estabilidade da relação jurídica, para que não haja surpresas para os envolvidos nesta relação.

A prescrição é um instrumento jurídico que também traz segurança à lei, pois proíbe o início das discussões a qualquer tempo e para a eternidade. Em relação a esse

argumento, o termo "eterno" não é compatível com o discurso jurídico racional, mas com uma instabilidade temporal permanente. Como talento inato, o direito tem a capacidade de posicionar as pessoas em tempo útil.

Além da segurança jurídica, a proteção do devido processo legal como direito fundamental também é importante, para verificar a prescritibilidade das medidas de ressarcimento ao erário público, seja por atos ilícitos, seja por atos de improbabilidade administrativa (ou mesmo penal). Infelizmente, o artigo 37, § 5º da Constituição da República é impreciso, o que levanta dúvidas sobre os intérpretes.

Vários são os autores que defendem a prescritibilidade desses atos, assim como um grande número de autores que acreditam que o Tesouro pode reclamar indefinidamente o ressarcimento dos danos sofridos. Este percurso analisa o ensino e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2. SEGURANÇA JURÍDICA E PRESCRIÇÃO: NOTAS SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A segurança jurídica é essencial para incorporar à lei a estabilidade e a proteção das relações jurídicas, uma vez que é condição para o alcance da justiça nas esferas social e política. Esse princípio pode ser classificado em dois conceitos, que são considerados o cerne da questão: **certeza** e **estabilidade**.

O cerne do conceito de certeza é extrair princípios da abstração dos conceitos jurídicos e suas consequências, e esses conceitos orientam as ações dos destinatários das normas jurídicas. Assim, o conceito de certeza se relaciona a quais normas legais o governo precisa saber com antecedência e como suas ações o afetarão. Isso significa que os indivíduos devem se sentir seguros quando agem e não são afetados por mudanças repentinas de padrão.

Neste sentido, Irene Nohara argumentou que 'a segurança representa o valor que toda lei deve realizar por causa de sua existência".

Por outro lado, o segundo conceito central que compõe o princípio aqui suscitado, é o de 'estabilidade". Se a ordem jurídica mudar da noite para o dia e retornar à situação pré-existente, não é possível determinar as consequências da ação. Sem utilidade. Os traços previsíveis desse princípio também devem ser estáveis, a fim de garantir os direitos subjetivos adquiridos e proteger as pessoas sinceras vinculadas à ação do Estado. Portanto, o Estado deve definir um prazo para o exercício dos direitos subjetivos, em particular o prazo para o incitamento à perseguição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Uma das áreas da segurança jurídica confere-lhe o conceito de estabilidade da norma jurídica, e para alcançar essa estabilidade falamos do posicionamento da lei. O princípio da legalidade também influencia, portanto, a investigação do conceito de princípio da segurança jurídica.

Nessa linha, o efeito positivo do princípio da segurança jurídica - baseado na ideia de regra obrigatória - faz com que ele seja observado tanto na sua face objetiva quanto na subjetiva, o que corresponde a uma segurança estritamente sensível ou à proteção do truste administrado.

Embora o direito à segurança jurídica '' não seja mencionado na Constituição de 1988, o constituinte incluiu a segurança como valor fundamental em seu preâmbulo e como um dos direitos invioláveis descritos no artigo 5º. Porém, nestes, não existem nenhuma disposição que possa estabelecer uma relação entre a superioridade e o valor sobre o título (ou outros direitos fundamentais).

A importância do princípio da segurança jurídica aumenta com o desenvolvimento do seu caráter jurídico. Originalmente utilizado como instrumento de direito privado e, em particular, no domínio contratual, foi gradualmente emergindo como um princípio de direito público - em particular de direito administrativo. Para tanto, foram introduzidos no direito público institutos clássicos de direito privado, como a prescrição, cuja evolução foi consistente e natural com a transformação do Estado absolutista em Estado de Direito.

No campo civil, o código civil é a lei que rege os termos do regulamento, embora outras leis possam prever situações jurídicas que exijam receita médica. A prescrição expira o ponto de vista do direito subjetivo e priva-o do poder de exigir a obrigação legal para com aqueles que a não cumpriram por sua indolência em não solicitá-la na forma legalmente estabelecida. O direito de que goza o titular não deixa de existir, mas deixa de ser exercível, visto que a prescrição não prejudica o ato, mas sim o seu exercício.

As características da prescrição tendem a garantir a validade das relações jurídicas e a segurança da paz social. Portanto, tem três finalidades:

(i) prevenir litígios;

(ii) impedir que tais disputas continuem indefinidamente;

(iii) restaurar a harmonia e a paz entre as partes e suas respectivas relações jurídicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista que a prescrição é regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, dada a consistência do princípio da segurança jurídica (essencial para a existência do estado democrático de direito), o legislador presumiu que a ação será inadmissível se for uma questão de ordem pública. Obviamente, tais suposições devem ou não ser de natureza política federal. Carlos FILHO, José dos Santos. Operação. Cit. , P. 64. Tal concepção tradicional pode ser bem ilustrada pelo ensinamento de Zenun, Augusto. Prescrição na constituição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 5. Nas palavras de José Afonso da Silva, 'A prescritibilidade como forma de perder a exigibilidade dos direitos pela inacção do seu titular é uma regra geral de direito, pelo que não é surpreendente que os regulamentos administrativos sejam formulados ao abrigo mais aspectos, tanto em relação às reclamações dos interessados contra a administração como em relação a estas nas faculdades administradas. "SILVA, ali está José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 682. expressa (e inequivocamente). O princípio geral de um estado de direito republicano é a prescritibilidade e não a indescritível.

Nesse sentido, a não herdabilidade não é, em última instância, ocasionada pela omissão do prazo de prescrição na lei. No direito público, com mais ênfase no direito administrativo, não é permitido o uso de analogia ou interpretação ampla das normas para limitar os direitos consagrados na constituição básica. Portanto, o legislador deve fixar com precisão o prazo prescrito, e o pressuposto de que o legislador constituinte deve definir a inviolabilidade é claro no texto constitucional, pois ele tem a responsabilidade de analisar quais regras serão inseridas neste caso.

No cenário brasileiro, a Constituição de 1988 contém explicitamente - de forma clara e inequívoca - três hipóteses de reivindicações indescritíveis, a saber: crimes de racismo (art. 5º, Inc. XXII), crimes imputáveis à atuação de grupos armados, civis ou civis contra a ordem constitucional e o estado democrático (artigo 5º, inclusive XLIV), e o direito à terra tradicionalmente ocupada pelos índios (artigo 231, § 4º).

3. LESÃO AO ERÁRIO E A AÇÃO DE RESSARCIMENTO: A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Em primeiro lugar, deve-se notar que a riqueza pública e o erário não contradizem as expressões. Na medida em que o primeiro engloba um termo mais amplo que abrange todo o conjunto de bens públicos e direitos de valor econômico, cultural, artístico, turístico e histórico de uma entidade, o termo bolsa é limitado ao complexo de bens e direitos financeiros do estado. Em segundo lugar, é importante compreender que existem quatro maneiras possíveis pelas quais atividades ilegais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

podem prejudicar a economia: ações administrativas ilegais, civis, criminosos e improbabilidade administrativa.

Ressalta-se que a improbabilidade (mesmo que prevista como ilegal nas leis disciplinares) só pode ser configurada para punir o agente se este tiver sido previamente identificado no próprio processo civil ou no processo penal em questão.

Refira-se que a hipótese factual que pode comprovar o dano é um compromisso: desde a fraude no concurso (envolvendo infracções penais às administrações públicas, e eventualmente erros administrativos), até aos enterros prejudiciais perante administrações públicas. Puramente ilegal - assim como um acidente de trânsito

Para melhor analisar o conceito de má conduta civil, busque sua definição na doutrina civil. Segundo Sergio Cavalieri Filho, trata-se de quebra de contrato ou de natureza extracontratual que viola uma obrigação legal. Por sua vez, uma infração penal é toda conduta positiva, negativa, ilegal, típica, imputável e punível. No entanto, independentemente da eficácia do dano, pode existir porque é sancionado por multas claramente estipuladas por lei. Em contraste com as infrações civis, a tipicidade e a culpa são os elementos básicos das infrações criminais.

Por fim, é preciso falar sobre os atos de improbidade administrativa que danificam a bolsa. Normalmente nos artigos 10 e 10-A da Lei de Improbabilidade Administrativa, ou LIA (Lei nº 8. 429/92), a conduta que cause dano ao erário deve ser gerada por ato ilícito do agente público, ativo ou omisso, com má-fé (nos termos da lei: culpa ou engano) no exercício de função pública (mandato, cargo, emprego ou atividade). Os terceiros que mantenham relações com a Administração Pública e que causem danos ao seu património também podem ser objeto de ações de ressarcimento ao fisco. Embora o pergaminho apresentado no artigo 10 da LIA seja puramente exemplar, e seja possível que outros comportamentos sejam considerados atos injustos, o dispositivo lista uma série de comportamentos prejudiciais.

Nesse sentido, ainda há discussão se a administração pública pode, a qualquer momento, cobrar dos cidadãos por deficiências administrativas, civis, criminais e administrativas ilícitas que prejudicam o erário. Esta interpretação decorre da exegese do §5º do artigo 37 da Constituição: § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. '

Parte dessa doutrina sustenta que não há dúvida sobre o caráter não repetitivo das ações e que sua finalidade é reparar o dano sofrido pelo poder público. No que se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

refere a Juarez Freitas, a reserva formulada pelos tripartidos na última parte do artigo 37, §5º, mostra claramente a opção não repetitiva dessas ações pelo legislador de origem. Devolva o tesouro. Segundo o autor, a proibição foi estabelecida para que a lei de infraestrutura estabeleça o prazo. No mesmo sentido, Raquel Urbano de Carvalho (Raquel Urbano de Carvalho) não aceita essa ambiguidade, pois argumentos de "vulnerabilidade" como a defesa ampliada não o impressionaram. O ônus da prova recaiu sobre o autor e, segundo o autor, o Estado agiu com base no 'princípio de realidade" e na verdade material.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a reserva da Constituição Republicana visava dar ao tesouro melhor proteção do que uma condição de maior valor que merece essa proteção mais expressiva, por se tratar de um bem coletivo, ainda que as autoridades administrativas o considerem que a arrecadação de seus nacionais permanece lento.

O autor alega que o legislador qualificou a ação de indenização por danos causados como um símbolo de eternidade e, assim, deu-lhe a garantia do indescritível. Além disso, parte do pressuposto de que a hipótese indescritível do artigo 37, §5, não viola legalmente o direito à plena defesa e segurança.

Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem são os que defendem o entendimento favorável da prescritibilidade da exigência constitucional. Segundo os autores, a norma constitucional deve ser interpretada de acordo com os princípios da Constituição da República. Segundo os advogados, o aparelho exige 'uma interpretação sistemática do texto constitucional, combinando as normas a serem apreciadas com as demais disposições da Lei Maior", especialmente no que se refere aos direitos fundamentais como a segurança jurídica e a ampla defesa. Na medida em que a ação judicial seja indescritível, ela poderá, inclusive, ser movida contra filhos, netos ou bisnetos de agente público, em eventual substituição passiva perpétua de Ministério Público. Este é um absurdo injusto e inconsistente com o Estado de Direito, pois permite apenas litígios simbólicos (ou seja, longe de uma possível 'realidade").

A inexistência de um prazo processual compromete uma ampla defesa, pois com o tempo pode tornar-se impossível aos cidadãos fazerem valer seus direitos ou se defenderem perante o poder público contra as denúncias feitas contra eles. Da premissa abstrata, chegamos à conclusão de que o princípio da supremacia do interesse público deve ser suavizado para dar lugar a um valor mais alto: o direito do indivíduo de se defender de qualquer imputação de responsabilidade que lhe diga respeito é o significado do Princípio do devido processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na prática, a "existência de evidência" tornou-se etérea e o sistema pré-estabelece crenças subjetivas de culpa na prática. Ao criar várias suposições sobre dano e engano, o tribunal sistematicamente afrouxou a regra do "peso do queixoso". Na prática atual, o acusado geralmente fornece evidências falsas para provar sua inocência, em vez da responsabilidade do reclamante de provar o acusado ou a culpa do acusado. No processo natural, há uma necessidade crescente de "prova demoníaca": engano presuntivo, cegueira deliberada, teoria dos fatos, ações objetivas de reembolso, danos, etc. Acredita-se que se o autor permanecer inerte, ele será perdoado (nas seguintes circunstâncias). Com o passar do tempo, não há mais evidências de que isso lhe seja útil. Mas a realidade é que a caça às bruxas

A mentalidade persecutória em defesa da 'verdade material' e da 'realidade' é estranha quando se considera quantas derrotas jurídicas o Estado sofreu historicamente contra o cidadão (especialmente noções de improbabilidade que muitos julgam com responsabilidade). A nova tendência punitiva é justamente uma resposta às adversidades que têm sofrido os órgãos de fiscalização no contexto de uma defesa crescente dos direitos fundamentais. Ou seja, se não há como condenar com base no ordenamento jurídico típico do estado de direito, procuramos obter tal condenação por meio de abreviaturas: instituições jurídicas que estão chegando - BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARTINS, Grasiele Borges. Utilização adequada de sanções por falta administrativa como meio de defesa de direitos fundamentais. Revista Jurídica UniCuritiba, v. 25, 9. 2010. 47 Para obter mais informações sobre este tópico, consulte: GABARDO, Emerson.

Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa de direitos na Constituição da República de 1988. A C - Revista de Direito Administrativo Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, gen. / mar. 2017. Sobre o assunto, veja o excelente artigo de Felipe Gussuli: GUSSULI, Felipe. Perseguindo o despreparado: como a imprevisibilidade da lei às salvaguardas constitucionais distorce o propósito legal In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Milagres; SANTANO, Ana Cláudia (coordenadas). Eficiência ética na administração pública. Curitiba: athala, 2015. criado para contornar direitos fundamentais (sempre apoiado por um moralismo político muito difundido na opinião pública).

Na atualidade do prestígio do moralismo político como critério para as decisões jurídicas públicas, esta é uma questão muito difícil de responder. A liquidez do ambiente pós-moderno influenciou continuamente o direito nesta segunda década do século 21 - e, se antes era difícil imaginar um conceito crível de 'realidade", hoje tal crença é um absurdo hermenêutico, lógico e axiológico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Entendeu-se que a improbidade administrativa não é apenas um ato administrativo ilegal, mas também um ato desonesto e qualificado. Esta é uma ação impossibilitada por administradores públicos ou beneficiários da administração pública. Portanto, se o processo legal causa danos à carreira, é totalmente errado aceitar o modelo culpado. Nesse sentido, a má conduta difere estritamente da conduta ilegal porque não visa condenar o administrador ou gerente não qualificado final, e a gestão dos recursos públicos é imperfeita porque carece do elemento de "desonestidade". Elementos Subjetivos são importantes para caracterizar o comportamento. Improbidade administrativa (note-se que, tendo em vista a legalidade da lei, os tribunais costumam aceitar apenas a subjetividade subjetiva - embora totalmente contrária à racionalidade das normas aplicáveis ao pensamento impróprio.

No caso do Recurso Extraordinário nº 669. 069 / MG, chegou ao Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a indescritível ação de ressarcimento a favor do Estado nos casos de ofensa cível. Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União Federal contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que declarou os efeitos da prescrição do pedido estadual de preservação da sentença que extinguiu a ação de indenização por danos causados ao patrimônio público resultante de um acidente de carro. No caso específico, em 2008, a União Federal ajuizou ação de ressarcimento contra uma empresa de transporte de veículos e um de seus motoristas, alegando que houve falha exclusiva do ônibus em colisão com veículo da Divisão Anfíbia da Marinha, que ocorreu em outubro de 1997 - ou seja, a ação compensatória foi tomada mais de onze anos após a ocorrência do dano.

No caso de nenhum dano ser encontrado dentro do prazo legal, o valor devido pode ser cobrado do representante público que é responsável por garantir que a medida foi prescrita (se houver sinais evidentes de culpa ou engano - e se outras sanções de direito administrativo são aplicáveis).) Obviamente, do ponto de vista sociológico, o estabelecimento do prazer favorece o Estado e não o contrário (uma visão moralista que abarca a tese da indescritível impede seus defensores de visualizar essa situação) . Entender que o prazo de cinco anos é "curto" demais para se preparar uma ação judicial é uma prova real do absurdo da administração pública brasileira - principalmente considerando que o prazo tem iniciais mais longas do que em geral (em alguns casos, isso pode acontecer mais de dez anos depois). Pensar que a falta de prazo definitivo para cobrança de dívidas é um mecanismo favorável ao interesse público é tão implausível quanto a hipótese de que a construção de prisões ou o uso da pena de morte sejam mecanismos adequados para encorajar a redução do crime. Mas não só existem aqueles que acreditam, mas essa crença se encaixa muito bem com a opinião pública contemporânea - que tende a ser seduzida por soluções simples para casos difíceis (este é um dos paradoxos do pós-modernismo).

Da decisão do STF no RE nº 669. 069 / MG, dois pontos podem ser extraídos: (i) considerar a importância do princípio da segurança jurídica para as disputas sobre o Estado e o cidadão; e (ii) a separação entre infrações civis, infrações penais e atos de improbabilidade administrativa. Como Joel de Menezes Niebuhr explica, a comunidade jurídica esperava uma posição do Supremo Tribunal Federal sobre o espectro geral do dispositivo constitucional controvertido. No entanto, embora a Constituição não faça distinção entre os tipos de danos ao erário, o STF tem limitado a improbidade analítica.

Mas o fato é que, mesmo nesta audiência, é óbvio que o STF ainda está disposto a tomar decisões sobre as questões relacionadas aos estoques, mas que precisarão ser discutidas separadamente. A razão para isso é que o impacto geral inerente ao Recurso Especial nº 852. 475 / SP foi rapidamente apurado, tendo em vista o debate sobre a inadmissibilidade do contencioso indenizatório por falta administrativa (Teman 897 de Repercussão Geral: 'Gente sedevido a infrações administrativas "). O primeiro julgamento foi inesperado, seguido pelo segundo inesperado, demonstrando até que ponto o judiciário aumentou a insegurança jurídica em vez de promover a lei.

Além da análise teórica apresentada, as visões do PGR são contraditórias em outros momentos. O documento apontou acertadamente que o intérprete não deve distinguir entre os tipos de ações compensatórias realizadas nos termos da regra do artigo 37, parágrafo 5, e ao mesmo tempo considera que a má conduta administrativa é mais prejudicial do que a ilegal e, portanto, a compensação pelos danos causados por má conduta, deve ser considerado irreparável, e o STF não pode tomar uma decisão semelhante à RE n 669. 609 / MG.

4. CONCLUSÃO

A criação da Lei de Improbidade Administrativa e sua fiel efetividade, garante ao cidadão uma administração proba. A sociedade precisa confiar nos gestores públicos, pois são eles que administram os bens coletivos, garantindo um serviço de qualidade e eficiência.

Os atos de improbidade administrativa foram divididos em: enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e os atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública. O principal intuito da criação do dispositivo está em punir o agente público, proteger a Administração Pública, quando estes atos forem praticados e garantir à sociedade uma resposta a estas violações. Vale ressaltar que todos os atos praticados contra a Administração Pública dizem respeito à sociedade, que confia na administração para gerir seu interesse.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A sociedade tem um papel fundamental nesse processo, pois tem o poder/dever de fiscalizar os atos praticados pela Administração Pública. Participando das audiências públicas, acompanhando as reuniões dos conselhos municipais, fiscalizando os gastos da Administração Pública em consulta ao Diário Oficial, assistindo as reuniões da câmara de vereadores entre outros meios, se torna possível obter as informações e prestações de conta da administração.

O que se espera do agente público é um comportamento honesto, íntegro, honrado, probo, no entanto, nem sempre isso ocorre. Depara-se com agentes que aproveitam de seus cargos para adquirir vantagens para si ou para outrem, usando a Administração Pública para angariar favores ou mesmo usar e usufruir do patrimônio público. Principalmente para estas pessoas ímprobas é necessário uma lei que discipline e puna com certo rigor os atos considerados indignos para a sociedade.

REFERÊNCIA

AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, v. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dez. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei da Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006. aspx?pdiCntd=66526. Acesso em: 10 nov. 2016. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. BAUMAN, Zygmunt. Vida líquida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; MARTINS, Grasiele Borges. A adequada aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa como forma de preservação de direitos fundamentais. Revista Jurídica UniCuritiba, v. 25, n. 9, 2010.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015. BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y Derecho Administrativo. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, v. 1, n. 1, p. 39-62, jan./jun. 2014.

BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.

BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014.

CAMMAROSANO, Márcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e patrimônio público. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, jan./mar. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. A prescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado: uma leitura do art. 37, §5º, da Constituição Federal. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ABORTO: COMO UM PROBLEMA SOCIAL QUE PERDURA HÁ SÉCULOS

RONALDO CARVALHO LINS: Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA;

RESUMO: A ideia deste trabalho monográfico é analisar os abortos e as inovações propostas no Brasil. Embora o aborto seja comum hoje em dia, ele ainda é contestado pela maioria das pessoas e é um tópico altamente controverso. Portanto, segundo a Organização Mundial da Saúde, a maioria deles é realizada em sigilo, e estima-se que 47.000 mulheres morram no mundo a cada ano. Seu objetivo é discutir o aborto a partir da perspectiva do direito de escolha das mulheres. Considere a seguinte hipótese: A oposição séria e fundamentada entre o aborto e suas consequências é um esforço efetivo e fundamental para entender o aborto, um esforço para vincular o aborto a questões de saúde e direitos humanos, e se livrar de uma análise da lei e da moralidade, o estudo apresenta as seguintes considerações: aborto (história, conceitos, tipos e legislação), mulheres e mães no Brasil (questões femininas, feminismo e a influência da visão religiosa nas questões do aborto) e assistência social e direito à vida (direitos , políticas públicas e posicionamento do CFESS, por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa e exploratória, o estudo concluiu que o aborto é entendido como o direito de escolha no âmbito dos serviços sociais, portanto, na perspectiva da ética e da política, a transformação da ordem existente e da sociedade. Isso está além do âmbito do trabalho social e requer projetos maiores para construir uma sociedade mais justa.

Palavras-chaves: Vida; Aborto; políticas públicas.

ABSTRACT: The idea of this monographic work is to analyze the abortions and the innovations proposed in Brazil. Although abortion is common today, it is still contested by most people and is a highly controversial topic. Therefore, according to the World Health Organization, most of them are carried out in secrecy, and it is estimated that 47,000 women die worldwide each year. Its objective is to discuss abortion from the perspective of women's right to choose. Consider the following hypothesis: The serious and reasoned opposition between abortion and its consequences is an effective and fundamental effort to understand abortion, an effort to link abortion to health and human rights issues, and to get rid of an analysis of the law and of morality, the study presents the following considerations: abortion (history, concepts, types and legislation), women and mothers in Brazil (female issues, feminism and the influence of religious views on abortion issues) and social assistance and the right to life (rights,

public policies and positioning of CFESS, through qualitative and exploratory bibliographic research, the study concluded that abortion is understood as the right of choice in the scope of social services, therefore, in the perspective of ethics and politics, the transformation of existing order and society.This is beyond the scope of social work and requires larger projects to build a more just society.

Keywords: Life; Abortion; public policy.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITO DE VIDA. 2.1 Conceito de aborto. 2.3. Contexto histórico do aborto. 2.4. Direito natural a vida. 3. O ABORTO NO SISTEMA BRASILEIRO. 3.1. O aborto e a sociedade. 4. O ABORTO COMO QUESTÃO DE DIREITOS. 3.1 Projetos de Lei Pró Aborto. Considerações Finais. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Este trabalho visa compreender os dois argumentos sobre o aborto, pois o assunto levanta questões sociais para as quais não há uma opinião clara. O aborto espontâneo, também conhecido como abortamento, pode ser definido como a interrupção da gravidez antes que o feto se torne viável, ou seja, antes do período perinatal, portanto, o aborto é um problema de saúde pública. O tema proposto retrata a discussão inerente ao aborto no Brasil, apresentando considerações relacionadas aos aspectos sociais, culturais, morais, jurídicos, econômicos, bioéticos, religiosos e ideológicos. Portanto, devido à alta morbimortalidade das gestantes, o aborto tornou-se um problema de saúde pública.

Os fatos comprovam que o Brasil avançou pouco no debate sobre o aborto, portanto, é preciso entender os dois argumentos sobre o aborto e entender se o feto está vivo, fenômeno esse que prevalece na vontade e na autonomia da mulher. E analisar as diversas classificações legais do aborto; resolver o entendimento da legislação brasileira; por fim, descrever que o aborto já existe, que é um problema de saúde pública. Porque também é preciso exigir que o Estado adote políticas públicas para colocar esse tema em discussão.

Em relação à vida, existe uma grande incógnita, ou quando somos tratados como humanos, desde a época da fecundação ou quando respiramos pela primeira vez, somos classificados como humanos? A mulher tem o direito de decidir o que fazer com seu corpo? Irá interferir na vida das pessoas que ainda não usufruíram de suas habilidades? No que diz respeito ao feto, existe vida? Esse é um problema que aflige as sociedades antigas e modernas há muito tempo, pois, na perspectiva de ambas, o aborto é um problema desconhecido que precisa ser debatido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O motivo da escolha desse tema é que tem havido muitas discussões e esclarecimentos sobre o assunto, e os tribunais têm recebido diversos processos judiciais em todo o mundo, portanto, há grandes dificuldades para resolver o assunto no final. No Brasil, paralelamente, a lei do artigo 125- Aborto sem consentimento da gestante: Pena - 3 a 10 anos de reclusão. Artigo 126-Promoção do aborto com consentimento da gestante: prisão de um ano até quatro anos. A lei permite exceções no artigo 128, que estipula: Não é punido o aborto induzido pelo médico: (ver ADPF 54) Aborto necessário: I- se não houver outra forma de salvar a vida da grávida; II-Se a gravidez foi causada por estupro, e o consentimento da gestante foi obtido antes do aborto, ou se o consentimento não for possível, o consentimento do representante legal.

Os fatos comprovam que esse conflito produziu uma contradição que precisa ser discutida. É imprescindível um estudo mais aprofundado sobre o assunto, submeter à decisão da esfera judicial a legislação aplicável ao aborto e, ainda, fazer pesquisas sobre a legalidade do país e o tratamento de outros países.

Diante dos fatos discutidos, é necessário verificar o comportamento da sociedade, compreender o progresso científico e tecnológico e sua importância para o direito.

2. CONCEITO DE VIDA

Vida significa existência. Derivado do latim "vita", referindo-se à vida. Este é um estado de atividade constante compartilhado por pessoas organizadas. Este é o período entre o nascimento e a morte. Em termos gerais, a vida é o momento em que algo existe ou funciona. A palavra vida tem um conceito muito amplo e pode ter múltiplos significados de acordo com o contexto em que está inserida:

Quando observamos o mundo ao nosso redor, podemos reconhecer facilmente certas entidades como seres vivos: humanos, animais, plantas. Eles são obviamente diferentes de rochas, água, ar, fogo, tudo que costumamos chamar de "matéria inanimada". Fazemos essa separação com base em certas propriedades que os organismos parecem ter: ciclo de vida (os animais nascem, crescem, se reproduzem e morrem), motilidade (em muitos casos os organismos podem se mover) e metabolismo (eles se alimentam de outros organismos) ou o meio ambiente. Materiais e energia disponível no processo – (como as plantas que realizam a fotossíntese). Mas, essas características existem em todas as coisas vivas na terra? Eles são suficientes para distinguir tudo que está vivo de tudo que não está vivo?

Embora possa parecer simples entender o primeiro plano da vida, ainda é difícil para os cientistas definirem claramente a vida. Muitos filósofos tentam defini-lo como um "fenômeno que dá vida ao material".

Dessa forma, se o ciclo de vida segue o padrão de todas as pessoas, a entidade é geralmente considerada um corpo vivo: passa por vários estágios diferentes e contínuos desde a concepção até a morte. Crescimento: a absorção e o acúmulo de substâncias no meio ambiente, junto com a excreção do excesso e de produtos "nocivos". Movimento: Interior (dinâmica celular), acompanhado ou não de movimento ambiental. Replicação: a capacidade de produzir entidades semelhantes a ela mesma. Resposta a estímulos: capacidade de "sentir" e avaliar as características do ambiente e de reagir seletivamente a possíveis mudanças na situação. Evolução: A capacidade das gerações futuras de se transformarem gradualmente e se adaptarem ao meio ambiente.

Portanto, a "Constituição Federal" estipula que todos têm direito à vida, não só o direito de viver, mas também o direito de viver com dignidade. Portanto, há muitas discussões sobre o aborto porque a vida é o mais importante, e quando não é considerado dignidade tem a ver com vida, porque nem todo mundo vive uma vida digna.

2.1 Conceito de aborto

O aborto pode ser definido como a interrupção da gravidez e do feto no período perinatal (começando às 22 semanas) antes de o feto atingir sua viabilidade com o peso inferior a 500 gramas. Acontece que, embora este seja um procedimento comum, pode ser um processo extremamente doloroso e pode causar traumas graves às mulheres. Em alguns casos, as mulheres podem ser inférteis.

Segundo Capez (2014, p. 108), ele ensinava que “o aborto é a interrupção da gravidez e, portanto, a destruição da concepção, que inclui a eliminação da vida no útero”. Acontece que existem opiniões diferentes sobre o feto, e existe vida desde o início. Algumas pessoas acreditam que a vida começa na época da fecundação, enquanto outras acreditam que a discriminação do aborto e que a vida começa depois que o feto é fecundado (Completamente formado no útero).

Para caracterizar o aborto espontâneo, deve haver dois requisitos, a saber: a existência e perfeição da gravidez, a gravidez deve ser interrompida antes do parto, e a causalidade, que não é nada mais do que o resultado de uma morte por interrupção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Existem vários métodos de realizar o aborto, que podem ser considerados como crime de ação livre. Desde que o objetivo seja alcançado, a ação pode ser tomada, ou omitida, quando nenhuma ação pode ser tomada, e diferentes métodos podem ser adotados, o que leva à morte do feto.

Segundo Lourenção e Viana (2016, 10), "o aborto divide-se em três categorias, nomeadamente meios químicos, meios mentais e, por fim, meios físicos". O médico também tem o meio do esquecimento, que é quando o médico não toma as providências e omissões necessárias.

2.3. Contexto histórico do aborto

Por muito tempo, o aborto não foi considerado crime, porque o aborto nem mesmo era conhecido. Sobre essa questão, Hungria (1981, p. 286) afirmou que "o aborto não é considerado objeto de crime e as civilizações hebraica e grega são comuns". Aconteceu em Roma porque, segundo a Lei XII, as "Tábuas e Leis da República" não envolviam o aborto, porque o aborto considerava a gravidez como parte do corpo da mulher, não como indivíduo.

Portanto, em tempos passados, o procedimento de aborto não era considerado crime porque a pessoa não tinha capacidade de raciocínio, que interromper a gravidez e tirar o feto interromperia sua vida, e não havia pesquisa médica sobre isso. Portanto, com o passar do tempo, o comportamento humano e a legislação, e a forma de pensar passaram por constante desenvolvimento, a sociedade também está se desenvolvendo e o aborto artificial tornou-se um comportamento visualmente ilegal, ou seja, um crime.

No que diz respeito à religião, em especial ao cristianismo, o aborto sempre foi efetivamente comprovado no meio social, e o aborto é considerado crime de homicídio. Segundo Lourenção e Viana (2016, 12), explica: "Na Idade Média, segundo os ensinamentos de Aristóteles, ele entendia que o aborto só era crime quando o feto aceitava a alma. Para ele, isso acontece por volta da idade de quarenta ou oitenta poucos dias após a concepção. " No Brasil, o crime de aborto foi citado pela primeira vez no "Código Penal Imperial" de 1830, que previa esse crime (LOURÊNCIAE VIANA, 2016, 12). Em 1890, a Lei Penal da República tratou dos abortos espontâneos causados por mulheres grávidas e aumentou as penas. Por fim, a Lei Penal de 1940 prevê o aborto na seção de espécies do capítulo do título sobre crimes contra a vida.

2.4. Direito natural a vida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal estipula que o direito à vida é um direito humano básico que, além de proteger o direito à vida dos brasileiros, protege os estrangeiros que vivem no Brasil. Portanto artigo 5º da Constituição estipula: "Todos são iguais perante a lei sem distinção, e a inviolabilidade do direito à vida é garantida aos brasileiros e estrangeiros residentes no país". Para Morais (2009, p. 36), "o ponto de partida da garantia pessoal mais preciosa é a vida, cabendo aos juristas fornecer um marco legal, porque do ponto de vista biológico a vida começa no momento da fecundação". Não apenas a legislação brasileira reconhece que a vida é inviolável, mas os acordos internacionais de direitos humanos também acreditam que a vida é inviolável.

Portanto, o direito à vida é o fundamento do homem, mas é preciso entender quando começa o direito à vida. Segundo Viana (Viana, 2016, pág. 11), ele ensinava: "A vida começa na concepção, quando o espermatozoide e o óvulo se encontram". Ao pensar na vida, Miranda (2000, p. 40) explica: "No útero, o feto não é uma pessoa viva. Não tem direitos. Não é sujeito de direitos, nem pode ser protegido". Portanto, o ordenamento jurídico deve proteger a vida de todas as pessoas, independente do estágio, o feto deve ser protegido até o nascimento, pois o produto da concepção faz parte da vida e deve ser protegido (DAMÁSIIO, 2009, P 120).

3. O ABORTO NO SISTEMA BRASILEIRO

É importante fazer uma investigação conceitual sobre o que é aborto e sua aplicação no sistema brasileiro. O aborto é a interrupção da gravidez e pode ser realizado espontaneamente ou por indução do parto de duas maneiras. Como todos sabemos, no Brasil, o aborto é considerado crime contra a vida humana pelo Código Penal Brasileiro desde 1984, exceto nos três casos previstos no artigo 128 do Código Penal: estupro, indicações médicas e risco de gravidez. Desde a entrada em vigor da Constituição Federal, a atual "Constituição Federal" vem protegendo os bebês em gestação. No Capítulo Um, o "Regulamento da Criança e do Adolescente" visa proteger a dignidade do nascimento, com o apoio da população. É possível implementar uma política abrangente de proteção ao ser humano (Brasil, 1988).

Um tipo de cirurgia necessária ou também chamada de aborto terapêutico é realizada para salvar a vida de uma mulher grávida ou prevenir seu agravamento devido a anomalias diagnosticadas durante a gravidez.

O Código Penal Brasileiro condena o auto-aborto nos termos do artigo 124; de acordo com o artigo 125, aborto realizado por outra pessoa sem a aceitação explícita da gestante; aborto realizado quando a grávida aceita o artigo 126; e, finalmente, elegibilidade para o crime nos termos do artigo 127. Embora o aborto não seja permitido, o ordenamento jurídico brasileiro permite o aborto porque essa terapia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

surgiu no Reino Unido desde 1967. Eles tentaram entender o que estava acontecendo era o aborto necessário, mas até agora, não encontraram uma solução para isso ou alternativas para problemas sociais. No Reino Unido, as mulheres que solicitam a interrupção da gravidez são examinadas por dois médicos que irão diagnosticar o risco de gravidez ou malformações intrauterinas da gestante (ZAFFARONI, 2004).

Se o médico sabe que o procedimento para interromper o ciclo da gravidez deve ser realizado, ele deve ser realizado na 23ª semana de gravidez, embora possa ser realizado a qualquer momento se os riscos para a saúde física e mental da gestante puderem ser razoavelmente considerados. A qualquer momento, se uma criança nascer com deficiência, seja ela física ou mental, a sugestão de aborto também será considerada. Por outro lado, na Áustria, o aborto é um procedimento permitido a partir do momento em que uma anomalia congênita é diagnosticada no exame pré-natal ou quando os recursos financeiros da família são escassos. O aborto pode ser realizado até 12 semanas de gestação. Com base nesses parâmetros, os médicos australianos determinam a sequência dos ciclos de gravidez e do desenvolvimento materno (ZAFFARONI, 2004).

A Bélgica já é um país que pode aceitar abortos por até 12 semanas em qualquer circunstância, mas se ocorrer uma anomalia congênita fatal, os abortos podem ser realizados por até 24 semanas. Na Bulgária, o aborto é considerado legal até a 12ª semana de gravidez não autorizada. Após esse período de tempo, o prazo é de 20 semanas que foram solicitadas. No caso de anomalias generalizadas, o aborto é legalmente permitido dentro de 27 semanas do ciclo gestacional (ZAFFARONI, 2004).

No mesmo nível, o código civil do art.2º, a partir da data de nascimento pode proteger o nascituro sem exceções permitidas. O Código de Processo Civil, artigo 877 e 878 também podem proteger o feto. O direito penal não permite o aborto forçado, caso ocorra, o perpetrador será punido com base em crimes contra a pessoa humana, incluindo crimes contra a vida (artigos 124 a 128). A legislação penal brasileira entende que o aborto é um crime com risco de vida e é equivalente a homicídio. Porém, as penalidades podem ser isentas de acordo com o art. 128. Embora isso não signifique aceitar a interrupção da gravidez sem punição.

No entanto, o aborto é permitido em caso de estupro apenas se a mulher grávida ou o representante legal acreditar que é benéfico para a saúde mental da mãe. Porém, existe outro entendimento de não penalizar o aborto na esfera penal, pois embora não seja permitido no ordenamento jurídico brasileiro, o tratamento e as consequências do estupro aborto não são passíveis de punição. O aborto por estupro se justifica porque não vai causar mais sofrimento à mulher. Além de ser abusada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sexualmente, a mulher deve dar frutos e provar essa vida hedionda. Portanto, a gestante pensa que se trata de uma gravidez causada por estupro, pois ele está carregando um filho de um homem violento. Esse homem violento geralmente é desconhecido. Esse comportamento violento o leva a praticar comportamentos físicos sem amor.

No Brasil, o aborto induzido é crime que inclui médicos e mães que realizam a retirada de embriões, fetos ou bebês em gestação antes do final da gravidez. No entanto, o artigo 128 do "CP" estipula casos de gravidez por estupro e casos de interrupção, a fim de proteger a vida da mãe. Esses dois casos não são permitidos, mas não vão punir médicos e mães. Portanto, entende-se que o aborto não é totalmente proibido de forma alguma no Brasil (GOMES, 2017).

Também deve ser destacado que o direito penal abre brechas para procedimentos de aborto para salvar a saúde mental da mãe em caso de violência sexual durante a gravidez, mas não protege a integridade espiritual da mãe (Jesus Damásio, 2011). Portanto, recorre à jurisprudência para zelar pelos interesses da mãe, ao mesmo tempo em que mantém o direito de decidir se quer ter uma gravidez que traga resultados positivos, ou seja, o direito de dar à luz o filho. (GOMES, 2017).

Em inúmeros casos, a jurisprudência recusou-se a aceitar o pedido de interrupção da gravidez porque considerou que as provas deviam ser apresentadas. As características do estupro devem ser examinadas por médico especialista imediatamente após a ocorrência do ato, e as características do estupro não devem ser aceitas após a gravidez para provar que é necessário interromper o processo por violência sexual (SEAP, 2017).

3.1. O aborto e a sociedade

O aborto ainda é visto como preconceito pelas famílias brasileiras e pela maioria das pessoas que vivem em países onde a prática é proibida e países com grande influência religiosa. Uma pesquisa realizada pela Organização Mundial da Saúde em janeiro de 2012 concluiu que as taxas de aborto em países não autorizados são muito maiores do que em países autorizados, aumentando assim a taxa de mortalidade.

Quando se trata desse assunto, a sociedade se divide em duas direções. Algumas pessoas concordam com essa abordagem, acreditando que a legalização trará mais benefícios para todos. A direção oposta se opõe a essa prática, por acreditar que o ato viola o direito à vida. Também existem diferenças de religião e moralidade. Os religiosos afirmam que a vida é soberana em todas as circunstâncias, enquanto moralmente afirmam que tais conquistas prejudicarão o comportamento social

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

(SILVEIRA, 2017). Portanto, considerando que o Brasil é um país laico, deve ser entendido como uma questão de saúde pública. Na verdade, de acordo com o último estudo de 2016, verificou-se que 88% das mulheres que tiveram abortos espontâneos tinham crenças religiosas, 56% eram católicas e 25% eram evangélicas ou protestantes. Esses dados significam que aproximadamente 2,6 milhões de mulheres católicas vivenciaram esse comportamento ao longo da vida no Brasil (MEDEIROS, 2016).

Mulheres que abortam são mulheres comuns. Na adolescência ocorre com frequência, mas ainda ocorre em mulheres adultas. Essas mulheres são iguais às outras mulheres. Podem ser mães, trabalhadoras, estudantes, desempregados, religiosos, ateus, brancos, negros, pardos, mas ainda pertencem a grupos econômicos diferentes. No entanto, todos eles têm algo em comum: o aborto secreto. No Brasil, o aborto pode e é considerado comum, pois houve cerca de 5 milhões de abortos desde 2015. Quase um quinto das mulheres brasileiras de 40 anos já fez esse exercício. Porém, o aborto ainda é ilegal em nosso país, então tudo isso é feito em segredo e põe em risco a saúde de todas essas mulheres. Diante de todos esses fatos, o estado ainda é negligente nessa questão (MEDEIROS, 2016).

Inicialmente, é importante enfatizar que o aborto possui conceitos diferentes na medicina legal e na obstetrícia e ginecologia. Para a obstetrícia, um aborto é considerado espontâneo, independentemente de ocorrer naturalmente ou não, antes das 21 semanas de gestação. Embora o tempo de gravidez não seja importante para os forenses, ele é considerado um aborto espontâneo a qualquer momento (CROCE, 2019).

4. O ABORTO COMO QUESTÃO DE DIREITOS

Segundo o Ministério da Saúde (2009, p. 13), é necessário entender o aborto como um problema de saúde pública em um estado laico e pluralista. Ele abre um novo caminho de argumentação. Nesse caminho, o campo do público saúde trouxe sérios problemas. Este método combinado com questões morais extremamente necessárias indica que as questões morais, biológicas e legais que afetam o início da vida devem partir das seguintes considerações: A sociedade de hoje é uma sociedade pluralista com diferentes crenças sobre moralidade, incluindo várias respostas às limitações e alcance do direito à vida, e que posição o aborto deve ocupar no debate sobre a autonomia reprodutiva da mulher. (DINIZ, 2008)

Diniz (2008) também comentou que o objetivo final desse tipo de reflexão deve ser chegar a uma conclusão prudente e responsável e a um arcabouço que respeite os direitos das mulheres. A embriogênese é um processo contínuo e é difícil definir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quando inicia a vida humana ou quando pode ser considerada como um indivíduo com direitos básicos.

Karam (Karam, 2009) observa que as mulheres que exercem sua liberdade pessoal estão presas em uma situação moral e legal atual, pois isso envolve um confronto direto e inevitável com a proteção da vida pré-natal. Por conta desse dilema, o cerne do debate é a interrupção voluntária da gravidez que deve ser estipulada na legislação: a) Melhor proteção da vida do feto, reduzindo o direito da mulher de escolher a gravidez. Temas vitais para a sua vida; b) Pelo contrário, considerar ao máximo a liberdade da mulher de decidir pela interrupção da gravidez.

Não é fácil encontrar argumentos que apoiem uma resposta, mas não conduzam a outra. No entanto, não se pode ignorar que a própria Organização Mundial da Saúde-OMS garante que mais de 4 milhões de mulheres fazem abortos ilegais na América Latina a cada ano, e cerca de 6.000 delas morrem em decorrência dessa prática (Agência Pública, ano 2013).

Esse direito está garantido na constituição, o que significa que todos podem escolher livremente seus próprios projetos de vida, sem qualquer forma de interferência, principalmente a liberdade do Estado ou da instituição. A autonomia pessoal protege os indivíduos de várias formas de escolha devido ao seu estilo de vida, e garante que sua dignidade seja desenvolvida e respeitada (BLAY, 2008).

A partir dessa consideração, Blay (2008) destacou que, nesse sentido, é necessário ter em mente o direito à saúde. Nesse caso, toda mulher que cogita a possibilidade de abortar perde o direito à saúde, porque o aborto não só causa medo por ser um comportamento intrusivo e doloroso, mas porque quando uma mulher recorre ao aborto sem recursos econômicos, sua vida ficará gravemente ameaçada.

3.1 Projetos de Lei Pró Aborto

Atualmente, muitas são as tentativas de adequação da legislação brasileira ao contexto social atual, sob o argumento de que a legislação está desatualizada e com escopo de aplicação insuficiente. Porém, a morosidade do sistema político, principalmente devido à falta de informação e entendimento da sociedade, é o tipo de entrave que esses projetos enfrentam. O vice-primeiro-ministro federal João Menezes (João Menezes) apresentou um projeto de lei em 1980 para permitir que mulheres grávidas abortassem quando fossem pobres. Teve grande cuidado para que, além de permitir o aborto nas condições previstas em lei, por ser a extrema pobreza um fato relacionado a ela, segundo as crenças e necessidades pessoais da gestante, também fosse garantida a própria decisão da gestante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em 1983, Cristina Tavares, que na época era vice-presidente, propôs um projeto que visava alterar a redação do Direito Penal, com o objetivo de passar indicações médicas (se a gestante estiver em perigo de vida) ou morais (como ocorre devido gravidez) de aborto. Indicações (se for malformação fetal) e sociais (neste caso, a família não poderá arcar com as despesas de criação dos filhos). O projeto está mais uma vez ligado às preocupações sociais causadas pelas questões do aborto.

O projeto de lei 1335 é o projeto de lei mais famoso de nossa legislação. Foi escrito pelos ex-deputados do NPC Eduardo Jorge (PT-SP) e Sandra Starling (PT-MG). Este último propõe a revogação do artigo 124 do Código Penal para legalizar os abortos causados pelas próprias mulheres grávidas ou com o seu consentimento. Para tanto, propôs um plano alternativo para garantir aos médicos o direito de abortar injustificadamente antes da 12ª semana de gravidez, caso a gravidez seja por estupro, deve ser implementado na 20ª semana (MATOS, 2011).

O projeto acima mencionado ainda não avançou no Congresso e nunca foi votado, então foi apresentado um requerimento. Posteriormente, o projeto foi dissolvido por pressão de alguns legisladores e, por fim, o projeto foi votado em maio de 2008, com 33 votos a favor, 28 contra (MATOS, 2011). De acordo com o voto da relatora Jandira Feghali, a América Latina e o Caribe são as áreas mais restritas para o aborto. Nessas áreas, as leis punitivas acabam resultando em mulheres atuando secretamente em situação de instabilidade.

No campo legislativo, projetos que visam ampliar os casos de aborto legal ou legalizar o aborto foram severamente arquivados ou banidos pelo comitê legislativo. No início de 2015, a Câmara dos Deputados tramitou 05 (cinco) projetos de lei sobre aborto, e apenas o PL 20/1991 elaborado pelo deputado Eduardo Jorge era favorável à ampliação dos direitos ao aborto (BIROLI, 2017).

Os itens mencionados no parágrafo anterior foram propostos em conjunto com o PL 1.135 / 91 e, desde 1997, o processo de tramitação aguarda decisão do conselho de administração. Além disso, existem projetos que vão contra o direito ao aborto, como o PL 4.703 / 1998, que conceitua o aborto como crime hediondo, e o PL 478/2007, que propõe a proteção legal dos nascituros. Este último tem um impacto extremamente negativo e polêmico na sociedade porque visa proibir o aborto em todas as circunstâncias, inclusive as prescritas por lei, e fortalecer a punição das mulheres que fazem aborto, exceto para obrigar os estupradores a admitir e pagar (REZENDE, 2014).

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Este estudo trata das questões do aborto, em especial questões relacionadas ao direito de escolha, e tem como objetivo determinar a concepção atual de aborto no Brasil: como direito ou como crime. O objetivo principal do estudo é discutir as questões do aborto a partir da perspectiva do direito de escolha das mulheres. Para atingir esse objetivo, o estudo determinou inicialmente a evolução histórica, os conceitos, as modalidades de aborto e as legislações específicas. Ele também falou sobre as mulheres e a maternidade no Brasil, discutiu as mulheres e sua evolução, o feminismo no Brasil e as atitudes religiosas em relação ao aborto.

Em resposta a essas questões, discutiu a assistência social e o direito à vida, resolveu a questão do aborto, propôs políticas públicas para a saúde da mulher e a posição da Comissão Federal de Assistência Social sobre o aborto.

Após enumerar vários fatores, verifica-se que o tema envolve não apenas aspectos morais, sociais ou políticos, mas também socioeconômicos, psicológicos e, principalmente, saúde pública. Portanto, o aborto é considerado um problema grave hoje, que não pode ser ignorado, e ainda requer atualizações legislativas e intenso debate.

Em conclusão, portanto, pode-se afirmar que o aborto é uma questão muito difícil e polêmica, porque as discussões sobre o tema dizem respeito diretamente à vida de dois seres cujos direitos se tornam diretamente conflitantes, em uma relação indissolúvel de dependência. Por essa razão, imprimem-se nessa reflexão aspectos importantes em termos de direitos, já que, muitas vezes, os direitos das mulheres no que se refere à saúde, à liberdade de escolha e à igualdade são relegados a um segundo plano.

Referências

HUNGRIA, Nelson. Precedentes históricos, comentários. São Paulo: Forense, 1981.

MIRANDA, Pontes de,Tratados de direito privado.2.ed.Campinas: Papirus, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPEZ, Fernando. Direito penal: parte especial. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

JESUS, Damásio e. De Direito penal: parte especial dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOURENÇÃO, Gabriel Viana. VIANA, André de Paula. ABORTO, 2016. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aborto/. Acesso em: 17/09/2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DINIZ, Debora. Aborto e saúde pública. Rio de Janeiro: UERJ, 2008. 313p. Disponível em:<http://www.estadao.com.br/ext/especiais/2008/04/pesquisa_aborto.pdf

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, Feb. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-

81232017000200653&lng=en&nrm=iso>

JESUS, Damásio E. de. Direito penal v.1. Parte Geral – 20ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997

Jesus, Damásio de. Direito penal, volume 1: parte geral / Damásio de. Jesus. — 32. ed. — São Paulo: Saraiva, 2011

SEAP. Anencefalia. Disponível em http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c2c9e62f-887a-438d-953ba652fadf806a&groupId=10136

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

AGÊNCIA PÚBLICA. Clandestinas: Retratos do Brasil de 1 milhão de abortos clandestinos por ano. Último Segundo. 2013. Disponível em http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-09- 20/clandestinas-retratos-do-brasil-de-1-milhao-de-abortos-clandestinos-por-ano.html. Acesso em 15 de dezembro de 2016

BLAY, Eva. Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos. São Paulo: Editora 34, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

BITRIBUTAÇÃO DO ISSQN, CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE MUNICÍPIOS

WELLINGTON FERNANDES RIBEIRO DE LIMA: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Unidade Belo Horizonte.

Resumo: Busca-se no presente estudo discutir o conflito de competência entre os municípios no que tange ao Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, quando ocorre, gera dupla cobrança desse tributo em municípios diferente sobre o mesmo fato gerador, *bis in idem*, e evidenciar formas de evitá-la. A competência do ISSQN é dos municípios, e cada um possui autonomia de instituir sua legislação. Entretanto, é necessário que os municípios respeitem a Lei Complementar 116/2003, que é a lei que regulamenta o imposto sobre serviços e regulamenta o local de incidência dele. Para atingir o objetivo, buscou-se o aprofundamento no conhecimento sobre o ISSQN, decorrente da Lei Complementar 116/2003 por meio de pesquisas bibliográficas visando verificar os momentos e as principais situações em que ocorrem bitributação.

PALAVRAS-CHAVE: ISSQN; Bitributação; Conflito de competência; Legislação municipal.

1 INTRODUÇÃO

Uma das formas de arrecadação de receita dos municípios é através do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN). Através da Constituição da República de 1988, em seu artigo 25, é concedido poderes aos municípios e ao Distrito Federal de criar e arrecadar impostos sobre suas propriedades urbanas e aos serviços prestados de qualquer natureza.

O Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), baseado na Lei Complementar 116/2003, é de competência dos municípios e do Distrito Federal e tem como fato gerador a prestação de serviços. Conforme o artigo 3º dessa Lei, o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador, ou, na falta deste, no domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nesse artigo, em que o imposto é devido no local da prestação do serviço.

Alguns municípios brasileiros, visando aumentar essa receita, passaram a atrair empresas, diminuindo a alíquota desse imposto. Assim, para pagar menos tributos, alguns prestadores de serviços transferem suas empresas, alguns de forma fictícia, para os municípios em que a alíquota de ISSQN é menor.

Em muitos casos em que o prestador de serviço está sediado em um município e atua fora dele, prestando o serviço no município do tomador, ocorrem divergências na interpretação da LC 116/2003 com as leis de cada município, gerando o conflito de competência entre eles.

Nessa situação, as empresas se deparam com a dupla cobrança de tributos sobre o mesmo fato gerador, causando prejuízo para essas entidades e a chamada guerra fiscal entre os municípios.

Diante o exposto, o presente artigo buscará analisar o local de incidência do imposto ISSQN, os conflitos de competência e quais os critérios necessários para a não ocorrência da bitributação.

2 **TRIBUTOS**

A arrecadação de tributos no Brasil é alta, pois toda empresa jurídica ou pessoa física tem obrigação de pagar tributos ao Estado. O art. 3º, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional (CTN), define que "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada média atividade administrativa plenamente vinculada" (BRASIL, 1966). Por consequência, o tributo é um dever perante o Estado, e uma forma de arrecadação de receitas, para as necessidades financeiras dele.

É atribuído à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o poder de impor os tributos, conforme o art. 145 do Sistema Tributário Nacional.

> *Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*
>
> *I - impostos;*
>
> *II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;*
>
> *III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas (BRASIL, 1988).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Aparecido e Simões (2011), o Supremo Tribunal Federal entende que existem cinco tipos de espécies tributárias, sendo elas, os impostos, as taxas, contribuições de melhorias, empréstimos compulsórios e contribuições sociais.

O CTN definiu no seu artigo 16° que, "imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte" (BRASIL, 1966). Sendo assim, a característica principal do imposto é ser desvinculado de qualquer atividade relacionada ao fato gerador, mas sim uma ação praticada pelo próprio contribuinte, independente da vontade dele. São exemplos de impostos o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) e Imposto de Renda (IR).

As taxas são tributos vinculados, que tem como fato gerador uma atividade específica diretamente ligada ao contribuinte, tais como, a taxa de licenciamento de veículo e a taxa de emissão de documentos.

A Contribuição de Melhoria é um tributo vinculado em que o fato gerador é decorrente da valorização de imóveis relacionados às obras públicas. Já a Contribuição Social é considerada como um tipo de tributo por vários autores, sendo de competência exclusiva da União.

O Empréstimo Compulsório é um tributo de competência exclusiva da União, utilizado somente por situações específicas em que haja despesas decorrentes de guerra externa ou sua eminência, calamidades públicas, ou seja, uma situação anormal causada por desastres, ou para investimentos públicos urgentes e de interesse nacional.

Busca-se, neste trabalho, o estudo sobre as situações de bitributação envolvendo a cobrança do ISSQN, cuja responsabilidade é dos municípios. O ISSQN tem por finalidade a arrecadação de tributos para os cofres públicos municipais.

A sua incidência se dá nos casos em que ocorre uma prestação de serviços, suas regras são subordinadas a lei complementar 116/2003. Por ser um tributo municipal, as regras de alíquotas variam de um município para o outro, por isso é importante conhecer a legislação específica do município sobre o tema.

3 **IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN)**

A Emendas Constitucional n 18 de 1965, em seu artigo 15, criou o imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza. Em seguida, foi criado o CTN, trazendo além das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

normas gerais do direito, a hipótese da incidência fiscal, e de quem deve se exigir o ISSQN. Posteriormente, foi alterado por várias outras normas, sendo: Decreto – Lei nº 408/1968, Decreto – Lei nº 834/1969, Lei Complementar nº 22, de 09 de dezembro de 1974, Lei nº 7192 de 05 de junho de 194, Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, Lei Complementar nº 100, de 22 de dezembro de 1999, e por fim a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 (PADILHA,2015).

A provisão legal do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza está no artigo 156 da Constituição da República de 1988, onde dispõe que sua competência é dos Municípios e do Distrito Federal e sua incidência ocorre na prestação de serviços.

> *Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
>
> *I - propriedade predial e territorial urbana;*
>
> *II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;*
>
> *III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (BRASIL, 1988).*

A Lei Complementar 116/2003 é quem rege o ISSQN e dispõe uma lista de serviços onde os quais o imposto pode incidir. O fato gerador do referido imposto é a prestação do serviço e sua base de cálculo é o valor desse serviço, sendo o contribuinte o prestador do serviço. Sua alíquota está prevista na LC 116/2003 variando entre 5% e 2% sobre a base de cálculo. Essa variação é de acordo com o tipo de serviço. (BRASIL,2003).

A alíquota do imposto é calculada de acordo com o faturamento da empresa ou pelo tipo de serviço prestado. Cada município tem a competência de fixar a alíquota do ISSQN, por meio de legislação própria.

3.1. INCIDENCIA DO ISSQN

Conforme o artigo 3°, da Lei Complementar 116/2003, o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador, ou na falta deste,

no domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nesse artigo, nos incisos de I a XXII, em que o imposto é devido no local da prestação do serviço (BRASIL, 2003).

O artigo 4º dessa mesma Lei define o estabelecimento do prestador.

> *Art. 4°. Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-los as denominações de sede, filial, agências, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas (BRASIL, 2003).*

Portanto, cabe aos municípios instituir o ISSQN, observando as disposições das Leis que os regem.

3.2 LOCAL DE RECOLHIMENTO DO ISSQN: CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

A complexidade do conflito de competência se inicia quando dois municípios se consideram competentes para realizar o recolhimento do imposto, decorrente do mesmo fato gerador, porém a cobrança do mesmo imposto não pode ser feita por dois sujeitos ativos. (PADILHA, 2015).

O conflito de competência do ISSQN ocorre quando tanto o município do sujeito passivo quanto o município da execução do serviço exigem o pagamento do imposto. Dessa forma, o conflito sucede quando a prestação do serviço é realizada fora do município de domicílio do prestador.

Em regra geral, o artigo 3°, da LC 116/2003, determina o critério para que os municípios regulem a obrigação tributária, para evitar o conflito de competência. Deve ser observada a atividade exercida pelo prestador, pois caso o serviço se enquadre nos incisos do artigo 3°, da LC 116/2003, o imposto sempre será devido no local da execução do serviço, sendo indiferente o local do domicílio do prestador. Caso o serviço não esteja enquadrado nos incisos do artigo 3°, o imposto é devido no local de domicílio do prestador (PADILHA, 2015).

Porém, algumas legislações dos municípios estão em desacordo com a LC 116/2003, fazendo com que a obrigação tributária possa ser exigida pelos dois municípios, tanto do prestador, como do tomador de serviço. É o caso, por exemplo, da legislação do município de Itajaí, que exige o recolhimento do ISSQN para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

município de Itajaí, por alguns códigos de serviços, que não constam no artigo 3° da LC 116/2003. O artigo 8° da Lei Complementar n° 29 de 9 de dezembro de 2003, do município de Itajaí dispõe.

> *Art. 8°. São responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS, desde que estabelecidos no Município de Itajaí, devendo reter na fonte o seu valor:*
>
> *I – os tomadores ou intermediários de serviços provenientes do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;*
>
> *II – as pessoas jurídicas ou equiparadas, de direito público ou privado, ainda que imunes ou isentas, quando tomarem ou intermediarem os serviços: (Redação dada pela Lei Complementar n° 177/2010)*
>
> *descritos nos subitens 3.04, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da Lista de Serviços do artigo 21; (Redação dada pela Lei Complementar n° 177/2010)*
>
> *descritos nos subitens 1.07, 7.06, 7.07, 7.08, 7.11, 7.13, 14.01, 14.06 e 31.01 da Lista de Serviços do artigo 21, quando os serviços forem prestadores dentro do território do Município de Itajaí por prestadores de serviços estabelecidos fora do Município de Itajaí (BRASIL,2003).*

Dessa forma, o recolhimento do imposto é feito pelo prestador e pelo tomador de serviço, sendo que conforme LC 116/2003 o recolhimento do imposto é devido ao município de domicílio do prestador.

O município de São Paulo possui um Cadastro de Empresas de Fora do Município (CPOM), que obriga as pessoas jurídicas que emitem notas fiscal autorizada por outro município para tomadores estabelecidos no Município de São Paulo. O CPOM serve para que os prestadores de serviços comprovem diante de outros municípios (o tomador) que possuem empresas corretamente constituídas.

No que se refere a tributação, o cadastro faz com que o ISSQN seja corretamente direcionado e não incida duplamente sobre a nota de serviço. Porém, o problema é que, se uma empresa de fora da cidade prestar serviços a outro negócio

situado nela, em muitas vezes esse cliente deve reter o ISSQN se o prestador não estiver cadastrado no CPOM.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), atualmente, é no sentido de que o Município onde está localizado o estabelecimento do prestador é o local competente para arrecadar o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Veja-se:

> *AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. COMPETÊNCIA. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR N. 116 /2003. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, o julgamento pelo colegiado do agravo regimental interposto contra decisão singular do relator supera a alegação de supressão de instância e de eventual ofensa ao art. 557 , do CPC . 2. Para Corte a quo, a competência tributária para a cobrança do ISSQN se fixa a partir do local da prestação do serviço, isto é, onde se dá o fato gerador. 3. Ao decidir assim, o tribunal estadual dissentiu da jurisprudência desta Corte Superior que já decidiu: "a competência para cobrança do ISS, sob a égide do DL 406 /68 era o do local da prestação do serviço (art. 12), o que foi alterado pela LC 116 /2003, quando passou a competência para o local da sede do prestador do serviço (art. 3º). Agravo Regimental improvido.*

O Supremo Tribunal Federal (STF) segue o mesmo entendimento de ser o Município do local onde sediado o estabelecimento prestador o competente para a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, previsto no inciso III, do artigo 156 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei Complementar 1116, de 31 de Julho de 2003. Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

> *TRIBUTAÇÃO PRIVILEGIADA. ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI Nº 406/1968. CONTROVÉRSIA SOBRE A ESTRUTURA EMPRESARIAL DA CONTRIBUINTE. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA Nº 279/STF. ART. 102 DA LEI MAIOR. RE 940.769-RG. TEMA Nº 918. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A controvérsia, nos termos do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, a, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido. (STF - ARE: 1238944 RS 0008071-36.2017.8.21.0001, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 20/10/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 27/10/2020)

O posicionamento do STJ acaba por estimular a ocorrência do conflito de competência, pois os municípios acabam adotando a sua interpretação para se determinarem com sujeitos ativos do ISSQN, quando a execução ocorre em seu território, inclusive de empresas estabelecidas em outros municípios, e não apenas nos casos das exceções dos incisos do artigo terceiro da referida lei. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ISS. LOCAL DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A alegação genérica de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. O acórdão recorrido afastou a pretensão da agravante concluindo que não ficou demonstrada a alegada prestação de serviço para ente estrangeiro nem a produção de resultados no exterior. 3. A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é induvidosa no caso sob exame. Agravo regimental improvido.

A decisão mais recente sobre o assunto reconheceu que deve ser reconhecida a regra literal da LC 116/2003, e, assim, sujeito ativo da obrigação tributária é o

município onde o prestador de serviço tiver domicílio, mesmo que o serviço seja prestado fora do domicílio.

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO. ISSQN. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. SENTENÇA REFORMADA. 1 - A competência para cobrança do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) é a do local do estabelecimento do prestador do serviço, considerado como tal a localidade em que há unidade econômica ou profissional, de modo permanente ou temporário, sendo irrelevante para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento ou outros, salvo se a atividade se enquadrar nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII do art. 3º da citada lei, nos termos da Lei Complementar nº 116/2003. 2 - Verificado que apenas após o dia 13/05/2014 a recorrente estabeleceu-se, de fato, no município de Cachoeira Alta, o tributo recolhido antes desta data deverá ser-lhe restituído, porquanto de competência do município de Jataí, único local em que estabelecida. 3 - A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso, sendo legítima a utilização da taxa Selic. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.*

Essa decisão é o primeiro passo para mudança de paradigma da jurisprudência do STJ sobre o sujeito ativo do ISSQN esteja em conformidade com o art. 3º e seus incisos, da LC 116/2003 representando a pacificação do conflito de competência ativa do ISS, orca comum entre os municípios.

Portanto, quando o recolhimento do imposto se dá por dois sujeitos ativos, ocorre à chamada bitributação.

4 **BITRIBUTAÇÃO**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A bitributação ocorre quando um serviço é prestado e o prestador de serviço recolhe o ISSQN para seu município, conforme a legislação desse município, e sofre a retenção desse imposto para o município do tomador de serviço.

Conforme Aparecido e Simões (2011, p. 166), a bitributação "é uma situação em que mais de um ente tributante cobra um ou mais tributos sobre o mesmo fato gerador do mesmo contribuinte".

Um dos maiores dos problemas que assolam as empresas prestadoras de serviços é a bitributação, pois, em alguns casos, não sabem para quem devem pagar o ISSQN quando prestam algum tipo de serviço que gere a incidência desse tributo. Muitas vezes, as empresas pagam a mais do que deveriam sem saber se a cobrança é legal ou foi gerada uma lesão ao contribuinte. Em razão desse pagamento em duplicidade, surge o fenômeno da bitributação.

Visando entender a bitributação do ISSQN ocorrida ao sujeito passivo que pratica o fato gerador do imposto, é necessário diferenciar o instituto do *bis in idem* e da própria bitributação, que se aproxima, quando o contribuinte é obrigado a adimplir o tributo duas vezes.

Quando mais de um município está envolvido na prestação dos serviços começam as divergências, isso porque a Lei Complementar nº 116/2003, que é a principal legislação a qual dispões esse tributo, em seu artigo 3º, dispõe que na falta de uma sede física, seria devido o imposto na cidade do prestador, executando-se aquelas hipóteses previstas nos incisos I a XXII desta lei.

Nesses casos, o serviço seria devido no local de prestação do serviço presta. Como exemplo tem-se o caso do serviço de limpeza ou de demolição, entre outros serviços descritos na lei. A bitributação acontece quando dois Municípios se consideram competentes para cobrar o tributo e enviam a requisição do pagamento ao prestador dos serviços, considerando o mesmo fato gerador.

Diante dessas situações, algumas empresas tentam, sem sucesso, resolver a pendência no domínio administrativo municipal e, posteriormente, acabam tendo que mover ações judiciais para questionar em juízo a quem deve pagar o referido imposto.

Mesmo sendo regra geral que o local de incidência do ISSQN seja o do estabelecimento da empresa, existem controvérsia nos julgados ao longo do território jurisdicional brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O STF, ainda que ocupe o cume da pirâmide do Poder Judiciário, não possui posicionamento sobre a definição do sujeito ativo do ISSQN. Sua competência se restringe ao controle de constitucionalidade das decisões, atos administrativos e leis, bem como o julgamento de determinadas pessoas políticas, art. 102. CF (BRASIL, 1988).

Um dos critérios que devem ser adotados para se proteger dessa cobrança é manter-se atento nos contratos estabelecidos e na emissão das notas fiscais.

É necessário que os contratos sejam bem precisos, transparentes, indicando as informações necessárias, principalmente em relação ao estabelecimento da empresa e ao lugar onde será executado o serviço, são esses fatores que serão levados em consideração quando o fiscal dos órgãos arrecadadores avaliar a natureza do serviço e tentar aplicar a legislação tributária para favorecer determinado município.

Essa cobrança duplicada do mesmo imposto prejudica os prestadores de serviço, à medida que causa prejuízo financeiros para eles. Caso essa cobrança indevida seja repassada para o contratante, o preço final do serviço poderá aumentar, o que significará maior custo para os tomadores de serviços.

5 CONCLUSÃO

O estudo realizado teve como objetivo entender a bitributação de ISSQN decorrente do conflito de competência entre os munícipios.

Essa situação, que prejudica os prestadores de serviços, decorre de uma cobrança de imposto simultânea, sobre o mesmo serviço e por munícipios diferentes, que além de uma ilegalidade, representa um custo indevido que é imposto às empresas que passam por essa situação. Esse fato ocorre, em grande parte, devido às leis municipais não serem condizentes com a Lei Complementar 116/2003, lei que rege o ISSQN, visto que cada município tem a autonomia de instituir sua própria legislação.

O problema nasce a partir do momento em que essas legislações municipais extrapolam o entendimento preconizado na legislação federal, e na ânsia de garantir a arrecadação municipal, estabelecem critérios que criam o cenário da bitributação, já que pelo entendimento desses municípios, o imposto é devido, ou seja, acaba sendo "devido" a dois municípios.

Para evitar que as empresas sejam prejudicadas com a bitributação, uma das soluções propostas, de forma mais abrangente, é uma revisão da legislação de forma que as leis municipais possam ser condizentes com a Lei Complementar 116/2003, e que não permita o recolhimento duplo de ISSQN.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tomadas tais precauções, os riscos de ser tributados poderão ser evitados pelo mesmo serviço prestado em duas cidades diferentes. Recomenda-se que as empresas afetadas pela bitributação do ISS avaliem o impacto causado em seu patrimônio e busquem medidas administrativas ou judiciais, no intuito de resolver a divergência.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 15 out. 2020.

BRASIL. [Norma Base ISS (2003)].**Lei Complementar n° 116 de 31 de Julho de 2003**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm. Acesso: 15 out. 2020.

BRASIL. [Regulamento do Imposto de Renda (2018)]. **Decreto n° 9.518 de 21 de Novembro de 2018.** Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm. Acesso: 04 out. 2020.

APARECIDO, Silvio. Crepaldi.; SIMÕES, Guilherme. Crepaldi. **Direito Tributário Teoria e Prática.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PADILHA, Rafael Devos. **Conflito de Competência do ISS entre o município de domicílio do prestador e o município da execução do serviço**, 2015. Dissertação (Especialização em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul., Camaquã, 2015.

BRASIL. [Normas Gerais de Direito Financeiro aplicáveis ao ISS (1968)]. **Decreto Lei n° 406, de 31 de Dezembro de 1968**. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm. Acesso: 04 nov. 2020.

LUKIC, Melina Rocha Souza. **Tributos em Espécie.** 2014. Artigo (Pesquisa Científica) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro Disponível em: https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/tributos_em_especie_2014-1.pdf. Acesso: 12 out. 2020.

CPOM SP. Cadastro de Empresas Fora do Município. **Prefeitura de São Paulo, 2021.** Disponível em:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/fazenda/servicos/cpom/. Acesso em 26 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO DE FAMÍLIA: PENSÃO ALIMENTÍCIA EM TEMPO DE PANDEMIA

ARTHUR LOURENCO SOARES.
Acadêmico de Direito na Universidade DE GURUPI – UNIRG

JOSÉ AUGUSTO BEZERRA LOPES[164].

(orientador)

RESUMO: A pandemia gerada pela Covid-19 é um acontecimento recente que além de consequências na área da saúde deixará reflexos na economia devido à sua extraordinária propagação. Nesse contexto o presente trabalho delimita-se em estudar a repercussão da crise econômica causada pela Covid-19 no direito de alimentos e pagamento de pensão alimentícia, com base no seguinte questionamento: As definições de fixação de alimentos e a responsabilidade do pagador sofrerão alterações jurídicas durante a pandemia? Acredita-se que em tempos de pandemia o pagador pode se encontrar em dificuldades de conseguir arcar com seu ônus em razão de muitos trabalhadores terem seus salários reduzidos, perdido o emprego ou encontrarem dificuldades de consegui-lo diante da crise econômica. Diante disso, através de uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa e estilo descritivo, objetiva-se analisar como a crise repercutiu no que diz respeito ao direito de alimentos e pagamento de pensão alimentícia e como poderá impactar esses direitos no período pós-pandemia através das possíveis medidas de exceção adotadas.

Palavras-chave: Pandemia. Covid-19. Pensão alimentícia. Execução alimentar. Medidas de exceção.

ABSTRACT: The pandemic generated by Covid-19 is a recent event that, in addition to consequences in the health area, will also have an impact on the economy due to its extraordinary spread. In this context, the present work delimits itself in studying the repercussion of the economic crisis caused by Covid-19 in the right to maintenance and payment of alimony, based on the following question: The definitions of maintenance and the responsibility of the payer will undergo legal changes. during the pandemic? It is believed that in times of pandemic, the payer may find it difficult to bear his burden because many workers have their wages reduced, lost their jobs or find it difficult to do so in the face of the economic crisis. Therefore, through a bibliographic review with a qualitative approach and descriptive style, the objective is to analyze how the crisis had repercussions with respect to the right to food and payment of alimony

164 Professor Universitário no curso de Direito na Universidade de Gurupi – UNIRG.

and how it might impact these rights in the post-pandemic period through the possible exception measures adopted.

Keywords: Pandemic. Covid-19. Alimony. Food execution. Exceptional measures.

1 INTRODUÇÃO

O contexto pandêmico gerado pela Covid-19 se apresenta como um acontecimento recente que sem dúvidas deixará marcos históricos na história da humanidade. Além das consequências geradas na área da saúde por sua extraordinária propagação, são observados reflexos em outras áreas, o que sinaliza recessões econômicas cujas proporções ainda são desconhecidas.

A pesquisa se delimita a estudar a repercussão da crise econômica causada pela Covid-19 no direito de alimentos e pagamento de pensão alimentícia. Nesse contexto surgem inúmeros eixos de debate e o seguinte questionamento: As definições de fixação de alimentos e a responsabilidade do pagador sofrerão alterações jurídicas durante a pandemia?

Em razão de muitos trabalhadores terem seus salários reduzidos, perdido o emprego ou encontrarem dificuldades de consegui-lo diante da crise econômica, em muitos casos pode ocorrer a falta de alimentos, ou seja, em tempos de pandemia o pagador pode se encontrar em dificuldades de conseguir arcar com seu ônus. Todavia, apesar da influência negativa da Covid-19 sobre a economia, o alimentado não poderá sofrer abandono material, portanto não é liberado o não pagamento de alimentos, sobretudo em situações em que é comprovada a condição do alimentante.

Dessa forma, a pesquisa encontra relevância social na necessidade de esclarecer a obrigatoriedade do pagamento contínuo da pensão alimentícia, considerando a necessidade de manutenção da vida do vulnerável em tempos de pandemia, no âmbito científico a pesquisa poderá contribuir com o levantamento de hipóteses para novas pesquisas sobre as possíveis repercussões futuras nas causas permanentes da família que poderão ser acarretadas pelas medidas de exceção instituídas na pandemia. Como relevância pessoal destaca-se o importante conhecimento adquirido que irá contribuir positivamente no exercer da futura profissão.

Nessa perspectiva, a pesquisa tem como objetivo geral analisar como a crise repercutiu no que diz respeito ao direito de alimentos e pagamento de pensão alimentícia e como poderá impactar esses direitos no período pós-pandemia através das possíveis medidas de exceção adotadas.

Diante da compreensão sobre as responsabilidades dos alimentantes diante do alimentado, os objetivos específicos desse estudo são: esclarecer a obrigatoriedade do pagamento contínuo da pensão alimentícia, compreender quais as medidas de exceção durante a pandemia para causas permanentes como a pensão alimentícia e refletir como as medidas emergenciais legais poderiam gerar impactos em um período pós-pandemia.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

O presente estudo destinado aos filhos de pais separados ou divorciados e que estejam em situação de vulnerabilidade e apresentado à Universidade de Gurupi (UNIRG), foi realizado no período compreendido entre 2020 e 2021. O mesmo trata-se de uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa, mediante a um estilo descritivo cujo método utilizado para a realização da pesquisa foi a fenomenologia.

Como meios de busca para levantamento de dados foram utilizados por meios de livros, artigos científicos e referências eletrônicas nas plataformas Scientifc Electronic Library Online (SCIELO) e Google Acadêmico.

Como critério de inclusão foram priorizados artigos publicados nos últimos 10 anos, completos, disponíveis no idioma português, indexados nas bases de dados mencionadas e que versem acerca do tema. Foram utilizados apenas livros disponíveis em PDF com aquisição gratuita. Não foram utilizados artigos incompletos, disponíveis em idioma diferente do português, ou que não estavam disponíveis para downloads gratuitamente. Foi realizada uma análise qualitativa dos dados e informações coletadas, através de análise de conteúdo e confrontamento de informações.

3 RESULTADOS

Atualmente observa-se uma adversidade marcada por duas certezas: a primeira é a de que o mundo parou diante da pandemia, e a segunda, de que se tornou inédito viver. Parece simples afirmar que a humanidade se encontra em situações de certezas e incertezas e que diante dos mais diferenciados cenários existe um temor sobre o que está por vir e uma esperança que está acima de tudo.

O mundo agora vive em uma crise no paradigma atual da globalização, além de uma crise ambiental, capital, e não por acaso de valores humanos e condições de cidadania, tais condições apresentam uma “tese de que agora vivemos todos em um único mundo” (GIDDENS, 2003, p. 18).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo Ferreira *et al* (2020) o vírus também globalizado foi capaz de atravessar fronteiras e espalhar uma terrível doença que desafia os estudiosos em busca do tratamento ou vacina e afeta a todos em todas as áreas, principalmente o desenvolvimento social humano.

De acordo com Gibran *et al* (2020) estima-se que a recuperação do impacto causado pela pandemia não andará na mesma velocidade de sua propagação, sobretudo sob ponto de vista econômico. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) afirmou que serão necessários alguns anos para a recuperação mundial e avaliou o coque econômico como sendo maior que a crise financeira de 2001, após os ataques de 11 de setembro.

O vírus gerou um momento de volatilidade, assim como o caos econômico ocasionado por ele, isso obrigou os governos a intervir na economia abandonando as cartilhas de austeridade fiscal de baixa intervenção e injetando bilhões em auxílio para cidadãos e empresas (AGUIAR, 2020).

Trata-se de um momento incerto em que os governos precisam saber qual é seu posicionamento na mitigação dos efeitos negativos da pandemia sobre a sociedade. Portanto a pandemia, independente da política liberal ou não, direcionou o governo a uma nova realidade.

Para Pires (2020) a ferramenta mais utilizada pelo Estado para tentar mitigar a crise desencadeada pela pandemia é o mecanismo normativo-jurídico, tanto na área da saúde quanto na área econômica. De acordo com Gibran *et al* (2020, p. 07) "se vive uma verdadeira enxurrada de edição diária de normas jurídicas, em todas as esferas da Administração Pública, levando a uma percepção de uma intensa intervenção estatal na ordem econômica".

Além do isolamento social a pandemia de Covid-19 impôs outras consequências, sobretudo no campo do direito da família, em especial no que concerne aos alimentos. Essa questão é muito expressiva, uma vez que dentre aqueles que recebem alimentos, há alguns que os recebem devido à vulnerabilidade que os atingem (menores e idosos). Sem esses recursos eles podem ter o direito à vida ameaçado.

O direito de alimentos tem suas raízes no direito à vida, e trata-se também de um direito personalíssimo, ou seja, é devido exclusiva e unicamente à pessoa que dele necessita, sem que outra pessoa tenha possibilidade de reclamá-los.

No Brasil, muitos trabalhadores tiveram seus salários reduzidos, perderam o emprego ou não estão conseguindo um e, em razão disso, a falta de alimentos pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

acabar levando à mistanásia165 se o credor não tiver como recorrer ao Poder Judiciário para pleiteá-los (RICCI, 2017).

Todavia, se o credor começa a se mexer para ingressar em juízo contra o alimentante em tempos de pandemia, este também se valera dos mesmos meios para buscar a exoneração da obrigação alimentar, se não tiver condições de arcar com seu ônus sem prejudicar sua subsistência.

Em relação aos pressupostos para fixação de alimentos, Kunde *et al* (2014) afirma que as prestações pagas periodicamente são destinadas a manter a vida daqueles que não podem provê-la sozinhos, tais prestações devem ser fixadas de acordo com o binômio necessidade/possibilidade, isto é, necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante conforme disposto no art. 1.694, § 1º. da lei civil.

Todavia, Monteiro e Gozzo (2020) afirmam que os dois pressupostos (necessidade/possibilidade) não bastam, a fixação de alimentos deve passar ainda, pelo pressuposto da proporcionalidade, dessa forma, se o alimentante pode arcar com pagamento de quantia mais alta do que a fixada na sentença de alimentos, por ter renda suficiente, se não for comprovada a necessidade do alimentado nada poderá obriga-lo a pagar quantia maior que o necessário para a manutenção do vulnerável.

Quanto a forma de pagamento da prestação, a regra é que seja realizada em dinheiro, porém, nada impede que seja fixada in natura, parcial ou totalmente. De acordo com Ricci (2017) a expressão "in natura' significa qualquer bens ou serviço que seja oferecido ao alimentado por parte do alimentando (o pai, por exemplo, pagar o plano de saúde, colégio do filho, a escola de inglês, etc.).

A escolha da forma de pagamento é feita pelo devedor, contudo, não é regra absoluta, pois na presença de conflitos diante das circunstâncias, cabe ao magistrado fixar o modo de cumprimento da prestação.

Uma vez descumprida a prestação alimentar, seja ela fundada em título extrajudicial ou judicial, o credor tem direito de buscar a realização do crédito alimentar e o alimentante tem consequente responsabilidade diante de seu ônus.

Durante a pandemia algumas medidas de exceção são disponibilizadas pelo judiciário para garantir o binômio necessidade/possibilidade e evitar a execução de alimentos. No entanto, o rito de execução pode ser realizado de diversas formas, uma delas é a penhora de bens, suspensão de passaporte, CNH e/ou cartão de crédito,

165 Morte social.

entende-se que se não há recursos para cumprir a dívida de alimentos também não há para outros fins (CRIPPA e ALEGRE, 2020).

A pandemia caracteriza-se como um fator de desequilíbrio econômico, contexto no qual foi concedido o auxílio emergencial como benefício financeiro para fornecer proteção emergencial à trabalhadores informais, desempregados, autônomos e microempreendedores individuais. Portanto, esse recurso financeiro visa manutenção das necessidades básicas do cidadão brasileiro e constitui-se como verba salarial (CAVALCANTE, 2020).

> Sabe-se que, em regra, as verbas salariais, como no caso do auxílio, não podem ser objeto de penhora, conforme vedação expressa na redação do artigo 833, do Código de Processo Civil. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça expediu uma recomendação de caráter orientativo, através da Resolução 318/2020, a fim de que o auxílio emergencial fosse zelado pelos Magistrados, enfatizando-se, nesta exortação, a impenhorabilidade da referida verba alimentar. (PEREIRA *et al.*, 2021, p. 06).

Todavia, essa impenhorabilidade não é firmada de modo absoluto. "O § 3º do artigo 529, também do CPC, descreve que é possível a penhora das verbas salariais. Dentre essas exceções, inclui-se o pagamento da prestação alimentícia, independentemente de sua origem (PEREIRA, *et al.* 2021, p. 06)."

Crippa e Alegre (2020, p. 178) argumentam ainda que "de toda forma, o que se busca é a efetiva execução da obrigação, viabilizando os alimentos ao alimentado". Considerando assim o caráter da necessidade é possível que seja descontado nas rendas ou rendimentos do executado uma porção do crédito de forma parcelada para suprir as necessidades do exequente, uma vez que os imprevistos causados pela pandemia não anulam as necessidades do alimentando.

Outra possibilidade que se apresenta nesse contexto pandêmico é a execução do FGTS respaldada pelo art. 833, §2º. Uma vez que os trabalhadores recorrem ao uso do FGTS para suprir suas necessidades básicas, este pode ser utilizado para postular o débito (CRIPPA e ALEGRE, 2020).

Segundo Pires (2020) na ausência da urgência do crédito alimentar para a manutenção do alimentando, não se justifica a prisão civil do devedor, pois esta não é uma sanção ou pena, trata-se de uma técnica jurisdicional, voltada para o cumprimento da obrigação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Se o crédito alimentar foi constituído por um título executivo extrajudicial (como um acordo judicial de alimentos entre procuradores, Defensoria Pública ou Ministério Público, não homologado judicialmente nos termos do CPC, art. 784, IV), seguirá procedimento semelhante ao CPC, art. 528, aplicando-se, todavia, os artigos 911 a 913 do CPC. A análise conjunta desses dispositivos demonstra haver três meios de execução da prestação alimentar fundada em título extrajudicial: 1) expropriação de bens, se houver (CPC, art. 913); desconto em folha de pagamento na hipótese de ter vínculo empregatício de natureza público ou privada com remuneração periódica (CPC, art. 912), e; prisão civil (CPC, art. 911) (MONTEIRO e GOZZO, 2020, p. 153).

Seguindo os pressupostos acima, o executado é citado para, efetuar o pagamento em três dias tanto das parcelas anteriores ao início da execução quanto das que venceram no seu curso, é necessário ainda provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Se não houver o pagamento ou justificativa plausível, o magistrado decretará prisão por até três meses (OLIVEIRA, 2020). Cabe ressaltar que o credor pode pedir a prisão civil do devedor, não necessitando promover atos expropriatórios ou descontos em folha de pagamento, porém, caso a dívida alimentar seja paga a ordem de prisão será suspensa.

Considerando que em tempos de pandemia os direitos existenciais da pessoa humana precisam ser resguardados e efetivados ainda mais, para garantir a todos uma existência digna, o devedor de dívida alimentar se preso em regime fechado pode ter os direitos inerentes à personalidade violado, pois pode ter a vida posta em risco.

Diante disso, em vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, o ato normativo do CNJ recomenda, em seu art. 6º, aos magistrados, considerar a prisão domiciliar de pessoas presas por dívida alimentícia (MONTEIRO e GOZZO, 2020).

Uma vez que, é dever dos prestadores de alimentos auxiliarem os alimentados mesmo em período de pandemia (AGUIAR, 2020). O isolamento social ou mesmo o "lockdown" não os desobriga de seus deveres alimentares, uma vez que nesse momento todos sofrem com o impacto financeiro, sobretudo menores ou idosos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Portanto, as obrigações assumidas devem ser honradas ou pelo menos negociadas para que o beneficiário não seja ainda mais prejudicado nesse período. Assim, evita-se que o alimentado possa vir a morrer em decorrência da falta de meios para sua subsistência (MONTEIRO e GOZZO, 2020, p. 156).

Caso não seja efetuado o pagamento da prestação alimentar e em impossibilidade de negociação e considerando que a prisão em regime fechado não tem caráter sancionatório sendo apenas uma forma de coerção para viabilizar o pagamento àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, o ato coercitivo pode ser limitado ao forçar o alimentando a ficar recluso em sua residência.

No entanto, o cumprimento do regime domiciliar trará, uma segunda injustiça aos credores de alimentos, pois o cumprimento integral da prisão em regime domiciliar impossibilita que seja expedida outra ordem de prisão, na hipótese de não pagamento da dívida (OLIVEIRA, 2020).

Diante do exposto, uma forma de harmonizar os interesses dos credores, cabe a estes primeiro esgotares os outros mecanismos de execução de seus créditos e, em último caso, requererem a prisão do alimentante. Por outro lado, é possível, que o credor solicite a suspensão do processo para não haver o cumprimento da prisão em regime domiciliar e aguardar o fim da pandemia.

4 DISCUSSÕES

Independente do contexto socioeconômico, considera-se a importância da verba alimentar, pois relaciona-se à sobrevivência do alimentado e aos princípios da dignidade humana. O tema pensão alimentícia sempre foi associado à inúmeras ações por inadimplência, todavia em um contexto pandêmico surgiu a necessidade de readaptação econômica, o que afeta as pessoas que dependem da pensão alimentícia.

Considerando que a pensão alimentícia não é destinada apenas à nutrição do alimentado mas, visa suprir suas necessidades básicas como vestuário, habitação e assistência médica, sempre será necessária a prestação correta da dívida alimentar, conforme afirma (AGUIAR, 2020).

Tais argumentos vem de encontro ao que escreve Crippa e Alegre (2020, p. 178):

> Ainda que a rotina do alimentando tenha se alterado em virtude das dos métodos de prevenção do covid-19, necessidade como alimentação adequada, educação e, sobretudo, acesso a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> atendimentos de saúde, permanecem sendo cuidados básicos e que precisam ser atendidos. Qualquer forma de negociação quando a prestação alimentar neste período, deve ser respaldada pelo oferecimento desses mínimos cuidados. Cuidados esses intimamente ligados com o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, surgem os pressupostos necessidade, possibilidade e proporcionalidade citados por Monteiro e Gozzo (2020), uma vez que o alimentante teve seus recursos financeiros reduzidos e havendo impossibilidade de acordo entre os genitores, há uma possibilidade do devedor pleitear uma ação revisional de alimentos e apresentar documentos que comprovem a redução dos rendimentos a fim de fixar um valor levando em consideração sua situação financeira atual.

Todavia, o devedor não pode ser beneficiado em prejuízo do credor, portanto, essa revisional não se aplica a todos os casos e a redução de alimentos deve ser temporária, ou seja, com data específica.

O desemprego não é justificativa para o não pagamento da pensão alimentícia, porém a prisão domiciliar citada no ato normativo do CNJ em seu art. 6º, não parece uma ameaça àquele que deixa de cumprir as prestações alimentar, uma vez que estarão reclusos no conforto de sua residência, não muito diferente daqueles que estão cumprindo distanciamento social devido à pandemia.

Sendo a prisão civil determinada com natureza coercitiva, deve-se questionar a efetividade dessa medida em período de quarentena, pois conforme citado por Oliveira (2020) o devedor não poderá cumprir duas vezes a ordem de prisão, uma vez que esta seja cumprida de forma integral em regime domiciliar.

Diante do exposto, é possível considerar que não restringir o direito de ir e vir do devedor durante a pandemia pode ser um meio mais adequado, pois converter a pena de prisão em regime fechado para regime domiciliar pode resultar em uma segunda injustiça ao exequente.

Mediante esses desafios, como garantir a execução do débito alimentar e o cumprimento do pagamento da pensão alimentícia durante o isolamento social? Observa-se que o que se quer não é a prisão, mas o cumprimento da obrigação. Nesse contexto Crippa e Alegre (2020) apontam o desconto do auxílio emergencial como uma alternativa.

Segundo Pereira *et al.* (2021, p.2) o auxílio emergencial "que substituiu a renda da maioria do povo brasileiro, em decorrência do atual entendimento jurisprudencial firmado pelos Tribunais, tornou-se objeto de penhora para fins de adimplemento do débito alimentar." Destaca-se que mesmo o auxílio emergencial tendo natureza de verba salarial, não fica imune à penhora para fins de adimplemento da dívida alimentar.

Nesse sentido, percebe-se que em virtude da pandemia várias medidas atípicas estão sendo tomadas visando inibir a proliferação do vírus e, ao mesmo tempo, garantir o cumprimento das prestações alimentícias para disponibilizar o necessário aos alimentados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário atual em virtude da pandemia gerada pela Covid-19 é extremamente preocupante e tem sido responsável pela queda da economia. Portanto, esse estudo teve como objetivo central realizar uma análise de como a crise observada no contexto pandêmico repercutiu no direito de alimentos e como as medidas de exceção para a prestação alimentícia fixadas nesse período poderão impactar esses direitos em um período pós-pandemia.

Desdobrando sobre as bases teóricas, as quais serviram de aporte para a construção de conceitos e discussões para o desenvolvimento da pesquisa, foi possível vislumbrar diferentes formas de execução alimentar, entre elas: penhora de bens e prisão civil do alimentante.

Através das pesquisas realizadas verificou-se que a pensão alimentícia é uma obrigatoriedade com função de prover as necessidades básicas de quem não consegue provê-las sozinho, portanto, o desemprego e a crise econômica gerada pela Covid-19 não desobriga o pagamento da dívida alimentar.

Ao devedor, surgiu a revisional de alimentos temporária como alternativa em caso de redução comprovada dos recursos financeiros em decorrência da pandemia e na ausência da possibilidade de acordo com o credor. Porém essa medida não se aplica a todos os casos.

Diante do exposto, durante a pandemia várias medidas atípicas foram adotadas para o cumprimento dos débitos alimentares, uma vez que, anteriormente a prisão civil em regime fechado era um meio coercitivo que trazia maior eficácia no adimplemento das dívidas alimentares e foi o que mais sofreu modificações.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em meio à necessidade de evitar a disseminação do vírus a prisão em regime fechado foi convertida em prisão domiciliar porém, por ora, entende-se que perdeu sua eficiência de forma expressiva, pois, reclusos em sua residência os devedores não estarão em nada diferentes daqueles que cumprem isolamento social em virtude da quarentena.

Vale considerar que a penhora de bens caso o executado os tenha, e a penhora do auxílio emergencial e FGTS são medidas acertadas para garantir os direitos do exequente, todavia, em situação de impossibilidade de executar essas medidas, o melhor a se fazer é aguardar a execução por meio da prisão civil para um contexto pós-pandêmico a fim de evitar prejuízos ao credor.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Wesley Mello. Suspensão da prisão civil por dívida alimentar em tempos de pandemia: análise do Habeas Corpus N. 580.261/MG do Superior Tribunal de Justiça. **Revista IBERC**, v. 3, n. 2, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.37963/iberc.v3i2.134 Acesso em 05 de setembro de 2020

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A impenhorabilidade do auxílio emergencial.** Dizer o Direito. Brasil, 2020. Disponível em: < https://www.dizerodireito.com.br/2020/05/a-impenhorabilidade-do-auxilio.html> Acesso em: 15 de março de 2021.

CRIPPA, Anelise; ALEGRE, Camila Alen Porto Alegre. Execução de alimentos em tempos de pandemia COVID-19. **Justiça & Sociedade**, v. 5, n. 1. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/998 Acesso em 15 de março de 2021

FERREIRA, Luis Carlos *et al*. O enigma da pandemia do COVID-19: solidariedade, formação humana e cidadania em tempos difíceis. **Revista Augustus**, v. 25, n. 51, p. 165-182, 2020. Disponível em: https://revistas.unisuam.edu.br/index.php/revistaaugustus/article/view/562/296 Acesso em 28 de Outubro de 2020

GIBRAN, Sandro Mansur; NODA, Juliana Markendorf; LOCKS, Louvaine. A pandemia do coronavírus sob a ótica da análise econômica do direito:(in) eficiência da intervenção estatal? **Relações Internacionais no Mundo**, v. 1, n. 26, 2020. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3995 Acesso em 05 de Setembro de 2020

GIDDENS, Anthony. **O mundo em descontrole**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

KUNDE, Barbara Michele Morais; PEDROSO, Mariane; SWAROSKI, Vinicius Cassio. Princípio da solidariedade e constitucionalização do direito privado: uma análise conceitual e sua inter-relação. **Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea**, n. 11, 2014. Disponível em: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11671 Acesso em 10 de novembro de 2020

MONTEIRO, Juliano Ralo; GOZZO, Débora. Alimentos em tempos de COVID-19. **Revista IBERC**, p. 143-160, 2020. Disponível em: https://revistaiberc.emnuvens.com.br/iberc/article/view/131 Acesso em 05 de Setembro de 2020

OLIVEIRA, Maria Rita Holanda. Medidas de exceção na pandemia para causas permanentes da família e suas repercussões no futuro. **Revista Brasileira de Direito Civil-RBDCivil**, v. 24, n. 02, p. 227, 2020. Disponível em: https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/556 Acesso em 05 de Setembro de 2020

PEREIRA, Ligia Moreira Gonçalves; MOREIRA, Maria Clara da Silva; TEIXEIRA, Maisa França. Tempos de pandemia: a penhora do auxílio emergencial para fins do adimplemento da prestação alimentícia. **Anais Jornada Jurídica da Faculdade Evangélica de Goianésia-ISSN: 2763-5112**, v. 3, n. 1, 2020. Disponível em: http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/direito-faceg/article/view/5644 Acesso em 12 de março de 2021

PIRES, Eduardo Rockenbach. Pandemia e coisa julgada: a revisão ou suspensão de obrigações previstas em acordos judiciais com base na crise decorrente da covid-19. **Rev. do Trib. Reg. Trab**. 10ª Região, Brasília, v. 24, n. 1, 2020. Disponível em: https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/381 Acesso em 05 de setembro de 2020

RICCI, Luiz Antonio Lopes. **A morte social: mistanásia e bioética**. São Paulo: Paulus, 2017. Disponível em: https://www.paulus.com.br/loja/appendix/4508.pdf Acesso em 10 de novembro de 2020

SILVA, Virgilio Afonso da. Direitos fundamentais. **Conteúdo essencial, restrições e**, 2009. Disponível em: https://www3.usf.edu.br/galeria/getImage/252/6892347672477816.pdf Acesso em 01 de outubro de 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INCIDÊNCIA DO CDC AOS PLANOS DE SAÚDE E A VALIDADE DO REAJUSTE DE MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL OU FAMILIAR FUNDADO NA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DO BENEFICIÁRIO

LORRANE TAVARES LIMA: Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo abordar a incidência do CDC aos contratos de planos de saúde e o problema ligado a validade dos reajustes de mensalidade dos planos de saúde ocasionados pela mudança da faixa etária do beneficiário sob a égide do Estatuto do Idoso, da Constituição Federal e, principalmente, do Código de Defesa do Consumidor. Perante esse cenário a pesquisa fixou o seguinte questionamento: Quais são as balizas do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais envolvendo planos de saúde? Com isso foram estabelecidos como objetivos: Demonstrar o papel do direito do consumidor na proteção dos contratantes de planos de saúde, descrever as consequências da judicialização da saúde suplementar e apresentar um estudo específico sobre a divergência jurisprudencial envolvendo o reajuste de mensalidades nos planos de saúde individual ou familiar em função da mudança de faixa etária do contratante. Para alcançar o desiderato utilizou-se o método descritivo, realizando uma abordagem de natureza qualitativa e o trabalho foi baseado em uma pesquisa bibliográfica. Ao final da pesquisa conclui-se que a aplicação do direito do consumidor nas relações entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores é essencial para o preenchimento das lacunas deixadas pela Lei nº 9.656/1998, bem como há uma necessidade da estruturação de critérios interpretativos sólidos para a tese que trata da validade dos reajustes de mensalidade de plano individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor; Estatuto do Idoso; Faixa Etária; Planos de Saúde; Reajuste de Mensalidade;

ABSTRACT: The present work aims to address the incidence of CDC on health insurance contracts and the problem related to the validity of monthly health insurance adjustments caused by the change in the beneficiary's age group under the aegis of the Elderly Statute, of the Federal Constitution and, mainly, the Consumer Protection

Code. In view of this scenario, the research asked the following question: What are the guidelines of the Consumer Protection Code in contractual relationships involving health plans? With this, the following objectives were established: To demonstrate the role of consumer law in protecting health insurance providers, to describe the consequences of the judicialization of supplementary health and to present a specific study on the jurisprudential divergence involving the adjustment of monthly fees in individual health plans or family member depending on the change of age of the contractor. To achieve this goal, the descriptive method was used, carrying out a qualitative approach and the work was based on a bibliographic research. At the end of the research, it is concluded that the application of consumer law in the relationship between health plan operators and their consumers is essential to fill the gaps left by Law nº 9.656/1998, as well as there is a need to structure criteria solid interpretative for the thesis that deals with the validity of monthly or individual plan adjustments based on the change of age group of the beneficiary.

Key Words: Consumer Protection Code; Statute of the Elderly; Age Range; Health insurance; Tuition Readjustment;

Sumário: Introdução. 1. A incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde. 2. O reajuste de mensalidade nos planos individuais ou familiares fundado na mudança de faixa etária do beneficiário. 3. Entendimento jurisprudencial acerca do tema. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A adesão aos planos de saúde na sociedade brasileira cresceu em um ritmo frenético. Os planos de assistência privada à saúde passaram a atender milhares de pessoas que mensalmente sacrificam uma parcela da sua renda em benefício de sua saúde. Essa escolha é motivada pelas péssimas condições do atendimento médico fornecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Contudo, verifica-se que uma grande parte dos usuários que, ao envelhecerem, são arbitrariamente submetidos ao aumento abusivo das contraprestações pecuniárias, o que resulta em uma procura ao Poder Judiciário.

A principal indagação diz respeito aos limites encontrados na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde. Questionando ainda, a validade dos reajustes de mensalidade em função da mudança de faixa etária do beneficiário impostos pelas operadoras aos usuários de planos de saúde.

O objetivo geral deste artigo, é encontrar quais são as balizas do Código de Defesa do Consumidor nas relações contratuais envolvendo planos de saúde. Portanto,

três objetivos específicos foram delimitados para que esse trabalho fosse desenvolvido: o primeiro objetivo consiste em demonstrar o papel do direito do consumidor na proteção dos contratantes de planos de saúde.

O segundo objetivo se constitui a partir da descrição das consequências da judicialização da saúde suplementar. Por fim, será apresentado um estudo específico sobre a divergência jurisprudencial envolvendo o reajuste de mensalidades nos planos de saúde individual ou familiar em função da mudança de faixa etária do contratante.

No tocante aos métodos jurídicos de pesquisa, o modelo teórico selecionado foi o descritivo, optando por uma abordagem qualitativa. Ademais, efetuou-se uma pesquisa bibliográfica, revisando a literatura através de obras, estudos doutrinários sobre o tema, artigos e decisões judiciais proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais Pátrios brasileiros.

Ambicionando organizar este trabalho em concordância aos objetivos propostos, sua estrutura foi fracionada em três partes, almejando uma melhor exposição de todos os aspectos controversos aqui presentes. Na primeira parte, tratar-se-á da incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, detalhando essa relação de consumo e como ela é regida pelo referido código, considerando a presença da legislação específica para os contratos de assistência privada à saúde.

A segunda parte abordará os reajustes de mensalidade que incidem aos contratos de planos de saúde individuais ou familiares, com foco no reajuste fundado na mudança de faixa etária do beneficiário, com esteio nos instrumentos legais insertos na legislação brasileira. Na terceira e última parte, analisar-se-á o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça, abordando as decisões dos demais Tribunais dos estados brasileiros, tendo em vista o recente julgado de recurso repetitivo em relação ao reajuste de mensalidade fundado na mudança de faixa etária do beneficiário.

1. A INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

O contrato resulta da vivência social de um povo, tendo como fundamento as condutas da coletividade e o padrão econômico do período. Sua relevância é bem representada por esse instrumento que viabiliza e regula a transmissão de valores na sociedade (MARQUES, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em seu conceito clássico, o contrato tinha como dogma principal a autonomia da vontade. Dominando então uma visão antropocêntrica, patrimonialista e individualista em que o Estado não interferiria nas relações das pessoas e nem na economia. A vontade racional do homem e, consecutivamente o vigor normativo do contrato, "pacta sunt servanda", perante a igualdade formal entre as partes contraentes, que proporcionam o equilíbrio entre estas, sempre foram observadas (GAGLIANO, 2011).

Contudo, com o desenvolvimento do capitalismo logo após a Revolução Industrial no final do século XIX e início do século XX, houve uma consolidada disseminação da prestação de serviços e da produção de bens, tornando o tradicional contrato exíguo, pois estava diante de uma sociedade padronizada, industrializada e consumista que naquele momento precisava de cláusulas e condições uniformizadas, além de uma igualdade entre as partes contraentes (PASQUALOTTO, 2011).

A partir das transformações do direito contemporâneo no século XX, as mudanças no campo das obrigações contratuais se tornaram cada vez mais visíveis. O Estado, através de leis que amparam ou proíbem determinados conteúdos contratuais, passou a interferir nas relações privadas, marcando o período pelo dirigismo contratual (GOMES, 2007).

Dessa forma, para que o contrato alcance sua função social, passou-se a reconhecer a parte mais vulnerável da relação com propósito de restabelecer a igualdade jurídica (MIRAGEM, 2010). Assim, aquele contrato marcado pelo pacto autônomo e pela força compulsória deste foi trocado por uma visão social, almejando-se o equilíbrio entre as partes, dando vida ao direito pós-moderno.

Segundo Pasqualotto (1993, p. 35) "a flagrante desigualdade das partes, estampada, v.g., nos contratos de adesão, levou o Estado a abandonar o seu papel passivo, passando a praticar um intervencionismo crescente na busca de restaurar o equilíbrio perdido". Desse modo, com o advento dos movimentos consumeristas, a preocupação com os direitos do consumidor foi tomando espaço.

No Brasil, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seus artigos 5.º, XXXII, e 170, V, o consumidor surge como um indivíduo de direitos e garantias fundamentais. A inclusão da defesa do consumidor reafirmou a interpretação contratual voltada à proteção da parte mais frágil da relação de consumo, diante da disseminação do direito privado e em concordância com a Constituição Federal (MARQUES, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, a partir do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), inicia-se um complexo de ordem pública e interesse social, compondo em seu artigo 1.º normas indispensáveis, que regularizam as relações contratuais entre consumidores e fornecedores, resultado da nova teoria contratual, fundada nos atuais limites da autonomia da vontade, para que o contrato alcance a sua função social (BRASIL, 1990).

Contudo, para compreender a dimensão desse complexo, é necessário inteirar-se sobre a acepção de consumidor e fornecedor, assim como de seu objeto, produto ou serviço. Segundo o art. 2.º, "caput", do Código de Defesa do Consumidor de 1990, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico.

A corrente finalista pura estabelece que a interpretação de consumidor deve ser restrita, a fim de que a tutela da parte mais frágil na relação de consumo, orientada pelo CDC, alcance sua finalidade, compreendendo como consumidor aquele que obtêm ou usufrui um item para uso próprio ou de sua família (BENJAMIN, 2009).

No tocante à acepção de fornecedor, podemos inferir que sua natureza está vinculada a existência do consumidor, compreendendo no indivíduo que fornece o produto ou serviço no mercado de consumo, conforme preceitua o artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor. Para o sistema de proteção do consumidor, todos que atuam em qualquer área do fornecimento do produto ou do serviço podem ser considerados fornecedores, independe da relação direta ou indireta, contratual ou extracontratual, com o consumidor (BENJAMIN, 2009).

Em se tratando da última parte da tríade da relação de consumo, o produto consiste em "qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial", ou serviço, que pode ser "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista", conforme aduz os parágrafos 1.º e 2.º do artigo 3.º do CDC.

Cabe ressaltar que a existência da relação jurídica de consumo depende cumulativamente da presença dos elementos subjetivos e objetivos da relação de consumo, ou seja, de um fornecedor, de um consumidor, assim como de seu produto ou serviço (MARQUES, 2011).

Nesse cenário, analisando o contrato privado de assistência à saúde como um contrato inserto no mercado de consumo, verifica-se que se trata de um negócio jurídico que almeja a garantia a saúde. Assim, os consumidores que o aderem visam a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

certeza de que caso necessitem, serão contratualmente amparados pelo sistema privado.

Como se trata de uma prestação de serviços privada, há dois aspectos antagônicos indispensáveis a serem ponderados. De um lado a atividade econômica, onde o equilíbrio atuarial do plano deve ser analisado para que o contrato alcance o objetivo esperado, do outro, o interesse do consumidor afim de que sua saúde seja preservada (PASQUALOTTO, 1999).

Diante dos possíveis conflitos no campo contratual entre esse tipo de fornecedor de serviço e o consumidor, o Código de Defesa do Consumidor prescreve que a solvência de tais embates deve observar a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor.

Essa relação de consumo entre a operadora do plano privado de assistência à saúde, aqui fornecedora, e o beneficiário, aqui destinatário final, tem em sua previsão contratual a oferta de serviço a assistência ou cobertura de um acontecimento futuro e indefinido relacionado à saúde, condicionada ao pagamento do valor acertado na mensalidade (RIZZARDO, 2004).

Com o advento da Lei nº 9.656/98, passou-se a separar os contratos entre, os anteriores a vigência da lei, nomeados de contratos antigos ou não regulamentados, os quais são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, e os contratos novos ou regulamentados, regidos pela Lei dos Planos de Saúde.

Destarte, mesmo com a divisão entre os contratos, o artigo 35-G da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98) expõe que: "aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990".

Para o autor José Luiz Toro da Silva (2005, p. 110):

> Em se tratando de aplicação subsidiária é vedado ao juiz impor às operadoras de planos de saúde obrigações outras senão àquelas expressamente previstas na Lei 9.656. Somente naquilo que a lei for omissa poderá se buscar a aplicação das regras presentes no CDC. Não se trata, portanto, de uma aplicação cumulativa, mas sim, subsidiária, pois deve ser observada a regra que diz que a lei especial revoga a lei de caráter geral. In casu, a Lei 9656/98 é a lei especial, sendo que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor –lei geral –só será admitida nas hipóteses

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> de lacuna ou imprecisão da lei dos planos de saúde. Havendo incompatibilidade entre estas normas, deve ser aplicada a Lei nº 9.656/98.

No entanto, partindo do pressuposto que o Código de Defesa do Consumidor contém princípios e diretivas que devem ser obedecidos por todas as relações de consumo, compreende-se que o referido código também deve ser aplicado aos contratos de planos de assistência privada à saúde.

> Portanto, todas as leis que tratarem de relações de consumo específicas precisam seguir os princípios traçados pelo Código de Defesa do Consumidor. Além disso, para os aspectos não tratados particularmente pela Lei 9.656/98, valem as regras estabelecidas pela Código de Defesa do Consumidor (SALAZAR; RODRIGUES; SILVE; DOLCI, 2002, p. 14-15).

Além disso, a Súmula 608 aprovada em 11 de abril de 2018, pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, valida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.

Neste sentido, a aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor em conjunto da Lei nº 9.656/98 visa propiciar uma melhor interpretação das adversidades que poderão ocorrer futuramente, conforme aduz Maury e Mauro (2015, p. 384):

> Contudo, a aplicação da Lei 9.656/1998 aos conflitos entre as operadoras e usuários dos planos e seguros privados de assistência à saúde é imperativa, no sentido de que não pode ser afastada. A aplicação supletiva da lei do CDC tem como finalidade superar alguma lacuna da lei imperativa, ou promover a integração dela no sistema legislado para sua completude, nos casos em que todas as situações possíveis não foram previstas no texto legal especifico da matéria regulada.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor também regulamenta os contratos privados de assistência à saúde acertados antes de sua vigência, uma vez que o referido o complexo funda-se em norma de ordem pública, expressando uma proteção constitucional ao consumidor, bem como tem aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por fim, ressalta-se que a aplicação do referido código nas relações entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores é essencial para o preenchimento das lacunas deixadas pela Lei nº 9.656/1998.

2. O REAJUSTE DE MENSALIDADE NOS PLANOS INDIVIDUAIS OU FAMILIARES FUNDADO NA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DO BENEFICIÁRIO

O capítulo anterior abordou a regulamentação das relações de consumo, bem como a intensa presença dos contratos de adesão no âmbito dos planos privados de assistência à saúde. Em suma, o conteúdo deste tipo de contrato é elaborado pelo fornecedor de maneira unilateral, onde o usuário opta ou não pela aceitação da proposta ofertada (SILVA, 2013).

A ausência do consumidor na formação das cláusulas contratuais, diante da massificada procura por planos de saúde, ocasionou em um cenário onde observamos a fixação de cláusulas que amparam principalmente os interesses dos fornecedores. Isso se dá pela liberdade ao elaborar os pactos negociais, estabelecendo dispositivos que excessivamente ampliam os seus direitos, cabendo ao usuário arcar com o ônus. Essa situação pode ser verificada na majoração da mensalidade, o que acarreta em um desequilibro contratual (PEREIRA, 2003).

Inicialmente, é importante efetuarmos uma distinção entre os reajustes. Existem, portanto, quatro tipos de reajustes que podem ser realizados pelas operadoras de planos de saúde, sendo: o reajuste anual, o reajuste tendo em vista os custos operacionais, a sinistralidade e o reajuste com base na faixa etária.

O reajuste anual pode ser entendido como aquele promovido pelas operadoras de saúde com o intuito de manter a estabilidade econômica em razão da perda do poder aquisitivo causada pela inflação (RODRIGUES, 2006). Quanto ao reajuste com base nos custos operacionais pode-se entender como:

> Todas as despesas realizadas pelas operadoras de planos e seguros de saúde para a consecução do quanto previsto em sede contratual, contabilizadas num período, dando origem ao cálculo atuarial que integrará a planilha a ser apresentada perante a Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme preconizado nas resoluções administrativas já mencionadas (SILVA, 2010, p. 408).

A majoração em razão da sinistralidade refere-se ao uso excessivo da rede por certos usuários em determinados períodos, ocasionando em maiores custos para a

empresa gestora, que argumenta a necessidade desse reajuste (SILVA, 2010). Por fim, o foco do artigo, os reajustes em razão da mudança na faixa etária do beneficiário. Essa majoração dos prêmios tem como fundamento a intensificação do uso, ou seja, pessoas mais idosas tendem a ter um custo assistencial mais elevado se comparado a pessoas mais jovens (PEREIRA, 2020).

Nesse sentido, o estabelecimento de valores diferentes para cada faixa etária tem como intuito promover certo equilíbrio ao fundo gerenciado pelas operadoras de planos de saúde. Assim, ajustando-se a sua nova faixa de risco, tanto idosos quanto os jovens pagarão valores pertinentes aos seus perfis de uso dos serviços de saúde (PEREIRA, 2020).

Há quem defenda que, analisando apenas a aplicação do princípio do mutualismo, desconsiderando os diferentes perfis de uso, caso houvesse a inexistência de reajuste por mudança na faixa etária, a comercialização dos planos individuais ou familiares seria totalmente prejudicada. Tendo em vista que, aos mais jovens não seria atraente aderir a um plano cujo valor da contraprestação mensal seria a mesma em qualquer fase da vida, o que ocasionaria uma diminuição significativa na comercialização de planos para essa faixa etária (PEREIRA, 2020).

A Nota Técnica nº 94 COGSA/SEAE/MF, conhecida como *Adverse Selection Death Spiral* (Espiral de Seleção Adversa), aduz que essa dinâmica "levaria ao colapso desse mercado e à queda na cobertura do seguro de saúde, restando apenas consumidores de risco alto no mercado" (ANS, 2011).

Com isso, percebe-se que a regra adotada pelos planos privados de assistência à saúde está ligada ao conceito de solidariedade intergeracional, ou seja, os beneficiários mais jovens acabam por subsidiar os beneficiários participantes de faixas etárias mais avançadas. No entanto, há uma linha tênue no que tange a majoração da mensalidade dos mais jovens, pois o aumento demasiado acarretaria na perda da atratividade, pondo em colapso o sistema suplementar como descreve o fenômeno da seleção adversa (PEREIRA, 2020).

No âmbito legislativo, é sabido que Código de Defesa do Consumidor é aplicado às relações firmadas antes da Lei nº 9.656/1998 e também aos contratos firmados antes mesmo do ano de sua vigência já que, conforme aduz Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2012), tratam de normas de ordem pública às quais se aplicam a retroatividade.

Portanto, no que tange aos contratos pactuados antes da Lei dos Planos de Saúde, não havendo previsão expressa de modificação no instrumento contratual, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

compulsoriedade de reajuste por faixa etária é abusiva e, logo, ilegítima, conforme os artigos 6º, III e IV, 46 e 51, X, do Código de Defesa do Consumidor.

É importante destacar que os planos contratados após a vigência da Lei nº 9.656/1998 dependem de autorização antecipada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, para que haja fixação do reajuste de mensalidade dos planos individuais e familiares, obedecendo ao disposto no art. 4º, XVII, da Lei nº 9.961/2000 e ao art. 2º da Resolução Normativa nº 171/2008 (PEREIRA, 2020).

Neste contexto, a própria Lei nº 9.656/1998 estabelece que o contrato de plano de saúde deverá explicitar com clareza as faixas etárias e os devidos percentuais de reajustes a serem aplicados a cada mudança. Vejamos:

> **Art. 15.** A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E (BRASIL, 1998).

A Resolução Consu nº 06/98 estabelece 7 (sete) faixas etárias que deverão ser atentadas pelas partes, nos planos comercializados entre 02/01/1998 e 31/12/2003:

> I - 0 (zero) a 17 (dezessete) anos de idade;
>
> II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade:
>
> III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;
>
> IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;
>
> V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;
>
> VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;
>
> VII- 70 (setenta) anos de idade ou mais.

Assim, para preservar os idosos, observando o conceito de solidariedade intergeracional e o princípio do mutualismo por faixa etária, a legislação aduziu limitações ao estabelecimento das contraprestações pecuniárias. Portanto, o valor estabelecido para a última faixa etária 70 (setenta) anos de idade ou mais, não poderá

ser seis vezes superior ao valor da primeira faixa etária de 0 (zero) a 17 (dezessete) anos de idade, conforme dispõe o art. 2º Resolução Consu nº 06/98.

Outro ponto restritivo se faz presente no § 1º do artigo mencionado, sendo:

> **Art. 2º.** [...]
>
> **§ 1º** A variação de valor na contraprestação pecuniária não poderá atingir o usuário com mais de 60 (sessenta) anos de idade, que participa de um plano ou seguro há mais de 10 (dez) anos, conforme estabelecido na Lei n° 9.656/98.

A partir da criação do Estatuto do Idoso, conforme expõe Maria Stella Gregori (2010, p. 205), "surge uma nova realidade no que tange aos reajustes por mudança de faixa etária para os consumidores com mais de sessenta anos nos planos de saúde". Visto que o art. 15, §3º do Estatuto "veda a discriminação da pessoa idosa pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

Tendo em vista todo esse cenário, editou-se a Resolução Normativa nº 63/2003, para que nos contratos pactuados a partir de 01/01/2004, o número de faixas etárias seria modificado de 7 (sete) para 10 (dez), inviabilizando os reajustes por faixa etária para usuários com 60 anos ou mais. Observemos o art. 2º da referida normativa:

> **Art. 2º.** Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:
>
> I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;
>
> II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;
>
> III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;
>
> IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;
>
> V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;
>
> VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;
>
> VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;
>
> VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;
>
> IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.

Nessa sequência, a normativa prevê no art. 3º, I e II, que "o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária", bem como, "a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas."

No tocante ao assunto, Bottesini e Machado mencionam o Parecer do Professor Doutor José Aristodemo Pinotti, de março de 2004, quando então Deputado Federal e Relator do Projeto de Conversão da MP 148/03:

> [...] abusiva a RN 63/2003, quando ela define que os valores pagos pela última faixa etária sejam seis vezes maiores que os da primeira, concedendo um aumento de 500% sobre o qual ainda haverá correção monetária anual. O que ocorreu foi, além de tudo, um uso inadequado do Estatuto do Idoso. Antes dele, esses aumentos eram praticados de forma mais suave até idades superiores. Depois dele, esses aumentos, ao invés de serem eliminados a partir dos 60 anos, foram prensados e concentrados para até 59 anos, com o agravante de serem praticados em dobro nas três últimas faixas etárias. Isso agrava, concretamente, o que já está ocorrendo, ou seja, a inadimplência dos idosos e sua fuga dos planos de saúde. [...] (BOTTESINI, MACHADO, 2015, p. 148-151).

Destarte, reconhecendo a abusividade das majorações praticadas pelas operadoras de planos de saúde, com fundamento na mudança de faixa etária do beneficiário, conforme o art. 51, IV, do CDC, para que haja a alteração da mensalidade devido a inserção do consumidor em sua nova faixa de risco, é necessário realizar uma apuração do percentual de forma condizente e proporcional evitando-se que o consumidor fique em demasiada desvantagem.

3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Quando os problemas pertinentes às relações contratuais entre consumidores e fornecedores atingem a esfera do Poder Judiciário mediante os litígios individuais ou transindividuais, podemos então observar a atividade do controle judicial. Neste cenário, no que tange às majorações abusivas das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, o Poder Judiciário adequa cada disposição contratual às leis vigentes, na tentativa de coibir os demasiados abusos, efetuando um exame minucioso do mérito para que seja verificada sua legalidade (SILVA, 2010).

O doutrinador Menezes Cordeiro (2001, p. 654) aduz que "o controle judicial efetivo dos contratos obtidos pela utilização de condições contratuais gerais implica uma apreciação de mérito face às cláusulas questionadas". Neste sentido, no que se refere as majorações efetuadas baseando-se na mudança da faixa etária, a autora Joseane Suzart (2010, p. 573) alude que essas modificações são praticadas através de cláusulas iníquas, e apoia a decretação da nulidade do dispositivo.

Nesses casos, o Poder Judiciário pode atuar no combate aos aumentos tirânicos dos planos de saúde tanto preventiva quanto repressivamente. A tutela de caráter preventivo (inibitória) atua nas limitações das determinações abusivas presentes nos contratos ou nas condições gerais dos atos jurídicos. Contrariamente, a tutela repressiva acontece quando o judiciário atua após o fato consumado, na tentativa de reparar o ilícito realizado (SILVA, 2010).

Como já mencionado, com o advento do Estatuto do Idoso muita coisa foi alterada, segundo Maria Stella Gregori (2010, p. 205), "surge uma nova realidade no que tange aos reajustes por mudança de faixa etária para os consumidores com mais de sessenta anos nos planos de saúde". Isso ocorre porque o art. 15, §3º do Estatuto "veda a discriminação da pessoa idosa pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".

Desde então, os reajustes em função da faixa etária se tornaram alvo de polêmicas, o que para muitos doutrinadores estaria limitado apenas à aplicação do Estatuto do Idoso. Acontece que, recentemente o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento no tocante à improbabilidade de aplicação de reajuste de faixa etária para idosos.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça definiu três teses cadastradas como Tema 952, sobre a validade do reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário:

> (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. (STJ, 2016, on-line).

Segundo o STJ, a cada caso concreto deverá ser realizada uma aferição da abusividade das majorações das mensalidades de plano de saúde por introdução do usuário em sua nova faixa de risco, especialmente nos participantes idosos. Essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aferição da razoabilidade ou abusividade se dá necessariamente por prova pericial atuarial com laudo assinado por perito formado em ciência atuarial (PEREIRA, 2020).

Ademais, a fundamentação atuante nos julgados dos Tribunais do Distrito Federal e de São Paulo é a que sustenta que a Lei nº 9.656/1998 certifica a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano de saúde em função da mudança de faixa etária do beneficiário e que essa regra não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, já que a majoração do valor do prêmio deriva do maior risco, ou seja, da utilização reiterada dos serviços segurados, e não da simples mudança de faixa etária.

Contudo, apesar de possibilitar às operadoras de planos de saúde que efetuem reajustes desde que haja previsão contratual das faixas etárias e seus respectivos percentuais de reajustes, a Lei nº 9.656/98 ressalva que é terminantemente proibida tal majoração aos beneficiários com mais de 60 anos, desde que tenham o plano de saúde há mais de 10 anos, conforme aduz o art. 15 da referida lei:

> **Art. 15.** A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art.35-E.
>
> **Parágrafo único.** É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos".

Quando o judiciário delibera pela validade dos reajustes nos planos de saúde dos idosos em função da mudança de faixa etária, ignorando as leis vigentes à época da adesão, ocorre uma relativização das normas contidas em leis federais, pois há uma transmissão do ato de mensuração da proporcionalidade dos reajustes aos juízes de primeiro grau e aos órgãos de fiscalização, invadindo um ramo pertencente ao poder legislativo.

O próprio julgamento do Tema 952, por exemplo, defende o afastamento do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, alegando que este artigo "apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato".

Ademais, foi após o julgamento do Recurso Especial 1.568.244/RJ pelo STJ, em dezembro de 2016, que os tribunais passaram a reconhecer que a imposição de reajuste de mensalidade de plano de saúde em função da mudança de faixa etária não é abusiva, sendo legítima caso tenha previsão contratual, considerando as orientações dos órgãos reguladores, não cabendo a imposição de percentuais desproporcionais (STJ, 2016, on-line).

No entanto, antes do recurso supracitado, o Superior Tribunal de Justiça contava com um entendimento contrário aos reajustes por mudança da faixa etária para os beneficiários idosos dos planos de saúde. No Recurso Especial nº 989.380-RN, datado de novembro de 2008, o STJ reconheceu a abusividade do reajuste por mudança de faixa etária para os planos de Saúde dos beneficiários idosos, mesmo para os pactuados antes da vigência do Estatuto do Idoso.

Ainda em 2008, o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) efetuou uma pesquisa com foco nas propostas de contratos de planos de algumas operadoras de saúde e revelou que pessoas, a partir dos 60 anos, são desprezadas pelas empresas. Além de inúmeras irregularidades, a pesquisa elucida que até mesmo a legislação da ANS promove obstáculos para esses usuários ao tolerar que as operadoras efetuem reajustes por mudança de faixa etária de até 500%, entre a primeira e a última faixa. Dessa forma, o plano de saúde do beneficiário idoso custa, em média, 80% do salário mínimo (IDEC, 2008).

Retornando aos Tribunais Pátrios, na região Sul e do Sudeste do país, seguia-se o entendimento de que o reajuste por mudança de faixa etária para segurado com mais de sessenta anos de idade, era abusivo e ofendia ao disposto no art. 15, IV, do Código de Defesa do Consumidor e ao art. 15 §3º do Estatuto do Idoso. Entendendo que, se tal majoração fosse definida em contrato, deveria ser apontada como cláusula abusiva e, portanto, nula, vedando-se a discriminação em função da idade.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, no Agravo de Instrumento nº 001288371.2017.8.05.0000/BA entendeu que, embora a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconheça a aplicação de reajuste por mudança da faixa etária, cabe à operadora comprovar, mediante cálculos atuariais, que os percentuais empregados tem relação direta com o crescimento das despesas com os beneficiários com idade acima de 60 anos.

Para Joseane Suzart (2010, p. 572), "não há que se discutir que os idosos, mesmo que não tenham completado 10 (dez) anos em um mesmo plano de saúde, não podem ser prejudicados com os aumentos das mensalidades baseados na sua faixa etária". A autora entende que seria inaceitável uma legislação autorizando pessoas idosas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

efetuarem pagamentos das contraprestações referentes ao plano de saúde durante longo período de tempo e, "na etapa da vida que mais necessitassem de assistência médica tivesse que se retirar da relação contratual diante das vultuosas majorações impostas".

Em meio a tantos embates sobre a legalidade do tema, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgou os Embargos à Apelação Cível nº 074866-10.2019.8.19.0001, datado de 08/03/2021, onde a relatora Helda Lima Meireles aduz que "entendeu haver abusividade no caso concreto, determinando a devolução dos valores cobrados indevidamente, ressalvados aqueles já atingidos pela prescrição trienal." No caso em comento, o contrato era anterior à Lei nº 9.656/98, portanto, seguiu-se o que constava no contrato, respeitando, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da ANS.

Destarte, com todo o exposto, é imprescindível a estruturação de critérios interpretativos sólidos para a tese fixada pelo STJ, para que esses consumidores tão vulneráveis não sejam lesados pela aplicabilidade errônea de um precedente obsoleto, considerado contrário à proteção atribuída ao idoso. Restando, portanto, aos Judiciários Estaduais a construção de uma visão mais sensível neste cenário, utilizando o entendimento do STJ, o Código de Defesa do Consumidor e seus princípios, o Estatuto do Idoso e, principalmente, a Constituição Federal.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo abordar a incidência do CDC aos contratos de planos de saúde e o problema ligado a validade dos reajustes de mensalidade dos planos de saúde ocasionados pela mudança da faixa etária do beneficiário sob a égide do Estatuto do Idoso, da Constituição Federal e, principalmente, do Código de Defesa do Consumidor.

Na primeira parte foi analisada a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde, detalhando a relação de consumo e como ela é regida pelo referido código e pela legislação específica para esse tipo de contrato.

Verificou-se, portanto, que a aplicação do direito do consumidor nas relações entre as operadoras de planos de saúde e seus consumidores é essencial para o preenchimento das lacunas deixadas pela Lei nº 9.656/1998.

Na segunda parte estudou-se os reajustes de mensalidade que incidem aos contratos de planos de saúde individuais ou familiares, com foco no reajuste fundado na mudança de faixa etária do beneficiário, com esteio nos instrumentos legais insertos na legislação brasileira.

Neste sentido, com a criação do Estatuto do Idoso, surgiu uma nova realidade no que tange aos reajustes por mudança de faixa etária para os consumidores com mais de sessenta anos nos planos de saúde. Editou-se, portanto, a Resolução Normativa nº 63/2003, para que nos contratos pactuados a partir de 01/01/2004, o número de faixas etárias seria modificado de 7 (sete) para 10 (dez), inviabilizando os reajustes por faixa etária para usuários com 60 anos ou mais.

Na última parte, foi analisando o entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça, abordando as decisões dos demais Tribunais dos estados brasileiros, tendo em vista o recente julgado de recurso repetitivo em relação ao reajuste de mensalidade fundado na mudança de faixa etária do beneficiário.

Verifica-se que o Poder Judiciário pode agir no combate aos aumentos tirânicos dos planos de saúde tanto preventiva quanto repressivamente. Atuando nas limitações das determinações abusivas presentes nos contratos ou nas condições gerais dos atos jurídicos e também após o fato consumado, na tentativa de reparar o ilícito realizado.

Destaca-se, portanto, a necessidade da estruturação de critérios interpretativos sólidos para a tese fixada pelo STJ, para que esses consumidores tão vulneráveis não sejam lesados pela aplicabilidade errônea de um precedente obsoleto, considerado contrário à proteção atribuída ao idoso.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009, p. 69.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9.656 compilado.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução nº 06 de 03 de novembro de 1998**. Dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde. Disponível em: < https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEy>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. **Nota nº 1034 – Financiamento dos Planos de Saúde: alternativas para a sustentabilidade do mercado de saúde suplementar**. (agosto 2011), Rio de Janeiro: ANS. 2011. Disponível em:<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjL8be_tMTvAhX7KrkGHS7GAmcQFjABegQIAxAD&url=http%3A%2F%2Fwww.ans.gov.br%2Fimages%2Fstories%2FLegislacao%2Fcamara_tecnica%2F2011_1034_GGEFP.pdf&usg=AOvVaw0BbIxxA6KrAbDzKx6RIpaN>. Acesso em: Acesso em: 22 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 608.** Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub.>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso Especial n. 1.568.244/RJ**. Recorrente: Maria das Graças Sá. Recorrido: Samoc S.A. Soc Assistencial Médica e Odonto-Cirurgia. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Segunda Seção, julgado em 14/12/2016, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, data da publicação 19/12/2016. Disponível em:<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201502972780>. Acesso em: 06 abr 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 989.380-RN**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 20 nov. 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2050362/recurso-especial-resp-989380/inteiro-teor-12227998>. Acesso em: 06 abr 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 646.677-SP**. Recorrente: Augusto Aleixo. Recorrido: Unimed de Limeira Cooperativa de Trabalho Médico. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma, julgado em 09/09/2014, Diário de Justiça

Eletrônico, Brasília, DF, data da publicação 18/09/2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1308728&num_registro=200400321867&data=20140918&formato=PDF>. Acesso em: 10 abr 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.381.606-DF**. Recorrente: Sul América Companhia de Seguro Saúde S.A. Recorrido: Associação dos Consumidores explorados do Distrito Federal. Relator: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07/10/2014, Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, data da publicação 31/10/2014. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1266615&num_registro=201300588316&data=20141031&formato=PDF>. Acesso em 10 abr 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Agravo de Instrumento nº 0012883- 71.2017.8.05.0000/BA**. Agravante: Sul América Companhia de Seguro Saúde. Agravada: Anamélia Tourinho de Garcia. Relator: Desembargadora Maria da Graça Osório Pimentel Leal. Primeira Câmara Cível, Diário de Justiça Eletrônico, BA, data da publicação 26/09/2017. Disponível em: < https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503630152/agravo-de-instrumento-ai-12883712017805000?ref=amp> Acesso em: 10 abr 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0074866-10.2019.8.19.0001**. Apelante: Vision Med Assistência Medica. Apelada: Maria Audete de Carvalho Vilela. Relator: Desembargador Helda Lima Meireles. Câmara Cíveis, julgado em 08/03/2021, Diário Oficial do Estado, RJ, data da publicação 08/03/2021. Disponível em: < https://www.jusbrasil.com.br/processos/223081328/processo-n-0074866-1020198190001-do-tjrj>. Acesso em: 10 abr 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação nº 00642346120118190014/RJ**. Apelante: Gilberto Monteiro Cruz e Banco Itaú S.A. Apelada: Os Mesmos. Relator: Desembargadora Letícia de Faria Sardas. Vigésima Câmara Cível, julgado em 09/10/2013, Diário de Justiça Eletrônico, RJ, data da publicação 01/04/2014. Disponível em: < https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117411300/apelacao-apl-64234612011819001 4-rj-0064234-6120118190014/inteiro-teor-143691152>. Acesso em: 10 abr 2021.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde comentada:** artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 148-151.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Contratos:** teoria geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 9.

GREGORI, Maria Estella. Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor. 2. ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010, (Biblioteca do Consumidor v. 31) p. 205.

IDEC. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Pesquisa de Planos de Saúde**. Disponível em:

<http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/2008-11-ed127-pesquisaplanossaude.pdf>.Acesso em: 09 abril 2021.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 6.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 254-26.

MENEZES CORDEIRO, A. **Da Boa-fé no Direito Civil**. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 654.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto – **Comentários ao código de defesa do consumidor**: Direito material (arts. 1º a 54), São Paulo: Saraiva, 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.); MIRAGEM, Bruno (org.). Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor, v. I. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011, (Doutrinas Essenciais; 1), p. 29.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.); LOPES, Jose Reinaldo de Lima (coord.); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (coord.). Saúde e responsabilidade. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999. p. 36-64. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v.13), p. 47-48.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos:** teoria e pratica / Daniel de Macedo Alves Pereira. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, v. III, 11. ed. Atual. Por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 72.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 906.

RODRIGUES, Bruno Lemos. **Aspectos legais dos contratos de seguro-saúde**. São Paulo: IOB Thonsom, 2006.

SALAZAR, Andrea; RODRIGUES, Karina; SILVER, Lynn; DOLCI, Maria Ines R. Landini; **Planos de Saúde**. Série Cidadania. São Paulo –Editora Globo. 2002.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Planos de Saúde e Boa Fé Objetiva.:** Uma abordagem Crítica acerca dos Reajustes Abusivos. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador; Juspodivm, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Contratos de adesão na seara consumerista e a importância da posição visionária de Orlando Gomes. **Revista do CEPEJ**. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – CEPEJ, v. 14, n. XIV, 2013, p. 24-44.

SILVA, José Luiz Toro. **Manual de Direito da Saúde Suplementar**: A Iniciativa Privada e os Planos de Saúde.1ª ed. São Paulo: A M.A. Pontes Editora. 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS ENTREGADORES DE APLICATIVO

LUCIMARA ALVES DE AZEVEDO APOLINÁRIO: Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário UNA/BH.

Resumo: O presente artigo tem, como escopo, a análise do vínculo trabalhista dos entregadores de aplicativo sob demanda, intermediadas pelas plataformas digitais, em especial aquelas prestadoras de serviços de *delivery*. As empresas contratantes procuram afastar os requisitos empregatícios da relação firmada com os entregadores, por meio das plataformas digitais, esquivando-se de quaisquer encargos trabalhistas, qualificando os entregadores como empregados autônomos, os qualificando como "cooperados". Assim, diante da ausência de regulamentação específica dessa modalidade de trabalho, a relação de trabalho em questão foi estudada a partir dos requisitos legais constantes na Consolidação das Leis do Trabalho e da análise de jurisprudências acerca do tema, bem como da ação civil pública, proposta pelo Ministério Público do Trabalho/SP, em face dos aplicativos de entrega de mercadorias.

Palavras-chave: Entregadores. Plataformas Digitais. Vínculo Empregatício.

Abstract: The scope of this article is to analyze the employment relationship of on-demand application deliverers, intermediated by digital platforms, especially those that provide delivery services. The contracting companies seek to remove the employment requirements from the relationship signed with the delivery personnel, by means of digital platforms, avoiding any labor charges, qualifying the delivery personnel as self-employed employees, qualifying them as "cooperative". Thus, in the absence of specific regulations for this type of work, the work relationship in question was studied based on the legal requirements contained in the Consolidation of Labor Laws and the analysis of jurisprudence on the topic, as well as public civil action. , proposed by the Public Ministry of Labor/SP, in view of goods delivery applications.

Key-words: Deliveries. Digital Platforms. Employment Link.

1 Introdução

O presente trabalho analisa a relação de trabalho entre os entregadores de mercadorias via aplicativos e as respectivas empresas contratantes, visando constatar se existe ou não um vínculo empregatício nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Em que pese alguns entendimentos diversos na doutrina, para se configurar o vínculo trabalhista, a CLT determina os requisitos essenciais constantes nos arts. 2º e 3º, ou seja, a subordinação, a onerosidade, a pessoalidade, a prestação por pessoa física, bem como a não eventualidade.

Na sociedade tecnológica e informacional da atualidade, o serviço de entrega por aplicativos tornou-se algo essencial. O avanço tecnológico possibilitou o surgimento dos aplicativos móveis, mais conhecidos como Apps e, com isto, surgiram as empresas de entrega de vários produtos, em especial, de alimentos.

Tais empresas atuam na prestação de serviços digitais na área de transporte e, por meio de aplicativos gratuitos instalados em celulares, permite-se que usuários encontrem restaurantes e estabelecimentos, onde solicitam suas refeições.

Por outro lado, as entregas são realizadas por entregadores que se cadastram nestas plataformas de entregas. Os entregadores cadastrados nesse aplicativos não cobram a corrida diretamente do usuário consumidor, pois este paga o valor final, cobrado via cartão de crédito. Já o entregador recebe, posteriormente, uma remuneração diretamente da empresa contratante, observando-se, na formação dos preços, uma relação entre as ofertas de entregadores e a demanda dos usuários consumidores, bem como da duração e distância da entrega.

Por certo que o usuário consumidor do aplicativo o faz, além da comodidade, por acreditar que a relação com o entregador será intermediada por uma empresa estruturada, séria, que valida e chancela que determinada pessoa está qualificada para prestar aquele serviço, independente da natureza jurídica da relação entabulada entre empresa e entregador.

Assim, a partir do estudo realizado, percebe-se que não se sustenta a tese de que não há qualquer relação de subordinação entre as empresas dos aplicativos e os entregadores, além da hipossuficiência econômica, jurídica e técnica desses últimos. Ainda que se tente subtrair da seara trabalhista, como, por exemplo, banir do sistema os entregadores, que não atendam aos critérios estabelecidos previamente para a plataforma, ou a inserção de as cláusulas unilaterais registradas nos “termos e condições” para uso do aplicativo, verifica-se que fazem parte de um contrato meramente adesivo.

É necessário regular essa relação, pois existe um nível de subordinação entre os entregadores e as empresas por aplicativos. Aquele, por exemplo investe na compra de um veículo mais ágil e essa pode desligá-lo sem maiores explicações, restando sem proteção nenhuma quanto aos seus direitos trabalhistas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, além de formalmente não se reconhecer o vínculo laboral nas relações entre os entregadores e as empresas de aplicativos, o que se observa, na prática, é a instabilidade jurídica e, por vezes, a imposição de óbices infundadas sobre a execução de tais atividades, os quais sobressaltam, inclusive, aos interesses previamente firmados entre as partes.

Assim, apesar de não ter uma legislação específica, já existem decisões que reconhecem o vínculo trabalhista entre as empresas de aplicativos e os entregadores, por preencherem todos os requisitos presentes no art. 3º da CLT.

A grande discussão na Justiça do Trabalho, entretanto, é identificar qual o vínculo entre as duas partes e, para solucionar o impasse, especialistas apontam a necessidade de uma regulamentação própria, sendo urgente que o legislador o faça.

2 Relação de trabalho e vínculo empregatício: conceitos e características

2.1 Da relação de trabalho: natureza jurídica

Em linhas bem gerais, o Direito Público é o conjunto de normas que regula as atividades e as funções entre Estado, particulares e servidores. Já o Direito Privado é o conjunto de normas que disciplinam as relações privadas, estabelecidas entre particulares. Por fim, o Direito Misto é o conjunto de normas jurídicas que possuem natureza pública e privada como, por exemplo, a hipótese da regulamentação das relações dos produtores e consumidores ou dos empregados e empregadores.

Assim, a natureza jurídica da relação de trabalho é dividida em Direito Público, Privado ou Misto. GARCIA (2010, p.129) afirma:

> No Direito do Trabalho observam-se diversas normas de caráter cogente, ou seja, com natureza de ordem pública. Isso, no entanto, não significa que o Direito do Trabalho seja considerado Direito Público, pois, não regula, de forma preponderante, a atividade estatal, nem o exercício de seu poder de império. O caráter imperativo de certas normas jurídicas, apenas significa a relevância para a sociedade, na sua observância.

Conforme DELGADO (2010, p.45,46),

> Nesse debate teórico, o Direito do Trabalho já foi classificado como componente do Direito Público por autores de distinta especialização jurídica. Prepondera, hoje, entretanto, a classificação do ramo justrabalhista no segmento do Direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Privado. Há autores, contudo, que consideram esse ramo jurídico inassimilável a qualquer dos dois grandes grupos clássicos enquadrando-se em um terceiro grupo de segmentos jurídicos, o Direito Social.

Com efeito, BARROS (2010, p. 92) analisa tal assunto, e conclui que "os conceitos poderão ser reunidos em três categorias, intituladas subjetiva, objetivas ou mistas, conforme o pensamento filosófico, político ou social dos autores e o momento histórico da sua elaboração".

Apesar de haver uma interferência clara de direito público na relação de trabalho, a melhor doutrina classifica a sua natureza jurídica como sendo de direito privado, pois, não se pode afirmar que a relação de trabalho pertença ao direito público, porque a vontade das partes ainda compõe grande parte das regras da relação de trabalho e o Estado não regula, de maneira predominante essa matéria, mas, tão somente, estabelece parâmetros mínimos que as partes devem seguir.

2.2 Do vínculo empregatício

A relação de trabalho é um gênero e a relação de emprego é uma espécie. Toda relação de emprego é uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego. Na relação de emprego, há um vínculo jurídico estabelecido entre as partes, o empregado pessoa física de um lado e, do outro, o empregador, que pode ser uma pessoa física ou jurídica. Para a existência desse vínculo, que une o empregado ao empregador na execução de uma obra ou prestação de serviços, deve haver a presença dos requisitos, que estão constantes na CLT, em seu art. 3º.

O vínculo empregatício é a relação que existe entre o empregador e o empregado, configurada pela existência de alguns requisitos legais. Isso quer dizer que nem sempre que uma pessoa presta serviço à outra há um vínculo empregatício. Portanto, esse trabalhador não terá todos os direitos previstos na CLT. O início dessa relação se dá com a anotação na Carteira de Trabalho e o contrato será regido pela CLT, garantindo-se, assim, ao empregado seus direitos trabalhistas. BALBINOTI (2017, p.21) afirma:

> Já a relação de emprego é mais específica e estabelece o vínculo de emprego e empregador; nesse caso, o trabalhador tem, obrigatoriamente, sua carteira de trabalho assinada e seu contrato de trabalho redigido pela Consolidação das Leis do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Trabalho (CLT). O contrato de trabalho com vínculo de emprego caracteriza o que chamamos contrato individual de trabalho.

É de extrema importância que os requisitos sejam cumpridos, para que o vínculo trabalhista ocorra de fato.

2.2.1 Caracterização do vínculo empregatício e suas formas de contratação

Em que pese alguns entendimentos diversos da doutrina, para se configurar o vínculo trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determinou alguns requisitos essenciais e que estão constantes nos arts. 2º e 3º.

Com a reforma trabalhista, aprovada em 11 de novembro de 2020, além das tradicionais, carteira assinada, trabalho temporário, trabalho parcial, estágio e jovem aprendiz, foram estabelecidas novas novas formas relação de trabalho, tais como:

a) Terceirizados para atividade-fim: o empregador pode contratar equipe e funcionários de empresas terceirizadas para executar qualquer função dentro da empresa. Para PIPEK; DUTRA; MAGNO (2017, p.12), a "terceirização do trabalho é o processo pelo qual uma empresa contrata outra instituição para realizar determinada atividade".

b) Trabalhadores remotos: São os trabalhadores que atuam fora da empresa e em *home office*. As regras para esta contratação são estabelecidas em acordo individual entre empresa e profissional, sendo o seu controle realizado por produtividade. Caso necessite o comparecimento do empregado na empresa, isso não descaracterizará o *home office*, conforme esclarecem FINCATO;STURMER (2019, p.15):

> O comparecimento do empregado às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a sua presença não descaracteriza o tele trabalho. Por ser um tipo de trabalho especial, a prestação de serviços na referida modalidade deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades a serem realizadas pelo empregado.

c) Trabalhadores intermitentes: O profissional recebe por jornada ou hora de serviço, com direito a férias, FGTS, INSS e 13º proporcionais e registro em carteira. O cálculo do valor exato será baseado no salário compatível com o cargo. PIPEL;DUTRA;MAGNO (2017, p.44) afirmam:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> No trabalho intermitente, o empregado é regularmente contratado, com registro em carteira, com todos os direitos garantidos, mas em um sistema mais flexível de trabalho. No trabalho intermitente, as empresas poderão contratar um empregado para trabalhar esporadicamente e pagá-lo apenas pelo período durante o qual prestou seus serviços, ou seja, pelo tempo efetivamente trabalhado.

d) Trabalhadores Eventuais (*freelances*): É a prestação de serviços esporádica e de curta duração. A contratação é realizada sem vínculo empregatício, e o pagamento é realizado pelos serviços prestados em comum acordo, nos termos da lição de AMARO (2020):

> De modo geral, o contrato eventual é caracterizado como aquele em que o trabalhador presta serviço de maneira esporádica, sem que haja vínculo empregatício entre ele e a empresa, ou seja, sem contrato ou carteira assinada.

e) Trabalhadores autônomos: As empresas podem contratar profissionais liberais, podendo os mesmos prestar o serviço mesmo sem ter empresa aberta. Este trabalhador pode ser considerado um *freelance*, porém, será contratado como pessoa física e não jurídica. O trabalhador assume os riscos do serviço e não é subordinado a nenhum tomador de serviço. Para PIPEK; DUTRA; MAGNO (2017, p.47), "o trabalhador autônomo é aquele profissional que exerce sua atividade sem vínculo empregatício, por conta própria, de forma eventual e não habitual, e assumindo os riscos de sua atividade econômica".

Com a reforma trabalhista de 2020, a legislação evoluiu para acompanhar as relações de trabalho e tanto o trabalhador como o empregador, em algumas situações, podem se beneficiar com a flexibilidade nos contratos.

2.2.2 Dos requisitos formadores do vínculo empregatício

Os elementos fáticos-jurídicos necessários à configuração do vínculo empregatício estão positivados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo eles a prestação por pessoa física ou natural, a pessoalidade, a onerosidade, a subordinação e a continuidade ou não eventualidade.

De acordo com o art. 3º da CLT, tem-se o vínculo empregatício quando presentes esses cinco quesitos do vínculo: "Considera-se empregado toda pessoa física

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

Conforme salienta ALMEIDA (2014, p. 44), "os requisitos da relação de emprego são cumulativos. Sendo assim, a falta de um deles descaracteriza o vínculo empregatício". Nesse mesmo sentido, PRAZERES (2018, p. 53) ao ensinar que "a relação de trabalho ocorre quando algum dos requisitos do art.3º da CLT não é preenchido, ou seja, basta que um, e apenas um, daqueles critérios não seja suprido para que tenhamos uma relação de trabalho".

O trabalho por pessoa física ou natural é requisito para que se configure o vínculo empregatício. O elemento da pessoalidade, é analisada a partir das substituições feitas ou não à pessoa do prestador, pois é intransferível a prestação assumida pelo empregado, sendo ele completamente pessoal. ALMEIDA (2019, p.43) afirma:

> Por fim, cumpre relembrar que todo empregado será sempre pessoa física e nunca pessoa jurídica, pois uma relação de pessoa jurídica para pessoa jurídica pode se estabelecer na esfera cível ou até mesmo comercial, mas nunca trabalhista.

No elemento da onerosidade, o objetivo é a contraprestação econômica pelo trabalho, sendo que os serviços devem ser remunerados. O direito ao pagamento é indisponível.

De acordo com este requisito, o trabalho voluntário é suficiente para que se retire o caráter empregatício da relação, lembrando que este tipo de combinado deve estar previsto no Contrato de Trabalho e estar totalmente de acordo com as demais regras legais. Para ALMEIDA (2019, p.44) "não existe vínculo de emprego voluntário, ou seja, gratuito. Toda prestação de emprego presume uma contraprestação salarial". Assim, na onerosidade, há o percebimento de remuneração em troca dos serviços prestados pelo empregador, nos termos da lição de PRAZERES (2018, p.55):

> O salário é, sem dúvida, fator de grande importância no contrato de trabalho, pois o dever do empregado é prestar os serviços, ao passo que do empregador é pagar os salários. É a parte onerosa como resultado da prestação dos serviços, tendo em vista que não existe contrato de trabalho gratuito.

Já no elemento da subordinação, o empregado trabalha sob a dependência do empregador. O empregado assume compromisso de serviço por meio de contrato,

ficando subordinado às determinações do empregador, e deverá acatá-las com zelo e qualidade. Existe poder de direção do empregador e a subordinação é técnica, econômica e jurídica. Desse modo, a subordinação consubstancia-se na submissão às diretrizes do empregador, que determina o lugar, a forma, o modo e o tempo da execução da atividade. PRAZERES (2018, p.55) afirma:

> A CLT, usa a expressão "dependência". Entretanto, o que prevalece é a subordinação jurídica do empregado ao empregador, tendo em vista que o empregador tem sempre o poder de aceitar ou não o resultado dos serviços prestados pelo empregado, o qual deverá ser desenvolvido segundo as determinações técnicas do empregador ou seu preposto, pois não cabe ao empregado escolher onde e como vai trabalhar no ambiente de trabalho.

Por fim, na continuidade ou não eventualidade, o serviço é prestado de forma habitual e o Contrato de Trabalho de trato sucessivo. O empregado tem, em sua função, uma rotina de trabalho em qualquer dia da semana.

Na não eventualidade, o contrato gera uma continuidade na prestação de serviço, o que mantém uma regularidade no desenvolvimento da atividade em benefício do empregador, conforme ensina ALMEIDA (2019, p.43):

> O presente item não se caracteriza somente pela diariedade do serviço prestado, mas sobretudo pela expectativa que o empregador tem pertinente ao retorno do empregado ao local de labor. Assim, havendo essa expectativa de que seu empregado voltará em determinado dia à empresa, estará caracterizada a habitualidade.

Com isso, para se caracterizar o vínculo trabalhista, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos da pessoalidade, pessoa física, onerosidade, subordinação, continuidade ou não-eventualidade, devendo cada caso ser analisado sob a ótica de tais pressupostos para a caracterização do vínculo de emprego.

3 Dos entregadores de aplicativos: relação de emprego ou trabalhador autônomo?

3.1 A linha tênue entre trabalhador autônomo e empregado celetista

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As empresas, detentoras dos aplicativos, reconhecem os entregadores como "colaboradores", mas, antes de classificar tal relação, é importante observar as diferenças entre os regimes de trabalhador autônomo e celetista.

O trabalhador autônomo é aquele que exerce sua atividade profissional sem vínculo empregatício e, em sua rotina de trabalho, organiza, sem qualquer subordinação, sua atividade econômica. Consoante explana o jurista Maurício Godinho Delgado, conceituando o autônomo como "aquele que exerce, habitualmente e por conta própria, atividade profissional remunerada, explorando, assim, em proveito próprio, sua força de trabalho mesma".

O trabalhador celetista é aquele cuja relação de emprego é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente de o empregador ser do setor público ou privado. Estes trabalhadores possuem os direitos trabalhistas assegurados e a carteira profissional assinada.

Já as novas modalidades de trabalho descritas possuem, como característica, a existência de uma aproximação entre o trabalhador autônomo e o empregado celetista, o que causa grandes controvérsias quanto ao seu real enquadramento, ocasionando um crescimento no número de trabalhadores descobertos de seus direitos trabalhistas.

A redação da CLT, resultante da reforma trabalhista de 2019, explanada no novel art. 442-B determina que " a contratação do autônomo, cumpridas por todas estas formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no artigo 3º desta Consolidação". Diante disso, pode-se dizer que, ao trabalhador autônomo, consolidam-se relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a proteção da legislação trabalhista, dando ensejo ao que se denomina "fraude de pejotização", mascarando uma típica relação de emprego.

3.2 O serviço de *delivery* e os entregadores por aplicativos

O serviço de *delivery* é contratado por clientes que realizam os seus pedidos pelos aplicativos - *Apps*, sem necessidade de se deslocarem de suas casas para adquirir qualquer produto de que necessitam, que lhe são entregues pelos entregadores, caracterizado pela comodidade e segurança. Tal serviço abrange motoqueiros e ciclistas que transportam alimentos em suas bags. Eles cadastram-se nos *Apps* e, após confirmação do seu cadastro, podem iniciar as entregas, sendo que as empresas não fornecem nenhum material para o desempenho de tal função, ou seja, o entregador deverá arcar com todos os encargos decorrentes do serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As empresas de *delivery* elaboram termos de uso para que os entregadores assinem e concordem, ficando claro que as empresas não têm responsabilidade por qualquer prejuízo ou danos decorrentes ou relativos a atividades de entrega. Trabalham de segunda-feira a domingo sem qualquer contrato, em jornadas que podem ultrapassar as 24 horas seguidas, arriscando-se entre carros e ônibus, sem garantias ou proteções legais e, muitas vezes, por menos de um salário mínimo.

Assim, as plataformas digitais disponibilizam, aos entregadores, um contrato constituído de forma unilateral, conforme a vontades das empresas, não sendo possível discutir as cláusulas. Os "Termos e Condições" de uso das plataformas exigem que os trabalhadores se cadastrem na condição de autônomo, afastando, com isso, qualquer obrigação empregatícia.

Foi realizada uma pesquisa pelo site Terra em 2019, que demonstra que 3,8 milhões de brasileiros têm, nos *Apps*, a sua principal fonte de renda, motivo pelo qual se submetem às precárias condições de trabalhos impostas pelas empresas detentoras dos aplicativos.

Em 2019, as empresas de aplicativos já eram os maiores empregadores do Brasil, com 3,8 milhões de pessoas vivendo do trabalho dessas plataformas, mesmo não tendo o reconhecimento de qualquer vínculo ou relação trabalhista.

3.3 Do vínculo de emprego entre os entregadores e as empresas contratantes, detentoras dos aplicativos

O reconhecimento do vínculo de emprego pressupõe a existência dos cinco elementos elencados no art. 3º, da CLT, que são: trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação, sendo que a ausência de um ou mais requisitos enseja a descaracterização do vínculo.

Hoje, os entregadores são considerados trabalhadores autônomos, por exercerem suas atividades profissionais sem vínculo empregatício (= por conta própria) e com assunção de seus próprios riscos. A prestação se dá de forma eventual e não habitual, conforme explica ALMEIDA (2019, p.43):

> A CLT não se aplica a trabalhadores autônomos, já que esse tipo de trabalhador autônomo requeira o reconhecimento de seu vínculo de emprego, fato esse extremamente corriqueiro nos dias de hoje, pois em virtude da alta carga tributária imposta na contratação de empregados alguns empregadores contratam efetivos empregados e mascaram essa relação de emprego

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

denominando-os, dentre outros, de autônomos, deverá fazê-lo na Justiça Laboral.

Entretanto, as condições fáticas, às quais os entregadores são submetidos, nem sempre atendem às características que revestem o trabalho autônomo, ou seja, dentre outras, a liberdade e independência de desenvolverem suas atividades e a fixação livre do preço do serviço por parte do prestador.

Todavia, o vínculo existente entre os entregadores e as empresas dos aplicativos atendem todos aqueles requisitos necessários para o reconhecimento do vínculo empregatício:

a) os entregadores cumprem as ordens que lhe são impostas pelo empregador (= empresas de aplicativos), caracterizando, assim, a *subordinação*;

b) a prestação de serviço é realizada de maneira contínua, em que existe a expectativa de continuidade da relação existente entre empregado e empregador, caracterizando, assim, a *habitualidade*;

c) há a contraprestação recíproca entre empregado e empregador, em que o entregador presta o serviço e o empregador lhe paga uma contraprestação em dinheiro, caracterizando-se a *onerosidade*;

d) o entregador, quando não pode fazer o serviço, não o faz substituir por outro, caracterizando-se, com isso, a *pessoalidade*; e,

e) por fim, os entregadores, contratados para prestar os serviços, são pessoas físicas e não jurídica, caracterizando o requisito de ser *pessoa física*.

3.3.1 Os entregadores por aplicativos e a subordinação trabalhista por algoritmo

Com o surgimento de novas modalidades nas relações de trabalho, surgem, também, discursões acerca de como interpretar e aplicar a subordinação jurídica, que é um dos requisitos para se configurar o vínculo empregatício.

Em relação aos entregadores, os patrões são as empresas detentoras dos aplicativos, que ditam as regras e as obrigações. Assim, depois de programadas as entregas, aqueles ficam impossibilitados de agirem livremente, pois são monitorados pelos aplicativos, situação jurídica denominada "subordinação por algoritmo", conforme explica ALOISI (2016):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> De forma semelhante à dos trabalhadores de depósito que utilizam sistemas automatizados de direção, os trabalhadores de plataforma são designados para a próxima tarefa pelos algoritmos do aplicativo, que também são projetados para medir a velocidade e a dedicação do trabalhador na realização das tarefas, incluindo o cálculo da pontuação e das avaliações que os clientes atribuem aos trabalhadores, Mas pontuações ou desempenho abaixo dos padrões do algoritmo podem levar à exclusão do trabalhador da plataforma e, portanto, ao "desligamento", facilitado pelo suposto status de autônomo desses trabalhadores.

Após tal programação, os trabalhadores precisam estar conectados e disponíveis para obedecer aos comandos e ordens enviadas pelos aplicativos. Essas ordens devem ser obedecidas e cumpridas, já que os trabalhadores recebem avaliações, quem podem ser positivas ou negativas conforme seu desempenho.

Apesar de restar bem evidenciada a tentativa dos empregadores de mascarar qualquer relação empregatícia, não há, pois, como descaracterizar o não reconhecimento de tal vínculo entre os entregadores *delivery* e as empresas de aplicativos, já que todos os requisitos legais foram demonstrados.

3.4 O tema na jurisprudência: um estudo de caso

Relativamente ao tema, já existem decisões tanto que reconhecem quanto que negam o vínculo empregatício entre os entregadores e as empresas de aplicativos de entrega. A maioria das jurisprudências ainda negam tal vínculo, ao argumento de que o requisito da subordinação não está presente na prestação dos serviços Todavia, já existem decisões reconhecendo tal relação, como a descrita na jurisprudência a seguir:

> RAPPI BRASIL. SERVIÇO DE ENTREGAS. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE OPERADORA DA PLATAFORMA E ENTREGADOR. Existe vínculo empregatício entre a operadora da plataforma virtual Rappi e os entregadores. Há pessoalidade, haja vista a necessidade da realização de cadastro pessoal e intransferível, não podendo o trabalhador substabelecer a execução do serviço (entrega) a outrem. Há onerosidade, porquanto a relação não se assenta na graciosidade, existindo entre as partes direitos e obrigações de cunho pecuniário. Não-eventualidade, há fixação jurídica do trabalhador perante a tomadora, com continuidade na prestação de serviços, o qual,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> por sua vez, é essencial ao desenvolvimento da atividade econômica vendida pela empresa (comércio e entrega de bens). Em relação à subordinação, na economia 4.0, "sob demanda", a subordinação se assenta na estruturação do algoritmo (meio telemático reconhecido como instrumento subordinante, consoante art. 6º, CLT), que sujeita o trabalhador à forma de execução do serviço, especificamente, no caso da Rappi, impondo o tempo de realização da entrega, o preço do serviço, a classificação do entregador, o que repercute na divisão dos pedidos entre os trabalhadores. Presentes os requisitos da relação jurídica empregatícia. Recurso autoral provido. (TRT-21000963332019502000 5 SP, Relator: FRANCISCO FERREIRA JORGE NETO, 14ª Turma – Cadeira 1, Data de Publicação: 05/03/2020)

O caso acima refere-se à pretensão de Tercio Dercule Raposo ao reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa do aplicativo, ação que foi distribuída para a 5ª Vara do Trabalho de São Paulo, cujo juízo julgou improcedentes os seus pedidos. Recorrendo a parte ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, os Magistrados da 14ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho reconheceram o vínculo empregatício, na ocupação de motociclista.

É necessário destacar a evidente finalidade da atividade empresarial: *serviço de entrega realizado por entregadores por meio das plataformas digitais*, pois, o aplicativo é apenas um instrumento para que se atinja tal finalidade. Na hipótese de um serviço exclusivamente digital, os entregadores teriam que realizar um cadastro com seus dados e, para a prestação dos serviços, era fornecido um cartão corporativo pré-pago de uso intransferível, além de ser necessário, para iniciar o aplicativo, que fosse enviado uma foto de próprio rosto.

Os entregadores, com isso, teriam que estar à disposição da empresa de segunda a sexta-feira, das 12:00 às 19:00, havendo a orientação de dias e horários para a prestação do serviço, e, caso a taxa de aceitação de pedidos fosse baixa, haveria punição com a redução de pontuação e o bloqueio de novos pedidos. Também haveria punição no caso de reclamação de clientes, não entrega de produtos, restando tais fatos demonstrados pelo então reclamante, evidenciado que ele não possuía plena autonomia para exercer livremente o seu trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ante a verificação de todos os elementos, ficou reconhecido o vínculo empregatício entre Tercio Dercule Raposo e a Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda.

4 Das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho do Estado de São Paulo – MPT/SP em face das empresas de aplicativos

Diante deste cenário de incertezas trabalhistas, o MPT/SP propôs ação civil pública (ACPCiv 1001058-88.2018.5.02.0008) em face dos aplicativos Loggi Tecnologia Ltda e L4B Logística LTDA., por entender que elas atuam com ilegalidade ao se omitirem sobre o vínculo de trabalho com os motoboys, que "os condutores profissionais são marionetes de um aplicativo" e que o desiquilíbrio no mercado promove *dumping social*166 sobre a empresas tradicionais, conforme a Lei Federal 12.529/2011, que estrutura a concorrência.

Em fevereiro de 2019, o MPT/SP propôs uma outra ação civil pública, agora contra o IFOOD, pelo mesmo motivo: burlar a relação de emprego. Os procuradores do trabalho pediram o reconhecimento do vínculo e uma indenização por dano moral coletivo.

Em resposta, as empresas asseveram que os condutores autônomos não são contratados por eles, mas aderem à plataforma voluntariamente. A empresa apenas presta serviços de intermediação digital para os condutores autônomos e, deles, recebe uma comissão, visto que cria um ambiente de negócio virtual para que os tomadores de serviços possam contratar diretamente aqueles para o transporte de pequenas cargas. Assevera que a mera intermediação de mão de obra é lícita e, portanto, o pleito de declaração de relação de emprego e abstenção de contratação de autônomo estará contrário a lei.

O MPT/SP reconhece que tais trabalhadores possuem todos os requisitos da relação de emprego, previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, e não podem ser contratados ou mantidos como autônomos, por meio de contratos de prestação de serviço, de parceria ou qualquer outra forma de contratação civil ou comercial. Além disso, a ausência do risco pela atividade empresarial face à desconsideração do vínculo empregatício acaba por gerar uma concorrência desleal em relação às demais empresas, o chamado *dumping social*.

166 *Dumping social* é uma prática dos empregadores para usar de mão de obra mais barata do que a normalmente disponível em seu local de produção.

5 O suposto *cooperativismo social* entre os empregados e as empresas de aplicativos

Com o grande crescimento do serviço de delivery, automaticamente surgem milhares de vagas de emprego para estes trabalhadores. Com a ilusão de se tornar "seu próprio patrão" e trabalhar no horário desejado, as empresas de aplicativos manipulam o real contexto já descrito neste artigo, utilizando novos termos do universo empreendedor, como "colaboradores e/ou autônomos independentes".

Quando os entregadores se auto titulam como "seus próprios patrões", se esquecem de que estão assumindo os riscos de um negócio que não os pertence, que não possuem livre iniciativa e, nem tampouco, o valor da sua hora trabalhada.

Na prática, tudo funciona do mesmo modo que qualquer trabalhador com vínculo empregatício. O entregador, ao ter a facilidade de se cadastrar no aplicativo e a flexibilidade de horários, se vê refém de tais plataformas, e, quando começam a receber punições por dispensarem entregas ou reclamações por parte dos clientes, percebem que não existe aquela liberdade que lhe foi prometida ao se cadastrar no serviço.

Não obstante se poder caracterizar os entregadores por aplicativos realmente como "colaboradores", pois eles integram a equipe de trabalho e ajudam as empresas a cumprirem as suas metas, percebe-se que tal termo não passa de uma manipulação de mercado, para simplesmente negar-lhe os direitos trabalhistas.

6 Considerações finais

No presente artigo, buscou-se demonstrar que o novo modelo de prestação de serviços por aplicativos, realizado pelos entregadores, deve ter o vínculo de emprego reconhecido. As entregas realizadas por estes entregadores tornaram-se cada dia mais presentes na vida das pessoas, atendendo a uma necessidade de mercado.

Muito embora as empresas sustentem a inexistência dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT para caracterização do vínculo empregatício, alegando que o entregador seria considerado autônomo, não há, por parte das plataformas digitais, capacitação que seja capaz de tornar o entregador completamente independente. Não é possível, pois, se romper com a estrutura dogmática do Direito Do Trabalho, que tem, como consequência, os conceitos clássicos dos elementos exigidos para reconhecimento do vínculo empregatício, a saber, a pessoalidade, a habitualidade, a onerosidade, a pessoalidade e ser realizado por pessoa física.

As tentativas de classificação desses entregadores como autônomos se resumem a uma tática fraudulenta para afastar o vínculo de emprego pois, a CLT estabelece que o trabalhador autônomo pode recusar realizar atividade demandada pelo contratante. Ao contrário, tal fenômeno não ocorre na hipótese do presente estudo, visto que está presente a subordinação dos entregadores às empresas de aplicativos, já que, ao se negarem a realizar qualquer entrega, podem sofrer diversas penalidades.

Há muita fragilidade em tal relação pelo não reconhecimento do vínculo empregatício, devendo-se destacar que se trata, inclusive, de um ofício com alto risco de acidentes, além da submissão a condições precárias de trabalho e ausência da garantia de recebimento de seus direitos trabalhistas.

Por fim, o que se espera é que o vínculo empregatício entre os entregadores e as empresas dos aplicativos seja reconhecido, fazendo com que os deveres previstos na legislação sejam cumpridos pelos empregadores. A CLT garante diversos direitos aos trabalhadores e deve recair sobre o Poder Judiciário a obrigação de reconhecer este vínculo e a decretação da nulidade de cláusulas contratuais que possam apresentar qualquer tipo de ameaça aos direitos trabalhistas consolidados.

Assim, apesar de ainda gerar resistência na jurisprudência trabalhista o reconhecimento de tal vínculo empregatício, já existem decisões a favor, como a descrita neste artigo, bem como está presente a atuação do Ministério Público do Trabalho, o que poderá se reverberar por todo o sistema do Direito do Trabalho.

7 Referências

ADVOCACIA, Soraia Mazarão. **Requisitos para a caracterização do vínculo de emprego**. Disponível em: https://soraiaometto.jusbrasil.com.br/artigos/2944863:32/requisitos-para-a-caracterizacao-do-vinculo-de-emprego#:~:text=Neste%20sentido%2C%20os%20requisitos%20para,inexiste%20a%20rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20emprego. Acesso em: 16 nov. 2020.

ALMEIDA, André Luiz Paes, **Direito do Trabalho**, São Paulo: Editora Rideel, 2014.

ALMEIDA, André Luiz Paes, **Direito do Trabalho**, 19ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

AMARO, Kezia. **Trabalho Intermitente e Trabalho Eventual: Quais as diferenças?** Disponível em: https://blog.tio.digital/trabalho-intermitente-e-trabalho-eventual/. Acesso em: 16 nov. 2020.

AMBITO JURÍDICO, **Trabalho autônomo**, Revista -51. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-51/trabalho-autonomo/. Acesso em: 16 nov. 2020.

BALBINOTI, Jonas Raul, **Direito Individual e Segurança do Trabalho para Vigilantes**. Curitiba: Editora Intersaberes, 2017.

BARROS, Alice Monteiro, **Curso de Direito do Trabalho**, 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora LTr., 2010.

BLOG G1. **TRT reconhece vínculo de emprego entre entregador e aplicativo em SP.** Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/03/11/trt-reconhece-vinculo-de-emprego-entre-entregador-e-aplicativo-em-sp.ghtml. Acesso em: 16 nov. 2020.

BLOG REVELO. **Descubra as novas formas de contratação de trabalho pós-Reforma.** Disponível em: https://blog.revelo.com.br/novas-formas-de-contratacao/. Acesso em:16 nov. 2020.

BLOG REVELO. **Formas de contratação: quais são os tipos de vínculos empregatícios.** Disponível em: https://blog.revelo.com.br/formas-de-contratacao-descubra-qual-e-a-sua/. Acesso em: 16 nov. 2020.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 9ª ed. São Paulo: Editora Ltr., 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Relação de trabalho e contrato de trabalho.** In: BARROS, Alice Monteiro de (coord.). Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá. São Paulo. Editora LTr,1994.v.I, p.259.

FINCATO; STURMER, **A Reforma Trabalhista Simplificada**, Porto Alegre: Editora EdiPUC-RS, 2019.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, **Manual do Direito do Trabalho**, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GLASENAPP, Ricardo Bernad, **Direito Trabalhista e Previdenciário**. Porto Alegre: Editora Pearson, 2016.

GLOBO.COM. **MPT-SP entra na Justiça contra aplicativos de entrega; órgão diz que empresas atuam na ilegalidade junto aos motoboys.** Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/06/27/mpt-sp-entra-na-justica-contra-aplicativos-de-entrega-orgao-diz-que-empresas-atuam-na-ilegalidade-junto-aos-motoboys.ghtml. Acesso em: 05 abr. 2021.

JR, CASAL MARCELLO. **Entregadores perdem maioria dos casos sobre vínculo empregatício com aplicativos.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-24/entregadores-perdem-maioria-casos-vinculo-aplicativos. Acesso em: 16 nov. 2020.

JUS BRASIL, **Existe vínculo empregatício entre entregadores e aplicativos?**. Disponível em: https://victoraureliolima.jusbrasil.com.br/artigos/739432289/existe-vinculo-empregaticio-entre-entregadores-e-aplicativos. Acesso em: 16 mar. 2021.

MARCONDES, Sérgio. **Empregador e Empregado. Conceitos, Diferenças, Caracterização.** Disponível em: https://gestaodesegurancaprivada.com.br/empregador-empregado-definicoes/. Acesso em: 16 nov. 2020.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Danilo. **Relação de Trabalho e Relação de Emprego: aprenda definitivamente!** Disponível em: https://segredosdeconcurso.com.br/relacao-de-trabalho-e-relacao-de-emprego/. Acesso em: 16 nov. 2020.

Neves, Simón. **Quem são os entregadores de aplicativo em São Paulo?.** Disponível em: https://www.esquerdadiario.com.br/Quem-sao-os-entregadores-de-aplicativo-em-Sao-Paulo#:~:text=S%C3%A3o%20jovens%2C%20negros%2C%20que%20moram,um%20sal%C3%A1rio%20m%C3%ADnimo%20por%20m%C3%AAs. Acesso em: 16 nov. 2020.

OTARÃO, Patrícia. **Série Reforma Trabalhista: A linha tênue entre o trabalhador autônomo e o empregado.** Disponível em: https://consultortrabalhista.com/colunistas/serie-reforma-trabalhista-a-linha-tenue-entre-o-trabalhador-autonomo-e-o-empregado/. Acesso em: 16 nov. 2020.

PIPEK; DUTRA; MAGANO, **Reforma Trabalhista.** São Paulo: Blucher, 2017.

PRAZERES, Irley Aparecida Correia, **Manual do Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Rideel, 2018.

SITE TERRA. **3,8 milhões de brasileiros têm nos apps a sua principal fonte de renda.** Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/38-milhoes-de-brasileiros-tem-nos-apps-a-sua-principal-fonte-de-renda,c8ae00da707a5207d44ded99d45bebaes6txraw8.html. Acesso em: 06 abr. 2021.

TRT-2:1000963-33.2019.5.02.0005 SP. Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo. Relator Francisco Ferreira Jorge Neto. Publicação 05/03/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: https://trt-2.jusbrasil.com.br /jurisprudencia/ 818320543/ 10009633320195020005-sp/inteiro-teor-818320580. Acesso em: 16 mar. 2021.

STATIC.PODER. **Ação Civil Pública Cível ACPCiv 1001058-88.2018.5.02.0008**. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/12/f9267d679dbb3c2969a6a94d921954.pdf. Acesso em: 06 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS E PARTIDOS POLÍTICOS

CAMILA GABRIELE GONÇALVES DOS SANTOS: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário UNA.

TALLES FELIPE VIANA JARDIM

(coautor)

RESUMO: Este presente artigo tem por objetivo central analisar as imunidades tributárias que estão previstas na Constituição Federal, com enfoque nos partidos político e templos de qualquer culto. Com a finalidade de demonstrar se por meio desta imunidade gera contribuição efetiva para ocultação de capitais ilícitos assim como, o desvio de finalidade da imunidade tributária, onde nasce um mecanismo de apoio para a corrupção. Analisando a constitucionalidade e legalidade, bem como o impacto social e econômico. A imunidade tributária é uma limitação ao poder de tributar, possui a finalidade de proteger direitos sociais e fundamentais. Dentre estes direitos protegidos estão a liberdade religiosa e de expressão assim como, o acesso à cultura e democracia política. Segundo a doutrina esta imunidade compreende toda a movimentação financeira, patrimônio e serviços, desde que os beneficiados estejam cumprindo suas funções essenciais, que são determinantes para que ocorra a efetiva imunidade. A pesquisa possibilitou a compreensão que o desvio de finalidade ocorre e interfere diretamente nos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, causando forte impacto econômico e social, indo contra o dispositivo constitucional da norma imunizadora. O artigo é uma pesquisa exploratória bibliográfica e documental, utilizando como fonte de pesquisa a Constituição Federal, doutrina, leis, jurisprudências, artigos científicos, dados disponibilizados por órgãos governamentais e projetos de leis.

Palavras-chave: Desvio de finalidade. Imunidade tributária. Partidos políticos. Templos religiosos.

ABSTRACT: *The main objective of this article is to analyze the tax immunities provided for in the Federal Constitution, with a focus on political parties and temples of any cult. In order to demonstrate whether through this immunity it generates an effective contribution to conceal illicit capital as well as the deviation from the purpose of tax immunity, where a support mechanism for corruption is born. Analyzing constitutionality and legality, as well as social and economic impact. Tax immunity is a limitation on the power to tax, it has the purpose of*

protecting social and fundamental rights. Among these protected rights are freedom of religion and expression as well as access to culture and political democracy. According to the doctrine, this immunity includes all financial transactions, assets and services, as long as the beneficiaries are fulfilling their essential functions, which are decisive for the effective immunity to occur. The research made it possible to understand that the deviation in purpose occurs and directly interferes with the fundamental rights enshrined in the Federal Constitution, causing a strong economic and social impact. The article is an exploratory bibliographic and documentary research, using the Federal Constitution, doctrine, laws, jurisprudence, scientific articles, data made available by government agencies and bills as a source of research.

Key-words: *Misuse of purpose. Tax immunity. Political parties. Religious temples.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar as imunidades tributárias em face da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional, considerando a sua relação com a ocultação de capitais ilícitos, uma vez que entidades imunes se aproveitam dessa garantia constitucional, num verdadeiro desvio de finalidade do instituto. Consequência disso, é que o Estado sofre prejuízo na arrecadação e, naturalmente, na manutenção dos cofres públicos. Além disso, há também impacto fático acerca da efetivação dos princípios e garantias fundamentais, no contexto econômico e social.

Para iniciar o tema é necessário abordar sob a perspectiva da Constituição Federal, analisando sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo, que é uma nova leitura do Constitucionalismo: uma modalidade atual, que estabelece uma aplicação mais livre das Constituições, com decisões estatais baseadas em princípios gerais de direito, ao invés de baseadas apenas em normas do tipo regra, que não se enquadram no dinamismo social, Lenza, (2012)167.

A Constituição Federal tem um importante papel no desenvolvimento social e também na vida dos brasileiros. É através dela que são garantidos direitos à humanidade, liberdade, igualdade, entre outros que são importantes para que haja o mínimo de dignidade no viver das pessoas, bem como as limitações constitucionais ao poder de tributar pois, a maioria das normas imunizadoras são contempladas na Constituição e decorrem dos princípios e garantias constitucionais, que, possuem carga axiológica e são vocacionados a limitar tal poder.

167 LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed., 2012 p.58.

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição é uma nomenclatura utilizada com diversos significados que possuem em comum estarem atrelados a um mesmo fim: o de forma de ser algo ou alguma coisa, de onde se parte a criação de qualquer coisa, sendo a Constituição Federal um documento de objetivo político, para estruturar e organizar um Estado e consolidar direitos e garantias aos cidadãos, como forma de tornar mais organizado o convívio social, Silva (2013)168.

É notório que o Estado necessita de recursos financeiros para que consiga cumprir com estas garantias constitucionais. Neste sentido, nasce a captação de recursos financeiros a fim de manter sua estrutura e disponibilizar aos cidadãos os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas. A cobrança de tributos é a principal fonte das receitas públicas, ao mesmo tempo a não cobrança de tributos e sua ocultação, prejudicam a manutenção da máquina pública.

Para a doutrina entende-se, que o Direito Tributário comporta o conjunto de normas que regulam o comportamento das pessoas de direcionar dinheiro aos cofres públicos, é a representação positivada da ciência jurídica que envolve as normas e princípios jurídicos.

Dentre as diversas normas contidas na Constituição da República do Brasil (CR/88), estão a imunidade tributária, e neste sentido, para fins deste artigo á analise é feita sobre o impacto desta imunidade nos partidos políticos e templos religiosos. Observando-o como esta imunidade, gera um mecanismo de apoio para a ocultação de capitais ilícitos, facilitando a corrupção. Outrossim, é inegável que o ato de exigir das pessoas o pagamento de tributos é algo que interfere em suas liberdades e garantias individuais, ou seja, tema de grande relevância constitucional.

O tributarista Eduardo Sabbag (2020), reforça que a necessidade de uma positivação de regras que possam certificar o tão relevante desiderato de percepção de recursos se dá principalmente pelo, art. 3° da Constituição Federal, que é voltado ao atingimento dos objetivos fundamentais, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia da erradicação da pobreza e marginalização, assim como o desenvolvimento social e a promoção do bem-estar da coletividade.

A imunidade tributária é garantida pela Constituição Federal em seu artigo 150, trata-se de uma garantia constitucional assegurada ao contribuinte que nenhuma lei possui legalidade para alterar. Desta forma, a imunidade para tributos representa uma delimitação negativa da competência tributária. Nesse passo, podemos afirmar que a

168 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. 2013, p. 39-40.

norma imunitária se mostra como um sinalizador de "incompetência tributária".

Sobre a hipótese, de que será que existe relação entre capitais ilícitos e as imunidades tributárias? Conseguimos enxergar a necessidade de abordar assunto proposto. Ao determinar que partidos políticos e templos de qualquer culto estão no rol de imunidades tributárias dentre os demais, tais entidades e partidos, podem utilizar como mecanismo de desvio de finalidade? Será que isto pode e colabora para corrupção, gerando a enorme crise financeira dos cofres públicos?

Fato é que, a tributação é instrumento de manutenção da máquina pública fundamental para o desenvolvimento da economia de um Estado Soberano, ao gerar imunidade tributária pode facilitar ocultação de capitais ilícitos, por meio do desvio de finalidade, relacionando-se com as consequências fáticas de uma corrupção sistêmica. O que está interligado com a crise dos cofres públicos, que gera inúmeros obstáculos para que o Estado cumpra de forma esperada com os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal, interferindo no direito à vida digna, à saúde, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade.

Evidencia-se que, conforme Sabbag (2020)169, a partir da imunidade destacamos uma natureza dupla, de um lado a norma constitucional que demarca a competência tributária e por outro lado o objetivo geral deste trabalho que é o impacto ao direito público subjetivo das pessoas que, direta ou indiretamente, usufruem os seus benefícios, à luz do aspecto substancial ou material da norma.

Nessa perspectiva, abordaremos em tópicos separados e seguintes as reflexões teóricas acerca do tema em questão, diferenciação entre imunidade e isenção tributária que são temas que costumam causar bastante confusão, a imunidade religiosa, a imunidade sobre os partidos políticos para assim, conseguir demonstrar se realmente há ou não uma relação entre estes institutos e a ocultação de capitais ilícitos gerando o desvio da finalidade da norma tributária de imunidade.

A metodologia desta pesquisa consiste em revisão bibliográfica, incluindo doutrinas, leis, estudo da Constituição Federal, artigos publicados sobre o tema desta forma, utilizaremos do método qualitativo de pesquisa, pois serão apresentadas percepções e análises.

2. AS IMUNIDADES

169 SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 12° edição ed. p.309-310.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.1 Reflexões teóricas

As imunidades tributárias segundo o seu doutrinador clássico, Aliomar Baleeiro, são limitações constitucionais ao poder de tributar, sendo uma regra de exceção e delimitação de competência, ou seja, é uma norma que estabelece à incompetência. Neste sentido, o direito a esta imunidade é uma garantia constitucional prevista no artigo 150 da Constituição Federal, que nenhuma lei pode anular. Ocorrendo alguma lei ordinária que gere conflitos e as desafiam esta será declarada inconstitucional.

As limitações ao poder de tributar é o resultado de estudo e junção dos princípios constitucionais tributários e as imunidades tributárias. Os princípios e as imunidades possuem o mesmo efeito que é gerar a limitação do poder de tributar, porém, devemos observar suas diferenças uma vez que, princípios são normas e diretrizes gerais, que não estabelecem a incompetência tributária. No que tange as imunidades, são normas direcionadas à fatos certos, amplamente determinadas na Constituição, são proibições de tributar expressas, criam direitos em favor das pessoas imunes, de forma juridicamente qualificada.

Muito se discute na doutrina a classificação dos princípios tributários e das imunidades tributárias, sendo classificados de formas distintas. Neste estudo, adotamos a doutrina majoritária na qual os princípios tributários, pressupõem a existência de competência, enquanto as imunidades pressupõem a inexistência dessa mesma competência e destacamos os que são autenticas limitações ao poder de tributar. "Ilustrativamente, os princípios tributários assemelham-se a duas faces de uma mesma moeda, sob o ponto de vista do fisco, são as limitações ao poder de tributar, e do outro lado o contribuinte que constitui como direitos e garantias fundamentais, oponíveis ao Estado inclusive pela via judicial"170.

Para o doutrinador, Pichialini 2018171, as imunidades devem ser compreendidas como mecanismos de incentivo a certas instituições sempre representadas por seus valores essenciais que são distribuídas pelo texto constitucional. Embora ocorra a definição de vários conceitos elaborados pela doutrina destacam-se entre todas as seguintes concepções: a ausência do poder de tributar, supressão constitucional ao poder de tributar, vedação constitucional ao poder de tributar, ausência de competência tributária, exoneração de tributos fixada constitucionalmente.

170 BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao poder de tributar. 2010. p.311.

171 PICHILIANI, Mauricio Carlos. Manual de Direito Tributário, 2018, P.95-96.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Já Sabbag (2020), buscou conceituar de forma que encaixe melhor à doutrina de modo geral e definiu como:

> A norma constitucional de exoneração tributária, que, justificada no conjunto de caros valores proclamados na Carta Magna, inibe negativamente atribuição de competência impositiva e credita ao beneficiário o direito público subjetivo de "não incomodação" perante o ente tributante.172

A tributação somente se justifica no interesse da coletividade ou sociedade, neste sentido, mesmo diante conceitos distintos não importa qual foi formulado por determinada doutrina, a característica predominante é uma vedação à exigência de determinados tributos a fim de proteger direitos fundamentais, Pichialini (2018), ressalta que ao ser classificada como uma vedação constitucional, a imunidade atua como norma protetiva e ao mesmo tempo negativa. A norma imunitória se mostra como uma determinação de incompetência tributária, que é a opinião dos doutrinadores.

2.2 A imunidade e a isenção tributária

Antes de iniciar as imunidades em si, é importante diferenciá-la da isenção tributária são institutos onde é comum a aproximação e mistura de seus conceitos, porém, não se confundem, é necessário distinguir as principais diferenças entre elas. Imunidade distingue-se da isenção pois, esta se dá no plano infraconstitucional da lei ordinária ou complementar, já a imunidade é regra constitucional expressa que nenhuma lei pode alterar.

Nota-se que, a imunidade é instituto constitucional, enquanto a norma imunizante revela uma dispensa constitucional de tributo, a regra isentiva indica uma dispensa legal, no campo da tributação. Neste sentido, Sabbag (2020), afirma que a imunidade é uma forma de não incidência constitucionalmente qualificada, enquanto a isenção trata-se de uma possibilidade normativa de dispensa legalmente qualificada.

A imunidade e a isenção jamais serão totais ou coincidentes, ocorrem diferenças substanciais, Baleeiro (2010), define que no primeiro caso, com a norma atributiva de poder tributário, no segundo, com o âmbito de incidência do tributo.

3. IMUNIDADE DOS TEMPLOS RELIGIOSOS

172 SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 12° edição ed. 2020, p.311.

Sabemos que o Estado é laico pois, não possui uma religião oficial, porém, isto não quer dizer que ele não assegure e incentive o direito à liberdade religiosa, a própria Constituição Federal em seu preâmbulo proclama que ela invoca a proteção de Deus, a fim de organizar seu regime democrático, representativo.

Nota-se que com esta proclamação reconhece os valores espirituais e naturalmente buscou protegê-los, Baleeiro (2010), define que a escolha do regime democrático não traduz apenas uma orientação política e jurídica, mas também ética e filosófica, de forma a assegurar o desenvolvimento harmonioso material e moral da sociedade para o bem comum.

A laicidade é um modo de impedir que haja interferência de qualquer entidade religiosa diretamente nos assuntos de Estado, por este instituto havendo privilégio como é o caso da imunidade tributária, todos os templos devem dele usufruir.

Sabbag (2020), frisa que a laicidade não se mostra como um comando definitivo, incidindo em termos absolutos como se fosse uma "regra", deve ser analisada e efetivada diante o caso concreto, respeitando os limites fáticos e jurídicos, levando-se em conta a ponderação de princípios constitucionais. Neste sentido, existem as ações legítimas estatais que dão suporte à religião, onde o Estado se encontra no limite de sua neutralidade, como por exemplo, a permissão de feriados nacionais religiosos.

Historicamente a imunidade tributária teve início com a Constituição de 1891, foi estabelecido a impossibilidade dos estados e da união subvencionar o exercício de cultos religiosos. Este marco foi primordial para a implantação das imunidades dentro dos subsequentes sistemas constitucionais brasileiros. Medeiros 2020173, relembra que até a proclamação da república, havia a adoção da religião oficial do império que era o catolicismo, ao final do império com a proclamação da república na data de 15 de novembro de 1889, o Brasil adotou a primeira postura laica e estabeleceu expressamente que a imunidade tributária seria direito assegurado aos cultos religiosos, considerando a miscigenação cultural e religiosa da população quando da sua edição.

Quanto a imunidade dos templos religiosos, está ligada ao fato que as religiões foram consagradas como um direito fundamental da pessoa, onde afasta dos templos os impostos. Sabbag (2020), frisa que o elemento teológico que justifica a norma em

173 Medeiros, Federico Batista (2020). Âmbito jurídico. Imunidade Tributária Dos Templos de Qualquer Culto Contornos e Abrangência. https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/imunidade-tributaria-dos-templos-de-qualquer-culto-contornos-e-abrangencia/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

comento atrela-se à liberdade de consciência e de crença religiosa, e que a postura de sua neutralidade ou não identificação do Estado como qualquer religião, relaciona-se ao artigo 19, I CF/88, segue a íntegra dos artigos fundamentais balizadores da imunidade previstos no art.5°, VI ao VIII da Constituição Federal174:

> 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:
>
> 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;
>
> VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;
>
> VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (Constituição Federal/88).

É nesse contexto que está firmada a regra imunitória constante na Constituição Federal, em seu artigo 150, VI, "b":

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> VI - Instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
>
> b) templos de qualquer culto; (Constituição Federal/88).

Ao interpretar o artigo mencionado, é notório que a imunidade prevista é sobre os impostos, Sabbag (2020), reforça que a mesma imunidade não se aplica aos demais tributos, como as taxas, à taxa de contribuição e melhoria, as contribuições sociais ou

174 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

parafiscais e aos empréstimos compulsórios. Como por exemplo, a cobrança de taxa na coleta seletiva do lixo.

Para compreender o alcance desta imunidade é necessário discorrer sobre o conceito de templos de qualquer culto, o conceito de culto é pacificado na doutrina que para ser protegido pela Constituição deve prestigiar a fé e os valores transcendentais que a circulam, não pode colocar em risco os outros direitos fundamentais consagrados como a dignidade das pessoas e igualdade entre elas, assim como todos os pilares do Estado, sob pena de não reconhecer a qualidade de imune, Sabbag (2020). Portanto, não se protegem seitas com inspirações atípicas, cultos que promovem a violência, o racismo e sacrifícios humanos.

De forma a conceituar de modo geral o culto, Sabbag (2020), criou breve incursão: "Seria possível afirmar que o culto é a manifestação religiosa cuja liturgia adstringe-se a valores consoantes com o arcabouço valorativo que se estipula, programática e teologicamente, no texto constitucional"175.

Referente ao conceito de templo contempla larga amplitude sistêmica pela doutrina. Em primeiro momento vale destacar que, a imunidade não é apenas sobre o templo no que tange a sua estrutura física e sim em tudo o que engloba a atividade religiosa visando sua finalidade específica para qual foi criada.

Baleeiro (2010), explica que o templo não deve ser apenas a igreja, ou o edifício principal onde celebra a cerimônia de forma pública, deve estender-se aos anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência do pároco ou pastor, sempre observando se não há emprego para fins econômicos.

Pelos estudos doutrinários de Sabbag (2020), podemos dizer que existem três correntes acerca do conceito de templo, que são a teoria Clássico-restritiva onde conceitua como o local destinado à celebração do culto. Depois a teoria Clássico-liberal, conceitua o templo como tudo aquilo que, direta ou indiretamente viabiliza o culto. Por último e mais apropriada e utilizada é a teoria Moderna, com o conceito de templo como entidade, nesta acepção são instituição, organização ou associação, mantedoras do templo religioso, independentemente das coisas e pessoas objetivamente consideradas, ocorrendo certo desprendimento das estruturas, a fim de propor justiça fiscal ao caso em concreto tendo alcance além do templo religioso.

O doutrinador clássico das imunidades Aliomar Baleeiro, defende que para alcançar os efeitos esperados de preservação, proteção e estímulo, inspirados pelo

175 SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário, 12° ed.,2020. p.366

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

constituinte ao gerar a norma imunizante deve abranger os impostos. Pelo motivo que, seu efeito econômico pode desfalcar o patrimônio o que diminuirá a eficácia dos serviços e aplicação das rendas aos objetivos específicos dessas entidades prejudicando o desenvolvimento social e os direitos da personalidade, sob as inspirações dos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Com isto, geraria interferência negativa ao cunho de proteção e promoção dos valores e direitos fundamentais tutelados pela Constituição.

4. IMUNIDADE SOBRE OS PARTIDOS POLÍTICOS

A República Federativa do Brasil de acordo com sua Constituição Federal é formada como Estado Democrático de Direito composto pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, onde preza pela autonomia entre os entes federativos. Objetiva assegurar O Estado Democrático de Direito assim como, a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a justiça. Baleeiro (2010), destaca que o Direito Tributário atrelado as limitações constitucionais ao poder de tributar é instrumento de política social, atenuadora das grandes diferenças econômicas ocorrentes entre pessoas, grupos e regiões, utilizado para efetivar os preceitos fundadores da Carta Magna brasileira.

Neste sentido, ao criar normas imunizantes para determinados entes mesmo tendo capacidade contributiva, como é o caso dos partidos políticos, o fundamento normativo é proteger valores fundamentais éticos, políticos, religiosos e educacionais. No caso dos partidos políticos julga-se necessário para que todos consigam representatividade no cenário político brasileiro.

Assim, o elemento teleológico que fundamenta tal imunidade é a liberdade política, Sabbag (2020), destaca que o partido político é criatura constitucional que dá sustentação e autenticidade ao regime democrático e ao liberalismo, resguardando assim, o pluralismo político. Com vista à divulgação da ideologia partidária estes partidos políticos criam suas fundações, com efeito, é notório nos termos da Constituição Federal que os efeitos protetivos do preceito imunitório alcançarão naturalmente as fundações, assim como, as associações sindicais dos trabalhadores.

Necessário se faz tecer considerações sobre os partidos políticos, existem no Brasil desde o século XIX, cada partido levanta sua bandeira social de luta pelos direitos da sociedade e trabalhadores. São classificados pelo Código Civil em seu artigo 44, v, como pessoa jurídica de direito privado. Novais 2018176, ressalta que a incidência de impostos prejudica a autonomia dos partidos políticos e que poderiam

176 Novais Rafael. Direito tributário facilitado,2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ser utilizados como mecanismo indireto dos partidos de situação para pressionar os partidos de oposição, e dessa forma ocorreria prejuízo da democracia.

Assegurando a importância dos partidos políticos a imunidade destes está presente desde a Carta Magna de 1946 e se manteve nos textos constitucionais que a sucederam. Atualmente se mantém vigente e descrita no artigo 150, VI, c, da Constituição Federal, onde estabelece que é vedado aos entes federativos instituir impostos sobre os partidos políticos e suas fundações, assim como das entidades sindicais dos trabalhadores, desde que atendidos os requisitos em lei:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre:
>
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
>
> b) templos de qualquer culto;
>
> c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

O parâmetro constitucional utilizado para conceder a imunidade dos partidos políticos é uma forma de prestigiar o elemento democrático e republicano do pluripartidarismo, elencado ao nível constitucional (arts. 1° V, e 17 da CF). Nesse contexto, para fruir a imunidade tributária sobre seu patrimônio, rendas e serviços, os partidos políticos e suas fundações devem respeitar objetivos específicos do artigo 17 da Constituição Federal:

> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:
>
> I - Caráter nacional;
>
> II - Proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;
>
> III - Prestação de contas à Justiça Eleitoral;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

IV - Funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

É possível abstrair perante ao artigo supra escrito, que o partido político deverá obter o registro no Tribunal Superior Eleitoral nessa medida, os partidos clandestinos, estrangeiros, e com ideologias contrárias ao Estado Democrático de Direito, por exemplo, os neonazistas não estão contemplados pelo amparo legal definidor da imunidade tributária. Logo, para gozar desta desoneração deve seguir os requisitos específicos previstos na Constituição Federal pois, esta imunidade liga-se ao fato que a sociedade deve exercitar sua cidadania e a finalidade dos partidos políticos é garantir a efetivação da democracia.

Nessa trilha, a concessão dessa imunidade deve respeitar os requisitos previstos em lei, e essa lei deve ser complementar de acordo com o art.146, II da Constituição Federal, o papel de lei complementar neste caso, é exercido pelo Código Tributário Nacional177, onde estabelece em seu artigo 14, requisitos para a sua concessão:

> **Art. 14.** O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:
>
> **I** – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)
>
> **I** – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)
>
> **II** - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;
>
> **III** - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.
>
> **III** - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.

177 Código Tributário Nacional de 1966.

> **§ 1º** Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.
>
> **§ 2º** Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

Diante dos requisitos mencionados, é verificado que os partidos políticos não podem ter a finalidade lucrativa buscando assim, assegurar que não ocorra desvio de finalidade. Como referido, no art. 14 do Código Tributário Nacional, nota-se que também determina no seu parágrafo primeiro, que a ausência de quaisquer desses requisitos autoriza a autoridade administrativa suspender a aplicação do benefício da imunidade.

Novais (2018), elenca importantes observações onde esclarece que, apesar de ser proibido a sua finalidade lucrativa os partidos podem e dever obter lucro. Acontece que, este lucro deve ser revestido para ampliar suas atividades e manter sua finalidade que lhe concede a imunidade. Da mesma forma, deve ocorrer a remuneração de seus diretores e profissionais. Além disso, o dever do contribuinte referente a formalidade das obrigações acessórias de certidões, livros e escriturações, por exemplo, permanecem conforme art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

5. DESVIO DE FINALIDADE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

5.1 Aspectos da Finalidade da Imunidade Tributária

A cobrança de tributos se mostra como a principal fonte de receitas públicas, deve ser vista como instrumento da sociedade pois, o Direito Tributário é o conjunto de normas que regulam o comportamento das pessoas de enviar dinheiros para os cofres públicos. Segundo Sabbag "O Estado necessita, em sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura, disponibilizando ao cidadão-contribuinte os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas"178.

Necessário se faz tecer considerações sobre o entendimento pacífico na doutrina, onde declara que o poder de tributar tem por finalidade a defesa do cidadão

178 SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário, 12° ed.,2020. p.39

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e do contribuinte contra os abusos do Estado. Glasenapp179 ressalta que, a arrecadação de tributos tem como objetivo principal garantir a receita necessária para o Estado pagar as despesas da Administração Pública, para que consiga manter os serviços públicos prestados à sociedade assim como, garantir a execução dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como a vida digna, saúde e educação.

Vale ressaltar a finalidade da imunidade tributária dos templos religiosos e partidos políticos, utilizando das palavras de Baleeiro (2010), "Podemos concluir que a imunidade dessas atividades tem como *ratio essendi* a atuação espiritual-religiosa, político-partidária"180. A imunidade para alcançar os efeitos de preservação, proteção e estímulo, que foram apontados como fundamentos do constituinte para conceder a norma imunizante, ainda segundo Baleeiro, deve abranger os impostos que, por seus efeitos econômicos, atrelados as suas circunstâncias, desfalcariam o patrimônio, diminuiriam a eficácia dos serviços ou ainda a integral aplicação das rendas para cumprir os objetivos específicos dessas entidades, observados os requisitos da lei.

Sobre as entidades terem que seguir os requisitos da lei para alcançar a imunidade, conforme estabelecido no art.150, VI, c, da Constituição Federal, e art.14 do Código Tributário Nacional que confere operatividade á alínea, c, mencionada. Nota-se a preocupação para que não ocorra desvio da finalidade, por meio de fraudes e simulações, favorecendo atividades com interesses econômicos privados. Baleeiro (2010), destaca que, deve exigir dos partidos políticos e entidades religiosas que se constituam na forma da lei civil, e que seus estatutos estejam adequados dentro do necessário para o desempenho das atividades essenciais, que gozam da imunidade.

5.2 Desvio da Finalidade

O constituinte sabedor que podem ocorrem desvios perpetrados na seara tributária e que não são adequadamente sancionados pela via administrativa, optou por fazer uso do Direito Penal, sendo em todo caso a medida mais drástica de intervenção do Estado na esfera de direitos do cidadão é exatamente daí segundo Lima 2018181 que surge a tipificação dos crimes contra a ordem tributária com o objetivo de resguardar a ordem tributária e equilíbrio social.

O crime recorrente praticado pelos partidos políticos e templos religiosos, que comprova de maneira clara o desvio da finalidade dos mesmos, é a famosa lavagem

179 GLASENAPP, Bernd Ricardo/ organizador. Direito tributário, 2016.

180 BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 2010, p.502.

181 LIMA, de Brasileiro Renato. Legislação Criminal Especial Comentada. 06° ed.,2018 p.47.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de dinheiro e enriquecimento ilícito. A lei 9.613/98 estabelece a lavagem de dinheiro em seu artigo 1° como "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal"182.

Vários são os escândalos veiculados pela impressa, sobre as condutas dos dirigentes dos templos religiosos e partidos políticos. Quando ocorre o desvio de finalidade comprovado pelos partidos políticos e templos religiosos assim como, enriquecimento ilícito, favorecimento indevido e confusão patrimonial o benefício das imunidades deve ser revogado para estas entidades de imediato.

O instituto criado contra o abuso de poder do Estado é o mesmo que prejudica valores fundamentais constitucionais, a manutenção da máquina pública, o que era para beneficiar o cidadão-contribuinte acaba agravando a situação econômica-social. Com efeito, é clara a necessidade do Estado em criar instrumentos efetivos de fiscalização dos partidos políticos e entidades religiosas pois, mesmo utilizando do Direito Penal para coibir a prática destes atos os mesmos não são penalizados na prática.

5.3 Aspectos Sociais e Econômicos da Imunidade Tributária

A imunidade conforme demonstrado, ao ser instituída preservou valores fundamentais da Constituição Federal como garantir a democracia e a liberdade religiosa. Fato é que ninguém gosta de pagar tributos, principalmente pela falta de contraprestação de serviços públicos de qualidade para o contribuinte, esse fato é agravado quando a sociedade percebe as riquezas exorbitantes de líderes religiosos e partidos políticos. O mesmo sistema tributário que é enxergado pela sociedade como abusivo, com alíquotas excessivas é o sistema que permite a não incidência de impostos para grandes entidades políticas e religiosas que possuem alta capacidade contributiva, afetando à estrutura social e econômica do país.

Nesse sentido, liga-se o artigo 3° da Constituição Federal, como objetivo fundamental do Estado, que é construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais.

182 BRASIL, 03 de maço de 1998. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim como, o parágrafo 1° da Constituição que estabelece como seu fundamento, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

Seu aspecto social é de extrema relevância e deve ser cuidadosamente observado, Scaff:

> Interpretar a norma jurídica da Imunidade Tributária de forma apartada de seu contexto social será esvaziá-la completamente. Não será implementar o Direito, mas apenas fazer um exercício de direito positivo - que poderá ser bem ou mal feito. E aí nada será acrescido à sociedade, mas apenas a uns poucos contrafatores normativos. 183

Nota-se que, a imunidade tributária possui funções que a própria Constituição Federal Consagrou e o Código Tributário Nacional exerce a função de lei complementar para regular. A partir do momento que os critérios e fundamentos de sua criação estão sendo utilizados para praticar atividades com finalidades distintas das que são protegidas pela norma imunizante, devemos estudar e repensar o instituto para que na prática seja alcançado a finalidade da mesma, no que diz respeito à estrutura social e econômica do país.

Apesar de serem institutos distintos, e o Direito Tributário é autônomo em relação ao Direito Financeiro. Diante o que foi abordado ao longo deste capítulo, mostra-se extremamente necessário que o Direito Financeiro esteja em harmonia com o Direito Tributário pois, o primeiro é o estudo da destinação das verbas, enquanto o segundo é o ramo da ciência que estuda a instituição arrecadação, fiscalização e extinção dos tributos184.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As imunidades tributárias possuem carga axiológica constitucional, os princípios fundadores do seu instituto estão previstos como direitos fundamentais da sociedade como um todo. Com efeito, esse tema envolve á toda população de maneira direita e indireta, o Estado Democrático de Direito, a organização geral do Estado e principalmente a arrecadação de receitas públicas.

183 SCAFF, Fernando Facury. Cidadania e Imunidade tributária. Disponível: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21047-21048-1-PB.pdf 28.04.2003. p.5.

184 MESSA, Ana Flávia. Direito Tributário e Financeiro. 7ed. São Paulo Rideel. p. 79-80.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estudando os motivos que o constituinte considerou para conceder a imunidade tributária aos partidos políticos e templos religiosos, notamos que a compreensão das imunidades tributárias somente é possível ao entender a sua finalidade, junto ao seu contexto histórico e evolução.

Ressalta-se que, para fazer jus a imunidade a atividade dessas entidades devem ser exclusivamente relacionadas a sua finalidade específica, que neste caso é a atuação espiritual-religiosa e político-partidária, dentro dos requisitos acima abordados.

Diante aos inúmeros escândalos relacionados as riquezas exorbitantes de líderes religiosos e partidos políticos, enriquecimento ilícito, favorecimento indevido, e confusão patrimonial, abordados no capítulo 5, acreditamos que muitas entidades são criadas já com a intenção de sonegar impostos e conseguir efetuar lavagem de dinheiro realizando assim, atividades distintas de suas finalidades.

Neste ponto, o prejuízo para manutenção da máquina pública é enorme gerando obstáculos para que o Estado consiga prover as necessidades e direitos fundamentais da sociedade, previsto em sua Constituição Federal, interferindo no direito à vida digna, à saúde, à liberdade, à igualdade, à segurança e propriedade.

Sobre a hipótese, de que será que existe relação entre capitais ilícitos e as imunidades tributárias, levantada na introdução desse artigo, se comprovou durante os estudos, quanto ao questionamento se as imunidades seriam utilizadas como mecanismo de desvio de finalidade, também se comprovou ao longo da pesquisa e ainda ficou demostrado que isto pode e colabora com a corrupção, elevando a enorme crise financeira dos cofres públicos.

Com tudo, nossos objetivos gerais e específicos de abordar as imunidades tributárias com base na Constituição Federal e Código Tributário Nacional, analisando a constitucionalidade e legalidade, bem como o impacto social e econômico, do desvio de finalidade, foram alcançados.

Por fim, concluímos que a abordagem efetuada neste artigo não se esgota com o mesmo. É necessário a realização de outras pesquisas para exploração do tema, unindo vários ramos do direito como, Direito Financeiro, Direito Econômico, Direito Penal Tributário, Direito Administrativo, Direito Constitucional e o Direito Tributário. Com o propósito de gerar reais soluções para coibir o desvio de finalidade das imunidades tributárias e reduzir seus efeitos impactantes no Estado e Sociedade pois, diante a complexibilidade e importância do tema deve é necessário disciplinar as imunidades com extremo cuidado, analisando seu contexto fático-jurídica, levando-se em conta a ponderação de princípios constitucionais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

7. REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 8° ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 25 de agosto de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em:

20 de agosto de 2020.

BRASIL. **LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERREIRA, Juliana Silvério. **A imunidade tributária e sua aplicação no Código Tributário Nacional.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11119/A-imunidade-tributaria-e-sua-aplicacao-no-Codigo-Tributario-Nacional >. Acesso em 15 de agosto de 2020.

GLASENAPP, Bernd Ricardo/ organizador. **Direito tributário** – São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2016.

HAIDAR, Raul. **Partidos políticos não merecem imunidade tributária.** Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2014-mai-19/justica-tributaria-partidos-politicos-nao-merecem-imunidade-tributaria > Acesso em 04 de outubro de 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, de Brasileiro Renato. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 06° ed. editora Jus Podivim,2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo.** Disponível em:

<https://bit.ly/2JautGZ>. Acesso em: 26 de setembro de 2020.

MEDEIROS, Batista dos Santos Frederico. **Imunidade Tributária Dos Templos de Qualquer Culto Contornos e Abrangência.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/imunidade-tributaria-dos-templos-de-qualquer-culto-contornos-e-abrangencia/> Acesso no dia 27 de novembro de 2020.

MESSA, Ana Flávia. **Direito Tributário e Financeiro**. 7ed. São Paulo Rideel.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Descomplicado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Rafael. **Direito Tributário Facilitado**. 3. Ed. rev., atual e ampl, - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PICHILIANI, Mauricio Carlos. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Rideel, 2018.

QUEIROGA, Gabriel Fernandes Caldeira. **A corrupção sistêmica no Direito Tributário.** Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10816/A-corrupcao-sistemica-no-Direito-Tributario > Acesso no dia 04 de outubro de 2020.

SABAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 12° edição. Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. **Cidadania e Imunidade tributária**. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21047-21048-1-PB.pdf . Acesso dia 09 de abril de 2021

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros. 2013

www.conteudojuridico.com.br

A AUTOMATIZAÇÃO DO SISTEMA DE PENHORA ON-LINE: SERIA A IA UM ELEMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CELERIDADE E EFICÁCIA NA EXECUÇÃO?

JESSICA LIMA ARAÚJO: Bacharel em Ciências Contábeis, Graduanda no curso de Direito pela Universidade de Gurupi UnirG, Estagiária no TJTO.

WENAS SILVA SANTOS

(orientador)

RANIERE FERNANDES MOURA

(coorientador)

RESUMO: Aos magistrados são disponibilizados recursos advindos de convênios colaborativos que são promovidos em parcerias. Sistemas informatizados que veremos ao longo do trabalho, dentre eles destaca-se a penhora on-line objeto deste estudo. Este trabalho busca através de pesquisa bibliográfica identificar se a adesão dos projetos de automação, desenvolvidos pelo Tribunal do Rio Grande do Norte e do Mato Grosso, possuem condições de promover o desentrave da execução, preenchendo as lacunas deficitárias no que tange a prestação de serviço, tornando a sua dinâmica célere e eficaz. Considerando que a fase de execução foi identificada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em analise ao último relatório publicado pela justiça em números, como o maior gargalo do poder judiciário brasileiro, sendo que nesta fase, já se tem definido a quem pertence o direito, seja por sentença ou por meio de título extrajudicial, restando tão somente a sua satisfação, o que muitas vezes não é alcançada voluntariamente apenas com a prolação da sentença.

Palavras-chave: Execução, Penhora On-line, Inteligência Artificial, Automação, Celeridade.

ABSTRACT: Judges are provided with resources from collaborative agreements that are promoted in partnerships. Computerized systems that we will see throughout the work, among which stands out the online attachment object of this study. This work seeks through bibliographic research to identify if the adhesion of automation projects, developed by the Court of Rio Grande do Norte and Mato Grosso, are able to promote the growth of the execution, filling the deficit gaps regarding service provision, making its dynamics quick and effective. Considering that the execution phase was identified by the National Council of Justice (CNJ) in analysis of the last report published by the justice in numbers, as the biggest bottleneck of the Brazilian judiciary, and at this stage,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

it has already been defined to whom belongs to the right, either by sentence or by means of an extrajudicial title, leaving only its satisfaction, which is often not achieved voluntarily only with the sentence.

Keywords: Execution, Online Attachment, Artificial Intelligence, Automation, Speed.

INTRODUÇÃO

O direito atua há tempos, antes mesmo da criação de recursos tecnológicos, criando leis, doutrinas, jurisprudências e decisões que independem destes, para elaboração.

No entanto, quando se trata de processo judicial o contexto muda, em razão da alta litigiosidade acompanhada da multiplicação de demanda em massa, que torna impossível uma entrega à sociedade conforme prevê a Constituição Federal, em tempo razoável, valendo-se somente de recursos humanos.

Ciente desta dificuldade, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituto público criado pela Emenda Constitucional de nº 45/2004, que visa o aperfeiçoamento do sistema judiciário brasileiro, tornando seus serviços eficientes. Tem como principais tarefas: "realizar, fomentar e disseminar melhores práticas que visem à modernização e à celeridade dos serviços dos órgãos do Judiciário".

Para tanto, norteia-se através da análise de dados obtidos em relatórios apresentados pela Justiça em Números, onde consta as estatísticas oficiais do Poder Judiciário, que em sua última publicação identificou a fase de execução185 como o maior gargalo da justiça, considerada fonte de morosidade, por ter em média o tempo de baixa na Justiça Comum Estadual o prazo de 8 anos para execuções fiscais e de 5 anos e 8 meses as não fiscais.

Sendo que nesta fase, o direito já está concretizado, não há o que se discutir, uma vez que, já fora reconhecido na sentença ou através de título extrajudicial, restando somente a satisfação do crédito.

De acordo com dados publicados pelo Banco Central do Brasil (BCB) entre os anos de 2005 a 2020, só pela Justiça Estadual foram realizadas mais de 39.692.983 (trinta e nove milhões seiscentos e noventa e dois mil novecentos e oitenta e três)

185 Cobrança de crédito fundamentada em título de obrigação certa, líquida e exigível, conforme dispõe o art. 586 do código de processo civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

requisições judiciais de informações financeiras por meio eletrônico do sistema BACENJUD186 (ANEXO A).

Dentro dessa vertente, desenvolveu-se um estudo bibliográfico sobre a automatização dos sistemas de penhora on-line, avaliando as informações obtidas através do método dedutivo, visando identificar se os projetos desenvolvidos pelos tribunais do Rio Grande do Norte e do Mato Grosso seriam capazes de potencializar o sistema de penhora on-line.

Para melhor compreensão, este trabalho se divide em cinco partes, onde a princípio, preocupou-se em esclarecer o que é a satisfação do crédito, delimitando a abordagem ao âmbito da execução por quantia certa.

A segunda parte traz o objetivo do trâmite processual e o papel exercido pelo sistema de penhora. No terceiro tópico foi evidenciada a importância do CNJ enquanto gestor e provedor do fortalecimento do poder judiciário, fornecendo recursos que contribuam com a celeridade e eficácia de suas atividades.

Dentre estes recursos os magistrados têm a sua disposição, sistemas para aplicar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, que serão tratados no quarto tópico, dando ênfase ao sistema da penhora on-line objeto deste estudo, evidenciando a sua evolução, melhorias alcançadas através de adaptações tecnológicas, bem como, esclarecendo o motivo que levaram o SISBAJUD187 a substituir o Bacenjud 2.0.

A possibilidade de automatização, inovação trazida pela 4ª revolução industrial, será tratada no tópico quinto, onde se apresenta os sistemas desenvolvidos com esse objetivo, os quais serão analisados através de informações obtidas em pesquisas, verificando se de fato cumprem com o que se propõem, realizar atividades até então feitas por magistrados e servidores, superando a demanda em menor tempo.

1. DIREITO A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO

Certo, líquido e exigível. Possuindo o crédito tais premissas do art. 783 do Código de Processo Civil (CPC) a função da execução é satisfazer direito já reconhecido ao

186 Bacenjud- sistema de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo BC. Disponível: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bacenjud. Acesso: 17 de maio de 2021.

187 Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário, operado pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Disponível: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bacenjud. Acesso: 17 de maio de 2021.

credor, sendo previsto no art.786 do CPC o direito de instaurar a execução, o qual deflui do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, tendo por base o princípio da satisfação do crédito à execução, que deve se dar no interesse do credor, garantindo-lhe o que lhe é devido. Afinal, de nada adianta uma execução menos gravosa ao executado, mas inútil ao exequente.

Satisfação esta que se efetiva pelas formas do art. 904 do CPC, incisos I e II com a entrega de dinheiro ou adjudicação de bens penhorados, em consonância ao princípio da menor onerosidade, pois conforme NEVES (2020, p.1056) nada justifica que o executado sofra mais do que o estritamente necessário na busca dessa satisfação.

Deste modo, havendo vários meios capazes de se obter a satisfação, com crivo no art. 805 do CPC, o juiz determinará a forma menos gravosa ao executar, que será considerada, até o ponto em que não afete o princípio da efetividade da tutela executiva, uma vez que, sem ela o processo não passaria de um engano.

Os instrumentos utilizados na execução devem possibilitar o alcance da satisfação, ao passo que frustre artimanhas ardilosas, como alienações fraudulentas conhecidas como fraude contra credores e fraude à execução, que como o próprio nome sugere, ocorre na execução. Ribeiro as conceitua da seguinte forma:

> A fraude contra credores, também conhecida como fraude pauliana, demanda dois requisitos. O primeiro, objetivo, pressupõe alienação ou oneração que implique redução do devedor à condição de insolvente civil. O segundo, subjetivo, demanda potencial consciência dessa insolvabilidade, como resultado da redução patrimonial. (RIBEIRO, 2019, p. 484).

Com fito na fraude à execução que é recorrente na fase em análise, o devedor atenta contra o desenvolvimento do processo, gerando prejuízos ao credor por dificultar o trâmite do processual e consequentemente contra o poder judiciário, que tem a função de gerenciar o processo. Neste sentido, Ribeiro (2019) considera esta prática, um ato atentatório à dignidade da justiça conforme art. 774, I, § único do CPC.

1.1. ESPÉCIES DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A espécie da obrigação imposta ao executado irá definir as características do processo, ou seja, como deverá se dar o cumprimento da demanda, que pode vir a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ocorrer por meio de "uma atuação, abstenção, entrega de coisa ou quantia certa". (RIBEIRO, 2019, p.503)

Dentre os meios mencionados, a execução por quantia certa, espécie que se resolve pela forma patrimonial, é a mais utilizada, isso porque conforme Monteiro (2019) em algumas situações essa modalidade substitui outra, que era obrigação de fazer, não fazer ou entrega da coisa. Como exemplo, temos o processo de Busca e Apreensão que tem a obrigação de entrega da coisa, no entanto, diante da impossibilidade de satisfação por esta espécie, este se converte em título executivo que é uma obrigação por quantia certa, satisfazendo o credor no valor do bem.

1.2. RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

A execução sempre recairá sobre os bens patrimoniais e como regra não alcança a pessoa do devedor, conforme o entendimento de Miragem (2021) sobre o princípio da patrimonialidade do art. 789 do CPC que nos mostra que a execução é sempre real e nunca pessoal, raciocínio congruente ao que preleciona o art. 391 do Código Civil, devendo a execução por quantia certa ser realizada pela expropriação de bens do executado como preleciona o art. 854 do CPC, ressalvando os casos em que se tratar de execuções especiais.

Em tempos remotos, o devedor poderia ser morto, esquartejado ou escravizado, mas na atualidade não há menor possibilidade da adoção de tais práticas, por ferirem o princípio da dignidade da pessoa humana. O autor Miragem (2021) menciona em sua obra que desde a *Lex poetelia papiria, de 326 a.c* há essa "separação entre a responsabilidade da pessoa do devedor em relação à dívida".

Urge salientar que a prisão civil em razão de dívida alimentícia não se trata de uma exceção a este princípio, uma vez que tal medida serve como coerção, obrigando o devedor a pagar o que deve em troca de sua liberdade, mas a prisão por si só não satisfaz a dívida.

2. EXECUÇÃO E PENHORA

Dentre o rol dos princípios previstos para a execução, temos a *nulla executio sine*, que trata da nulidade da execução sem título, nesse teor o ministro Luiz Fux (2007) defende em relatório a seguinte ideia:

> Não há execução sem título que a embase (*nulla executio sine*), porque na execução, além da permissão para invasão do patrimônio do executado por meio de atos de constrição judicial

> (por exemplo, penhora, busca e apreensão, imissão de posse). O executado é colocado em uma situação desvantajosa em relação ao exequente. (FUX, apud, NEVES, 2020, p.1049).

Dinamarco, em sua obra intitulada "execução", propõe semelhante abordagem ao considerar que o título se faz necessário à execução, servido de meio que comprova a existência de "uma probabilidade de que o crédito representado no título efetivamente exista para justificar essas desvantagens que serão suportadas pelo executado". (DINAMARCO, apud, NEVES, 2020, p.1049).

Neste viés, ressalta-se que o processo civil é taxativo ao elencar esses títulos executivos em seu art. 515, com respaldo no princípio da tipicidade dos títulos executivos (*Nulla titulus sine lege*), restringindo o campo de operação do magistrado, que não poderá garantir execução de título que não pertença ao rol, que se constitui em *numerus clausus,* ou seja, ordem inalterável.

Indubitavelmente o objetivo da execução gira em torno da concretização da tutela material, ou seja, do recebimento do crédito referente ao título, uma vez que esporadicamente o fim é alcançado somente pela prolação da sentença.

A penhora desempenha papel importante na execução, ao passo que é considerada medida necessária à obtenção do objetivo central da execução, a satisfação da obrigação quando o devedor se mantém inerte, ainda seja segundo Montenegro (2019) inegável a sua agressividade em relação aos efeitos que produz.

Mas para que tenha maiores chances de satisfação, conforme prevê o art. 854 do CPC:

> **sem dar ciência prévia do ato ao executado**, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado. (BRASIL, 2015).

Uma vez que, previamente ciente da ordem de penhora, o executado pode vir a frustra-la, retirando o valor antes que seja protocolada a minuta de bloqueio. Portanto, mostra-se necessária que a busca se dê instantaneamente após a decisão que deferir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3. A IMPORTÂNCIA DO CNJ NO DESENVOLVIMENTO DO JUDICIÁRIO.

Ser uma justiça ágil, moderna, acessível e produtiva são alguns compromissos do judiciário brasileiro para com a sociedade, atributos de valores previstos na Resolução do CNJ nº 325 de 2020, que instituiu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário dos anos 2021 a 2026. Mas, para que isso aconteça é preciso estabelecer e criar metas, para que o esforço dos tribunais seja direcionado da melhor forma.

O processo sob a ótica de MONTENEGRO (2019) é instrumento apto a exercer o direito de ação, para o CNJ, "é resultado da articulação de pessoas, instalações, equipamentos e outros produtos que agregam valor ao produto ou serviço". O qual através da gestão metodológica consegue "acompanhar, avaliar e redesenhar os processos de trabalho, visando à melhoria contínua destes e o alcance dos objetivos estratégicos da organização", proporcionando um resultado à sociedade em tempo razoável como prevê a constituição.

A gestão do CNJ é pautada em análise de dados, onde a prospecção dos pontos carentes de melhorias é identificada por meio de relatórios estatísticos sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes às atividades jurisdicionais em todo o país, dados compilados disponíveis no Justiça em Números.

Vislumbra-se que em seu último relatório anual, o poder Judiciário contava com acervo de 77 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2020 considerando esta quantidade com número de habitantes apresentado pelo censo de 2021 do IBGE que consta mais de 213 milhões, cada processo deste corresponderia a 3 habitantes, o que se revela elevado, sendo que mais da metade desses processos (55,8%) se refere à fase de execução, considerada o gargalo judicial.

Acreditar que apenas pela condenação o devedor cumprirá com o pagamento é sem dúvida uma visão romântica do processo, que "cai por terra" frente ao número de processos pendentes na fase de execução. O que faz jus à expressão, "ganha, mas não leva", frente à ausência do cumprimento voluntário.

Ciente dessa dificuldade o CPC, em seu art. 139, confere ao juiz poderes para aplicar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial.

Neste sentido o CNJ promove o fortalecimento do Estado disponibilizando aos magistrados sistemas informatizados como o da penhora on-line (BACENJUD e SISBAJUD) e os demais que serão tratados na tabela 1, sendo eles: RENAJUD, INFOJUD,

CNIB e SERASAJUD188. Tais sistemas são resultados de parcerias em acordos e convênios colaborativos com o (BCB), Departamento nacional de trânsito (Denatran), Receita Federal, Cartórios de Imóveis e Serasa. Em suma esses sistemas viabilizam o acesso a informações úteis à credores e interessados, na garantia da satisfação do seu crédito.

Na condição de presidente do conselho, o Ministro Luiz Fux demonstra ter perspectivas de uma "nova realidade para o judiciário" e se manifestou nesse sentido, no webnário de lançamento da Justiça 4.0 que apresentou várias tecnologias adotadas pelo judiciário, nesta oportunidade afirmou que o eixo da sua gestão prioriza e incentiva a justiça digital, evento com transmissão pelo Youtube nos canais do TJRN e do CNJ em fevereiro deste ano.

Cerca de 47 tribunais têm investido esforços e recursos para o desenvolvimento de IA, contribuindo com agilidade e otimização de atividades rotineiras, segundo o CNJ entre os meses de fevereiro e agosto de 2020 o judiciário contava com cerca de 64 projetos em uso e em desenvolvimento, dos quais serão destacados os robôs Poti e Mako criados pelo TJRN e TJMT, projetos como estes, despertaram a gestão para as possibilidades ofertadas pelo uso da IA, vindo a criar o Laboratório de Inovação para o Pje e o Centro de Inteligência Artificial.

> O laboratório de Inovação para o Pje - Inova PJe e o Centro de Inteligência Artificial, criados pela Portaria nº 25, de 22. 02.2019, além de desenvolver estudos para aprimoramento dos sistemas responsáveis pelo controle do fluxo dos processos judiciais em trâmite em todo o Poder Judiciário, visam a produção de modelos de Inteligência artificial para utilização na plataforma PJe, com fito na continua evolução das ferramentas tecnológicas colocadas à disposição dos usuários. (CNJ, apud Sanctius, Fausto Martin D, 2020, p.19)

Segundo o Presidente do STJ, o Ministro Humberto Martins, no Webnário mencionado, a pandemia impôs ao poder judiciário enormes desafios, novos

188 Renajud- Restrição judiciais sobre veículos automotores. Disponível: https://www.bcb.gov.br/acessoin forma cao/bacenjud; Infojud- Sistema de Informações ao Judiciário, feito no site da Receita Federal. Disponível: https://www.cnj. jus. br/sistemas/infojud/ ; Cnib- Centro Nacional de Indisponibilidade de bens. Disponível: https://www.indisponibilidade. org.br/ aute nticacao/ ; Serasajud- O sistema serve para facilitar a tramitação dos ofícios entre os tribunais e a Serasa Experian ; Disponível: https://www.cnj.jus.br/sistemas/serasajud/. Acessados em: 17 de maio de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

procedimentos, tendo que se reestruturar, se reinventar para as novas metas a serem seguidas para que o judiciário permanecesse atuante, firme, vigilante e sobre tudo produtivo para dar respostas a sociedade.

Para tanto, contou com o auxílio de tecnologias no desenvolvimento de práticas jurídicas, quanto ao uso destes recursos, Sanctis (2020) destaca que a inteligência artificial proporciona inúmeros benefícios, principalmente através da automatização de atividades repetitivas, as tornando mais ágeis e precisas, o que seria de grande valia a atividade de penhora on-line.

Diante dos projetos em desenvolvimento e os a desenvolver, com ideias modernas para a efetivação da atuação do poder judiciário nos processos de execução e cumprimento de sentença, com exceção aos de execução fiscais conforme prevê a portaria de nº 285/2020. O CNJ considera a ética, transparência e governança das inteligências artificiais como dispõe a resolução de nº 332/20 ao instituir grupos de desenvolvimento de projetos nesse sentido.

Com o objetivo de integrar e consolidar todos os sistemas eletrônicos do judiciário brasileiro em ambiente unificado, foi instituída a resolução 335, propiciando aos tribunais melhores soluções tecnológicas de aproveitamento comum em uma única plataforma de publicação e aplicação, disponibilizando livros e modelos de IA através da infraestrutura em nuvem do PDPJ (plataforma digital do Judiciário Brasileiro), que assim como o sistema Sinapses189 solução computacional é mantida pelo CNJ, este conforme Resolução 332, III, tem como objetivo "armazenar, testar, treinar, distribuir e auditar modelos de Inteligência Artificial".

O sistema Sinapses desenvolvido pelo Tribunal de Justiça de Roraima (TJRO), foi o vencedor da 3ª edição do prêmio de inovação na categoria prestação de serviço do Expojud (Judiciário Exponencial), congresso de inovação, Tecnologia e Direito pra ecossistema de Justiça, nestes sistemas os projetos e modelos são hospedados, recebendo dos tribunais o feedback, se atendem ou não a demanda, e conforme ocorre esse retorno recebem reajustes.

189 foi criado com o objetivo de dar celeridade aos processos, além de prover serviços de Inteligência Artificial para os mais diversos sistemas, com o trabalho colaborativo. Disponível: https://tjro.jus.br/noticias/item/13357-primeiro-lugar-sinapses-sistema-criado-pelo-tjro-e-vencedor-do-premio-inovacao-judiciario-exponencial. Acesso: 19 de maio de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Através do programa justiça 4.0190 a gestão estará apoiando os tribunais em termos de recursos humanos e recursos tecnológicos para que o poder judiciário brasileiro avance com passos firmes para a justiça digital.

4. SISTEMAS PARA EXECUÇÃO

A intervenção do Estado possui função predominantemente material, onde os sistemas tecnológicos são medidas necessárias a fim de "quebrar os entraves", uma vez que, vence a resistência do executado, substituindo sua vontade pela satisfação do direito do exequente. Ademais, o cadastro dos magistrados nesses sistemas possui caráter obrigatório. Como exemplo, temos o sistema de Penhora On-line, em que o CNJ determinou essa obrigação cadastral a todos os juízes do Brasil, por meio dos autos do pedido de providência de nº 2007.10.00.0015818.

Além do Sistema de Penhora- online (atual SISBAJUD), que será aprofundado no subtópico específico, os tribunais contam com outros sistemas para garantir a efetividade da obrigação, os quais, vale a pena mencionar, ainda que, de modo superficial:

Tabela 1. Sistemas	
RENAJUD	Restrições Judiciais Sobre Veículos Automotores, interligado ao Denatran por acordo de cooperação técnico de nº 01/2006, promove consultas, em tempo real, indicando a localização do proprietário do veículo; cumpre ordens judiciais realizando restrição (parcial e total) sob veículos automotores na Base Índice Nacional (BIN) do Registro Nacional de Veículos Automotores – (RENAVAM).

190 Tem como objetivo promover o acesso à Justiça, por meio de ações e projetos desenvolvidos para o uso colaborativo. Disponível: https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/ Acesso: 03 de maio de 2021

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

INFOJUD	Sistema de Informações ao Judiciário que disponibiliza declarações apresentadas à Receita Federal, criado pelo Convênio de n. 001/2007, com o arquivo obtido em resposta ao protocolo, em que é possível ter conhecimento sobre os bens moveis, imóveis em nome do executado e de relação societária. Em relação à pesquisa de endereço, assim como o RENAJUD, a resposta é instantânea.
CNIB	Central nacional de indisponibilidade de bens, criada e regulada pelo Provimento Nº 39/2014, o magistrado divulga aos Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro de Imóveis a nível nacional, e a outros usuários do sistema, as decisões judiciais e administrativas de indisponibilidades de bens, proporcionando segurança aos negócios imobiliários de compra e venda, de financiamento de imóveis e outros bens. Diferente dos demais sistemas, não possui prazo definido de resposta, nem individualização de indisponibilidade sobre um determinado bem.
SERASAJUD	Criado por termo de técnica nº 20/2014, celebrado pelo CNJ e a SERASA Experian, que promove inclusão do nome do executado ao cadastro de inadimplentes e faz busca de endereço. Medida coercitiva prevista no art. 782 §3 do CPC, visando tão somente o constrangimento do devedor, o deixando sem credibilidade para negociações.

Fonte: Adaptada pelo autor 191

A improcedência de pedido do exequente, nesta fase, dificilmente encontra óbice. Mas o magistrado deve atentar-se às regras da razoabilidade e proporcionalidade, para que o executado não sofra além do estritamente necessário à satisfação do direito do exequente, afinal como amplamente afirma NEVES (2020) "a execução não é um

191:Renajud - Disponível: https://www.cnj.jus.br/sistemas/renajud-4/ ; Infojud- Disponível: https://www.cnj.jus.br/sistemas/infojud/ ; Cnib- Disponível: https://www.indisponibilidade.org.br/autenticacao/ ;

Serasajud -Disponível: https://www.cnj.jus.br/sistemas/serasajud/. Acessados em: 17 de maio de 2021.

instrumento de vingança", e ainda sob o crivo do princípio da onerosidade adverte que é vedada a medida evidentemente ineficaz, sem contrapartidas, que gera prejuízos ao executado sem satisfazer o exequente.

4.1. PENHORA ON-LINE: BACENJUD E SISBAJUD

A penhora de dinheiro, conhecida comumente como "Penhora On-line", não se trata de uma modalidade em si, mas de uma técnica utilizada, prevista no art. 854 do CPC, que possibilita a penhora de dinheiro nas contas em nome do executado, que atualmente se dá por via eletrônica, administrada pelo magistrado ou assessor.

Medida esta, que para NEVES (2020) proporciona um desfeche célere, se penhorar dinheiro, pois basta entregá-lo ao exequente, não precisando passar pela fase procedimental de expropriação do bem para transformá-lo em dinheiro, o que é uma fase bem complexa e demorada.

Segundo o BCB, sua contribuição ao Poder Judiciário fornecendo informações sobre pessoas físicas e jurídicas relevantes ao processo de execução ocorre desde os anos 90, quando ainda era realizada sem nenhum recurso tecnológico.

Nesta época a ordem judicial era por ofício em papel, entregue às instituições financeiras por oficiais de justiça e a resposta das instituições via correio, um trâmite que envolvia muito recurso humano, material e ainda demandava tempo. Mas que naquele período funcionou, contribuindo com agilidade e tempestividade das demandas.

No entanto, com os sucessos obtidos por esse serviço prestado, houve um aumento exponencial de demanda de ofícios e requisições, um fluxo que superou os recursos disponíveis e ocasionou um acúmulo de papéis, e, consequentemente atrasos.

Tabela 2. Evolução do Sistema de Penhora

BACENJUD VERSÃO 1.0	Para maior agilidade e consequentemente efetividade à execução, o BCB criou e desenvolveu um sistema de solicitação via internet, o Bacenjud 1.0 em 2001 através do comunicado de nº 8.422, reduzindo assim, os recursos humanos e materiais, tornando o trâmite mais rápido, seguro e econômico. Vale frisar que o sistema surgiu antes da previsão legal de nº 11.382/2006 que autorizava a penhora on-line

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

	através do art. 655-A do CPC, atualmente prevista no art. 854 do Novo Processo Civil, Lei 13.105/2015. Através do sistema, segundo o BCB (2009) os magistrados passaram a enviar as ordens judiciais às instituições financeiras via Internet, reduzindo consideravelmente o número de ofícios em papel e o deslocamento de oficiais. Proporcionando funcionalidades como: bloqueio e desbloqueio de contas e de ativos financeiros, comunicação da decretação e da extinção de falências, solicitação de informações sobre a existência de contas correntes e de aplicações financeiras. No entanto, possuía uma limitação, as respostas das instituições aos magistrados ainda se dava via postal.
BACENJUD VERSÃO 2.0	Em 2004 iniciou o projeto de aperfeiçoamento do sistema, a fim de atender as novas necessidades do judiciário. Das melhorias advindas da nova versão 2.0, convênio de 2005 e sua ratificação em 2008 o sistema trouxe atividades além das até então realizadas pela versão anterior, tornando o trâmite totalmente virtual, uma vez que conforme consta no parágrafo segundo do objeto no convênio de 2005 as respostas do banco passaram a ser pelo próprio sistema. Algumas funcionalidades foram desenvolvidas de forma prioritárias como, por exemplo, a requisição de informações e automação do processo de transferência. Com o tempo ficou defasado, sendo desativado em 04/09/2020.
SISBAJUD	Criado pelo acordo de cooperação técnica de nº 041/2019 entre o CNJ, o BCB e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), arquitetura desenvolvida com o intuito de superar a limitação do bacenjud 2.0, quanto a adoção de novas tecnologias, tendo como inspiração o sistema Poti.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

	Possui acesso às informações detalhadas de extratos em contas correntes, conforme o formato do sistema SIMBA192 do Ministério Público Federal. Disponibiliza o acesso as cópias de contratos de abertura de contas como, corrente, de investimento e câmbio, assim como, cópias de cheques, fatura do cartão de crédito, extratos do PIS e do FGTS. Sendo possível o bloquear valore em conta corrente e de ativos mobiliários como os de títulos de renda fixa e ações. Podendo ainda, inserir reiteração das ordens de forma automatizada, que é conhecida como "teimosinha", registrando a quantidade de vezes que ocorrerá a repetição da ordem no sistema.

Fonte: Adaptada pelo autor 193

Analisando o relatório do Departamento de Atendimento Institucional (DEATI), referente as solicitações feitas nos anos de 2005 a 2020 via Bacenjud 2.0, notou-se que as pesquisas realizadas pelo TJMT mais que triplicaram com a adoção de tecnologias. Alcançando em 2006 o total de 2547 pesquisas, 13543 em 2007 e em 2009 chegou a realizar 101.227.

Mas em 2020 o número caiu para 41.462. Acredita-se que esta queda se deve ao período de adaptação do acordo 041/2019 que instituiu o sistema, associado a pandemia, situações que ocorreram no mesmo ano, e esta queda foi apresentada nos demais tribunais, conforme consta na tabela da DEATI194.

Para Neves (2020) o sistema Bacenjud 2.0 já apresentava uma série de limitações como a inexistência de mecanismo que permite a penhora a qualquer momento, de forma que a realização da penhora é como uma fotografia, recaindo apenas na situação patrimonial do devedor no exato momento em que ocorre. Seria interessante uma forma de deixar em aberto a ordem de penhora, para que esta se efetivasse

192 Sistema de movimentação bancária. Disponível: https://www.tst.jus.br/web/corregedoria/simba Acesso: 19 de maio de 2021.

193 Disponível: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/bacenjud. Acesso: 18 de maio de 2021.

194 Disponível: https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/estatbacenjud2 Acesso: 19 de maio de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sempre que qualquer valor fosse depositado em conta de titularidade do devedor, como um filme.

Limitação está superada com a ampliação do bloqueio no Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário – SISBAJUD, que apresenta em sua moderna arquitetura melhorias como a reiteração de penhora conhecida como "teimosinha", além da capacidade de incorporar novas funcionalidades, que para um dos responsáveis pelo sistema, o juiz Adriano da Silva presidente auxiliar do CNJ, foi o ponto crucial que levou Bacenjud 2.0 a ser substituído em 2020, por não ter a capacidade de aderir a novas funções como automatização.

Aos tribunais que utilizam o processo judicial eletrônico - PJE o CNJ disponibilizará a integração ao SISBAJUD, com a automação do envio das ordens e análise das respostas encaminhadas pelas instituições financeiras, tornando automática uma operação até então manual, possibilidade esta inviável no sistema de penhora anterior.

Através dessa dinâmica automática, um grave inconveniente observado pelo autor Neves (2020) poderá ser evitado: a indisponibilidade em excesso de valor e tempo. Embora a ordem de penhora seja constrita ao valor limite da execução, a realização desta se dá em diferentes contas correntes e de investimento, ou seja, múltiplas penhoras, que podem vir a gerar prejuízos ao executado além da execução.

5. A AUTOMATIZAÇÃO DO SISTEMA DE PENHORA ON-LINE

Robôs no judiciário era uma previsão para o futuro, e este futuro chegou. No que tange à fase de execução, como prova disso temos o robô Poti desenvolvido pelo TJRN, uma solução de automação que utiliza a ferramenta *Selenium,* tecnologia Java que imita o usuário ao acessar a interface e o Mako criado pelo TJMT que utiliza Inteligência Artificial. Robôs desenvolvidos para interagir com o PJe, realizando operações como ordens de bloqueio, desbloqueio, transferências para a conta judicial e quebra de sigilo, realizadas na maioria dos tribunais manualmente.

Enquanto a automação responde a comandos previamente determinados, a IA, por ter uma vasta área de atuação, não possui um conceito aceito com unanimidade pelas suas expertises, situação está considerada positiva para autores como Stone (2016) por não limitar a visão dos pesquisadores, aumentando assim, o interesse pela área o que contribui com o crescimento do campo de estudo e consequentemente o seu desenvolvimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estes meios desempenham papel importante ao desenvolvimento humano, por permitir que "foquem no que realmente "importa", extinguindo a necessidade de humanos" nessas atividades muitas vezes maçantes pela repetição (Costa, 2020, p. 361). Os autores Peixoto e Silva (2019, p.32) reforçam o entendimento ao considerarem estes recursos ideais para propósitos específicos que exijam alto grau de atenção e memória, é o caso das operações realizadas na interface da penhora on-line que exigem de quem o opera presteza e atenção.

5.1. SISTEMA POTI

Diante da realidade da fase de execução, classificada como fonte de morosidade. O TJRN em parceria com a residência de Tecnologia da Informação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, desenvolveram no período de 2017 a 2018 um software de automação da penhora on-line no Bacenjud, o qual em homenagem a um líder indígena, figura histórica da região, batizaram com o nome de Poti, objetivando através deste desafogar a execução fiscal e penhora de bens.

A dinâmica do sistema segundo tutorial divulgado no canal do tribunal na plataforma Youtube, consiste no recolhimento automático dos processos eminentes de cadastro de minutas no Bacenjud, obtenção automática dos dados do processo com atualização da dívida no portal de tributação em 20 segundos, realização do cadastro em 15 segundos sendo este período igual para a verificação da resposta do sistema, assinando e juntando a documentação aos autos do processo no Pje.

Referente a este projeto o Tribunal celebrou o termo de Técnica n. 025/2019 com o CNJ, no Processo n. 00610/2019 objetivando:

> Compartilhamento do software Poti, desenvolvido pela SETIC do TJRN, em parceria com a Residência Tecnológica (Convênio 11/2018), a fim de integrar ao PJe. Assinatura: 17/7/2019. Vigência: 12 meses a contar de sua assinatura, prorrogável automaticamente, nos termos da lei. Signatários: pelo CNJ, Ministro Dias Toffoli -Presidente; pelo TJRN, Desembargador João Rebouças - Presidente.

Em matéria publicada pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras, uma das responsáveis pelo Poti, a juíza da 6ª Vara de Execução Fiscal de Natal, Keity Saboya, professora na universidade envolvida, relatou que enquanto um servidor realizava 300 ordens ao mês o robô o faz em 35 segundos, realizando a atualização dos valores e transferência para a conta oficial indicada, o sistema superou as expectativas, levando a comarca de Natal a extinguir o setor de penhora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No webnário ENASTIC195 deste ano promovido pelo Judiciário Exponencial em parceria com o Tribunal de Justiça do Maranhão, a juíza da 1ª vara da Fazenda Pública de Natal e auxiliar da presidência do TJRN, Patrícia Gondim Moreira, mencionou o sistema como uma das grandes contribuições do tribunal ao poder judiciário que atualmente encontra-se com "nova roupagem e funcionalidades e hoje tem o nome de Sisbajud" (JUDICIARIO EXPONENCIAL, 2021, online).

Vale frisar que a solução do Poti foi levada ao CNJ pelo Juiz do TJRN Adriano da Silva Araújo, atual juiz auxiliar no Conselho, para servir de inspirar ao desenvolvimento de solução a nível nacional, em palestra sobre Inteligência Artificial (2020), o juiz explicou que o sistema Sisbajud não possui a tecnologia do Poti, apenas o tem como inspiração. Encontrando-se disposição no Repositório Nacional de Projetos e Versionamento de Arquivos (Git.jus), instituído pela **Portaria nº 7/2020.**

5.2. SISTEMA MAKO

No Mato Grosso o tribunal de justiça desenvolveu o sistema Mako, que para o Juiz Adriano (um dos envolvidos), tem a mesma intenção do robô que operava no Bacenjud, no entanto, segundo um de seus responsáveis, Thiago Machado analista de sistemas do CNJ, este foi desenvolvido para realizar a automação da operação do Sisbajud.

Na prática, conforme manual disponível no site do tribunal bem como em seu canal no Youtube na forma de tutorial, o juiz cadastra no próprio PJe os critérios a serem utilizados na penhora, a ideia básica deste sistema é retirar dos magistrados a preocupação de ter que acessar outra interface, bem como cadastrar e acompanhar o retorno das respostas dessas minutas.

5.3. BENEFÍCIO

Se considerarmos a limitação da penhora on-line no que tange a sua incapacidade de evitar o grave inconveniente da multiplicidade de penhora trazida por Neves (2020), a automatização pode ser benéfica não só à serventia e ao credor, mas também ao próprio executado. Uma vez que este sendo devedor da quantia de 10 mil reais, possuindo três contas em seu nome em que haja o valor, haverá o bloqueio que ficará pendente, ou seja, ficará bloqueado até que operador acesse a interface para

195 Encontro Nacional de Tecnologia, Inovação e Cultura, nasceu em 2014, na Justiça Estadual, com a curadoria de Ademir Piccoli. Disponível: https://www.judiciarioexponencial.com/enastic. Acesso: 04 de abril de 2021.

cumprir desdobramento, nesse intervalo o executado estará sofrendo um gravame de 20 mil reais além do que deve.

Tratando-se de pessoas jurídicas, que costumam trabalhar com programação de boleto, estando seu ativo bloqueado, poderá sofrer além do que deve. Neste teor, a automatização se mostra eficaz, podendo garantir a preservação do princípio da onerosidade menos gravosa, onde através de parâmetros o juiz estabelecerá a ordem de preferência entre as instituições financeiras, liberando de imediato as subsequentes, podendo também reduzir os custos e os esforços do judiciário ao promover a celeridade que consequentemente beneficia ao credor, além de poder evitar que o executado frustre a busca.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos desafios impostos ao judiciário, as tecnologias se mostram como uma grande aliada, contribuindo significativamente no exercício das atividades desenvolvidas. A prova disso, é o atual cenário de pandemia, em que o Estado permaneceu atuante, valendo-se delas.

Que além de possibilitar novos meios para desenvolvimento de atividades, como o fez através do teletrabalho; se destaca na execução de tarefas em larga escala em um curto tempo, o que se mostra de grande valia a execução, que conforme aponta a justiça em números é a principal fonte de morosidade no judiciário, uma vez que a demanda imposta à serventia ultrapassa seus limites, sendo humanamente impossível atender com presteza todos que adentram às portas do judiciário.

Neste sentido, este trabalho teve como escopo demonstrar que a demora ocasionada a execução pode resultar em prejuízo ao exequente na penhora on-line, podendo proporcionar tempo suficiente para que o executado, frustre a demanda, retirando o valor antes que haja a busca.

E para assegurar que a execução se dê em tempo razoável como prevê a Constituição, o Estado enquanto gerenciador do tramite processual pode contar com a automatização, que se mostra capaz de caucionar o impulso necessário ao aludido processo, além da possibilidade de prevenir o excesso de execução, beneficiando também o executado.

Nesse viés, buscou-se apontar os resultados obtidos pelos Tribunais que implementaram a automação do sistema de penhora on-line, que se mostraram consideravelmente positivo no que tange à agilidade, visto que a principal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

característica apresentada por este instrumento é o de atuar em atividades repetitivas, executando-as em larga escala, como no processo em epígrafe.

Conforme vimos, não basta ao exequente o reconhecimento do seu direito, ele precisa ser efetivado. Para tanto é de suma importância que o sistema disponível ao magistrado atue com eficiência, viabilizando assim, maiores chances de garantir a satisfação do exequente, sendo este o principal objetivo do processo, ausente torna-o sem sentido.

Considerando os resultados obtidos na fase inicial dos projetos de automação apresentados, conclui-se que automação através da IA, é apta a promover a celeridade de forma eficiente, pois além de efetivar um maior volume de buscas, proporciona redução de custos e acúmulo de processos pendentes de restrição pecuniária. Ademais, a automação se mostra de extrema valia ao atual cenário em que o labor da serventia judiciária alterna entre teletrabalho e modo presencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Bernardo, **TJRN investe em sistemas para automatizar ações repetitivas,** BAS, 2020. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/tjrn-investe-em-sistemas-para-automatizar-acoes-repetitivas/>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

BANDEIRA, Regina. **Pesquisa revela que 47 tribunais já investem em inteligência artificial.** CNJ**,** 2021 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-47-tribunais-ja-investem-em-inteligencia-artificial/>.Acesso em: 10 de mar. de 2021.

BRAGANÇA, Fernanda; BRAGANÇA, Laurinda Fátima da F. P. G. **REVOLUÇÃO 4.0 NO PODER JUDICIÁRIO: LEVANTAMENTO DO USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.** Auditorium, Rio de Janeiro, v. 23, n. 46, p. 65-76, jul./out. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. In: **Vade Mecum**. 25. Ed. e ampla., São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Artigo 5º, incisos XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil**. In: Vade Mecum. 25. Ed. e ampla., São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Sistema de atendimento ao Poder Judiciário**: manual básico**.** 2015. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/acessoinformacao/historico_backup/bacenjud/manualbasico.pdf>. Acesso em 23 mar.2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Estatísticas anuais – consolidadas de ofícios em papel**, 1998 a 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/oficiosbacenjud>. Acesso em: 13 maio de 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Estatísticas do bacenjud – bacen jud 1.0**, 2001 a 2008. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/fis/pedjud/ftp/servicos_poder_judiciario/apresentacao_cnj_092009.pdf>. Acesso em: 13 maio de 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Estatísticas anuais – consolidadas do bacenjud – bacen jud 2.0,** 2005 a 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/estatbacenjud2>. Acesso em: 13 maio de 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Convenio de cooperação técnica Bacenjud 2.0**, 2005. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/transparencia-publica-1/acordos-termos-e-convenios/vigentes/convenio-siged-n-2005163523/documentos/convenio-srf-infojud.pdf Acesso em: 03 de maio de 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acordo de Cooperação Técnica 041/2019 de Substituição, 2019**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/TCOT-041_2019_PT.pdf> Acesso em: 03 de maio de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **INSTRUÇÕES PARA ACESSO AO SISTEMA DE BUSCA DE ATIVOS DO PODER JUDICIÁRIO (SISBAJUD). Disponível em:** https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/INSTRU%C3%87%C3%95ES-PARA-ACESSO-AO-SISTEMA-DE-BUSCA-DE-ATIVOS-DO-PODER-JUDICI%C3%81RIO2.pdf Acesso: 02 fev.2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Missão e Visão de Futuro, Brasília. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/> acesso em 18 de mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: ano-base:2019 Brasília: CNJ, 2020, anual, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 23 mar. de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Estratégia nacional do poder judiciário, 2020,** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-

content/uploads/2021/05/Relat%C3%B3rio-de-Acompanhamento-Estrat%C3%A9gia-Nacional-2020-Vers%C3%A3o-Web-1.pdf>**.** Acesso em: 23 mar. de 2021.

Costa-corrêa, André, et al. **Direito e Novas Tecnologias**. Grupo Almedina (Portugal), 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil - Direito das Obrigações.** Grupo GEN, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de Direito Processo Civil**, Volume único. 12º ed. Salvador. Juspodivm, 2019.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; ZUMBLICK, Roberto Martins da Silva, **Inteligência Artificial e Direito**, 1ª edição. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

RIBEIRO, Marcelo, ***Processo Civil****, 2ª edição.* Grupo GEN, 2019.

RODRIGUES, Alex; MELO, Jefferson, **Sinapses: plataforma de inteligência artificial conquista prêmio na Expojud,** CNJ, 2020, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sinapses-plataforma-de-inteligencia-artificial-conquista-premio-na-expojud/> Acesso em: 23 mar. de 2021.

SANCTIS, Fausto Martin D. ***Inteligência Artificial e Direito***. Grupo Almedina (Portugal), 2020.

Tutorial Robô Mako - Bloqueio de Valores via PJe integrado ao SISBAJUD, TJMT.**Youtube**, 2020. Disponível: https://www.youtube.com/watch?v=G5ItjnrNWdE Acesso: 06 de abr.2021.

TJMT. **Robô Mako passa a ser utilizado em todo Poder Judiciário de Mato Grosso**, 2020. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/noticias/61428#.YJ1IIKhKjIV; Acesso em: 05 de fev. de 2021.

MONTENEGRO F, Misael, ***Direito Processual*** *Civil, 14ª edição*. Grupo GEN, 2019.

TJRN, **Inteligência Artificial no Direito: tema vira prioridade da ESMARN na formação de servidores,** 2019. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/15126-inteligencia-artificial-no-direito-tema-vira-prioridade-da-esmarn-na-formacao-de-servidores>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

IBGE, **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação,** 2021, Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao//> Acesso em:19 de maio de 2021.

PICCOLI, Ademir. **ENASTIC: Judiciário Exponencial**, 2021. Disponível em: <https://www.judiciarioexponencial.com/enasticje>. Acesso em: 28 de abril de 2021

BOAVENTURA, Leonardo; SOUZA, Filipe; ALMEIDA, Ywannes, **A tecnologia chegou de vez ao judiciário e o TJ-MT deve assumir a vanguarda com o robô Mako,** 2020. Disponível em: < http://lbzadvocacia.com.br/a-tecnologia-chegou-de-vez-ao-judiciario-e-o-tj-mt-deve-assumir-a-vanguarda-com-o-robo-mako/> Acesso em: 05 de fev. de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A GUARDA COMPARTILHADA E A POSSIBILIDADE DE RUPTURA COM O VÍNCULO DE POSSE OU PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

ANDRÉ LUCAS TAVARES ALMEIDA: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

RODRIGO CHAGAS SILVA[196]

(coautor)

MARIA DO SOCORRO RODRIGUES COELHO[197]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo analisa o instituto da guarda compartilhada como modelo de guarda padrão por imposição legislativa, em que se prioriza o convívioe o bem-estar dos filhos, em observância ao princípio do melhor interesse da criança e adolescente e à necessidade de convívio dos pais com os filhos. Essa convivência após a dissolução do vínculo conjugal não pode se restringir a uma visita pontual, vez que esta não supre vínculos afetivos necessários à tomada de decisões acerca da educação e formação dos filhos. Acrescenta-se que a guarda compartilhada se configura dentro do ordenamento jurídico brasileiro como saída para preservação da construção de laçosafetivos junto aos filhos após uma separação judicial. A pesquisa foi realizada com enfoque na família contemporânea, com breve históricosobre a ruptura dos laços afetivos e o papel do Poder Familiar, as espécies de guarda no ordenamento jurídico, com ênfase no modelo de guarda compartilhada, analisando o mencionado instituto como a possibilidade de ruptura do vínculo de posse ou propriedade e o combate à alienação parental.

Palavras-chave: Ruptura familiar, Guarda Compartilhada, Alienação Parental.

ABSTRACT: This article analyzes the joint custody institute as a standard custody model by legislative imposition, in which the interaction and well-being of children are

[196] Acadêmico do 9º período da Graduação em Direito, no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. m

[197] Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB, Mestra em Letras na Universidade Federal do Piauí – UFPI, professora do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prioritized, in compliance with the principle of the best interests of the child and adolescent and the need for parental interaction with the children. This coexistence after the dissolution of the marital bond cannot be restricted to a punctual visit, as these does not supply the affective bonds necessary for decision-making regarding the education and training of children. In addition, shared custody is configured within the Brazilian legal system as a way to preserve the construction of affective bonds with the children after a legal separation. The research was carried out with a focus on the contemporary family, with a brief history about the rupture of affective ties and the role of Family Power, the types of custody in the legal system, with an emphasis on the shared custody model, analyzing the aforementioned institute as the possibility of rupture of the ownership or property bond and the fight against parental alienation.

Keywords: Family break, Shared Custody, Parental Alienation.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A família e a reorganização após a dissolução dos vínculos. 2.1 Família: aspecto evolutivo e a formação de novos arranjos familiares. 2.2 A ruptura da estrutura familiar. 2.3 Os tipos de guarda estabelecidas em lei. 3. Alienação Parental: O adoecimento familiar. 3.1 Aspectos inerentes à Alienação Parental. 3.2 Síndrome da Alienação Parental. 3.3 Guarda compartilhada como prevenção. 4. Desalienando a parentalidade. 4.1 A perspectiva jurídica da Lei nº 11.698/2008 – Lei de Guarda Compartilhada. 4.2 A efetiva participação dos pais na guarda compartilhada. 4.3 A possibilidade de ruptura do vínculo de posse ou propriedade e o combate à alienação parental. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura familiar representada pela união entre pessoas, baseada no afeto, unidas por laços sanguíneos ou de convivência, pode ser entendida como um ambiente propício ao desenvolvimento de potencialidades individuais em prol do núcleo familiar.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 226, menciona um rol exemplificativo de entidade familiar, afirmando ser a família a base da sociedade, formada por qualquer dos pais e descendentes, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Não havendo, portanto, a exclusão de outros possíveis modelos que possam surgir ao longo do tempo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O presente estudo se concentra no comportamento dos pais frente ao compartilhamento de guarda estabelecido após ruptura dessa estrutura familiar e em como esse tipo de guarda se configura dentro do ordenamento jurídico brasileiro como uma saída para a preservação da construção de laços afetivos junto aos filhos após uma separação judicial. A análise do estudo foi consubstanciada no Direito de Família estabelecido no Código Civil de 2002.

A ideia de compartilhamento da guarda de filhos adveio da necessidade de encontrar uma maneira capaz de fazer com que pais e filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após a ruptura do vínculo conjugal.

O estudo se desenvolveu abordando a alienação parental que surge após o rompimento afetivo dos pais da criança e, o papel da guarda compartilhada na manutenção do equilíbrio da relação dos pais com a criança, permitindo que haja decisão conjunta sobre os aspectos da vida dos filhos.

A priori, o estudo foi direcionado à análise da legislação existente a respeito da estrutura familiar, e dos direitos garantidos a essa entidade, identificando os direitos inerentes aos frutos dessa união, que não podem ser lesionados quando há a ruptura do instituto familiar. E foram abordadas as modalidades de guarda estabelecidas em lei.

O segundo momento consistiu na definição da alienação parental e aspectos relevantes inerentes à sua prática, e a importância da guarda compartilhada na prevenção. No terceiro momento, foi realizada análise da Lei 11.698/2008 e suas repercussões jurídicas sob a perspectiva da ruptura do vínculo de posse ou propriedade e o combate à alienação parental.

O método de abordagem foi o dedutivo, cujo aspecto essencial sustenta-se nos procedimentos através do qual a pesquisa foi desenvolvida. Por sua vez, o tipo de estudo foi a pesquisa bibliográfica, em busca da compreensão do comportamento do objeto de estudo e identificar a eficácia da guarda compartilhada no combate ao vínculo de posse ou propriedade e à alienação parental.

Os estudos acerca da guarda compartilhada têm o intuito de mostrar como esse compartilhamento rompe o vínculo de posse ou propriedade parental.

2 A FAMÍLIA E A REORGANIZAÇÃO APÓS A DISSOLUÇÃO DOS VÍNCULOS

2.1 Família: aspecto evolutivo e a formação de novos arranjos familiares

Ao longo da história, o instituto familiar já foi definido de diversas formas. Levando em consideração um rápido apanhado histórico, o Direito Romano teve grande influência nesse processo evolutivo da família. O Império Romano, em meados de 450-451 a.C, representou o marco inicial dessa mudança com a criação da Lei das XII Tábuas.

Foi no Direito Romano que surgiu a terminologia "Poder Familiar", cuja nomenclatura apareceu sendo utilizada posteriormente pelo Código Civil de 2002, substituindo o pátrio poder adotado pelo Código Civil de 1916, que era absoluto, devido às transformações profundas e significativas que ocorreram nas relações familiares.

No contexto de reorganização, após passar por tantos períodos históricos e carregar um pouco de cada um, a família chegou a um conceito geral que ainda permeou as relações interpessoais por muito tempo até se deparar com as novas diretrizes propostas com o advento da modernidade. Essa caracterização familiar, trazida por Domingos Castro em seu blog "Antropologia Social" foi muito bem descrita pelo antropólogo francês Claude Lévi-Strauss:

> A família nasce a partir do momento em que haja casamento, passando, portanto, a haver cônjuges e filhos nascidos da união destes. Os seus membros, que se mantêm unidos por laços legais, econômicos e religiosos, respeitam uma rede de proibições e privilégios sexuais e encontram-se vinculados por sentimentos psicológicos como o amor, o afeto e o respeito. (CASTRO, 2017).

O Código Civil (BRASIL, 1916) entendia a família como instituto fundado pela consanguinidade ou a partir do casamento formal. Com o passar dos anos, a realidade social acabou desvinculando essa concepção de família e o conceito atual, acolhido pelo direito brasileiro, afirma que a base da constituição familiar é o afeto. Sendo uma sociedade formada por indivíduos unidos por laços de sangue ou de afinidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 – que reservou um capítulo para dispor sobre o Direito de Família – e do Código Civil de 2002, os arranjos familiares tomaram um rumo bem mais complexo, visto que a noção de família não está mais só

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ligada à realização da solenidade casamento, mas à singularidade de experiências adquiridas e à formação de uma identidade pessoal e social cuja definição está diretamente ligada a sentimento e afeto.

Segundo Baptista (2014), "o processo de urbanização acelerada e o surgimento de movimentos de emancipação das mulheres ocorreu com o surgimento da industrialização. A partir de então houve profundas transformações tanto econômicas quanto sociais, resultando também em transformações comportamentais, que principiaram o fim do molde patriarcal entendido como instituição familiar".

Na visão de Tartuce (2016) o modelo familiar que viria a se tornar um padrão de referência para a contemporaneidade era nada mais que produto da própria modernidade. Isto é, "em uma sociedade democrática, a pluralidade das formas de vida ganha espaço nas leis e toma forma também na participação dos indivíduos na construção das políticas que os afetam" (BIROLI, 2014, p. 76).

O texto constitucional (BRASIL,1988) traz expressamente em seu art. 226 o conceito de família: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Explicita ainda como entidades familiares os seguintes modelos: casamento (art. 226 § 1º e § 2º, CF), união estável (art. 226 § 3º, CF) e família monoparental (art. 226 § 4º, CF).

Todavia, a Constituição Federal/88, em seu art. 226, traz uma exemplificação da entidade familiar. Dessa forma, a limitada compreensão de família a partir das entidades previstas constitucionalmente, suscita o reconhecimento de novas modalidades com base nas diversas interações sociais.

> Não há rol taxativo pelo qual seja possível designar todas as estruturas familiares (...) temos observado que a nossa legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleo familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, embora o não reconhecimento legal. (HINORAKA, 2015, p. 57)

Atualmente as famílias têm apresentação distinta das antigas, especialmente no que concerne às suas finalidades, composição e papéis dos sujeitos que a compõem (VENOSA, 2016), desafiando os juristas e a legislação a amparar suas mais variadas formatações, tendo em vista sua função estrutural para a sociedade contemporânea.

> Surgem, assim, novos arranjos familiares, novas representações sociais baseadas no afeto –palavra de ordem das novas relações. Por isso, o casamento deixa de ser necessário, dando lugar à busca de proteção e desenvolvimento da personalidade e da dignidade humana, ultrapassando, de alguma forma, os valores meramente patrimoniais (MADALENO e MADALENO, 2013, p. 19).

A leitura da Carta Magna deve ser capaz de considerar as mudanças tanto nos valores quanto nas práticas sociais (LOBO, 1989), pois está assentada sob o princípio da dignidade da pessoa humana, não excluindo qualquer modalidade de família. Desse modo, a exclusão é praticada por aquele que interpreta o texto constitucional, divergindo dos fundamentos básicos contemplados na norma.

2.2 A ruptura da estrutura familiar

O momento da ruptura do matrimônio deve ser analisado com cuidado, no que diz respeito ao futuro dos filhos do casal. Dependendo de como o desenlace conjugal é realizado, pode se tornar traumático e assustador para as crianças, mesmo que a convivência estivesse sendo conflituosa enquanto a família residia no mesmo espaço.

Partindo desse entendimento, a norma jurídica se torna um dos meios mais utilizado para que, a partir da análise da situação, a decisão do rompimento conjugal possa trazer o mínimo de danos à vida daquelas crianças envolvidas na relação.

Segundo o Código Civil Brasileiro (2002), em seu artigo 1.634, no exercício do Poder familiar:

> Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

O atual "poder familiar" trazido pelo novo Código Civil de 2002, veio substituir o "pátrio poder" presente no Código Civil de 1916 que outorgava apenas ao marido a chefia da sociedade conjugal. O poder familiar diz respeito aos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores e não emancipados. Portanto, os filhos devem obediência e respeito aos seus pais, sejam eles naturais, socioafetivos ou legais. Enquanto os pais devem prestar guarda, educação e sustento aos filhos (RODRIGUES, 2002).

As mudanças trazidas tanto pela Carta Magna de 1988 quanto pelo Código Civil de 2002 deram ensejo à criação do poder familiar, que tem como escopo dividir igualmente as obrigações, deveres e direitos entre os genitores, cuja prole deve, invariavelmente, sujeitar-se ao seu exercício até que sobrevenha qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 1.635, do Código Civil, quais sejam:

> 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.

O Poder Familiar poderá ser extinto ainda nas hipóteses do artigo 1.638, CC/2002: "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".

Segundo entendimento do STJ, dentre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de educar os filhos, de cuidar, de cria, sendo aqui imprescindível a atenção e acompanhamento da criança, tanto no aspecto social quanto no aspecto psicológico. E é esse vínculo que deve ser buscado e mensurado, para garantir a

proteção do filho quando o sentimento for tão tênue a ponto de não sustentarem, por si só, a manutenção física e psíquica do filho, por seus pais – biológicos ou não.

2.3 Os tipos de guarda estabelecidas em lei

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2010), "o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva". Por sua vez, o Código Civil (2002), em seu artigo 1.636, destaca a permanência dos direitos e deveres do poder familiar do pai e da mãe em relação aos filhos do relacionamento anterior, ainda que possa ter contraído novas núpcias ou estabelecido união estável.

Portanto, o poder familiar é sempre compartilhado entre os genitores, protegendo, desta forma, os filhos havidos fora do casamento ou na constância da união estável, visto que o exercício de tal encargo não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros.

Contudo, no momento que há o rompimento do convívio dos pais, ou nas hipóteses em que este nunca existiu, os genitores deixam de exercer, as funções parentais, devendo ser estabelecida então uma modalidade de guarda que vise os melhores interesses do menor. Importa inferir que, qualquer matéria que envolva a guarda e cuidados de menores deve ser levada ao juízo, independentemente de acordo ou não entre os genitores.

O artigo 33, caput, da Lei nº 8.069/ 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*, dispõe que a guarda implica na prestação de assistência material, moral e educacional, o que confere ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros.

> Art. 33. A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais.

A concessão da guarda poderá ser requerida, por consenso entre os genitores, ou por qualquer um deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, bem como pode ser decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do menor e seu interesse, tentando o magistrado sempre conciliar a distribuição do tempo da criança ou adolescente com seus genitores, nos termos dos incisos do artigo 1.584 do Código Civil de 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.583, refere dois tipos de guarda: Guarda Unilateral e Guarda Compartilhada.

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
>
> § 1o Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

A Guarda Unilateral é caracterizada pelo exercício exclusivo ou prioritário das responsabilidades parentais, é a guarda dada a uma única pessoa, ao pai ou a mãe. Cabendo ao outro genitor somente o direito de visitas. A modalidade de guarda unilateral era regra até julho de 2008, alterando-se tal preferência quando da promulgação da Lei 11.698/08, Lei de Guarda Compartilhada.

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.(Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
>
> (..)
>
> § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Note que esta modalidade atribui a apenas um dos genitores a guarda do menor, com o estabelecimento de regime de visitas ao genitor não guardião, e é atribuída motivadamente àquele que revele melhores condições de exercê-la. Essa especificidade de guarda também é encontrada em famílias monoparentais, visto que a criança é registrada com o nome de apenas um de seus genitores, de modo que a adoção da guarda unilateral não é surpresa.

A doutrina atual entende que esta modalidade é caracterizada pelo cerceamento e limitação do princípio da convivência e do compartilhamento em família, tornando-se assim exceção, visto que não privilegia os melhores interesses do menor que deve ter seus interesses sempre resguardados e buscados na medida do possível.

Tal entendimento é embasado pela noção comum da doutrina e jurisprudência atual de que a guarda unilateral não condiz mais com a realidade da família contemporânea, já que não garante à criança ou ao adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Isso quer dizer que, no âmbito afetivo familiar, os princípios constitucionais da igualdade, da proteção integral e absoluta, da cidadania e da dignidade humana reclamam a intangibilidade do princípio da convivência integral em família.

Por sua vez, a Guarda Compartilhada, mais adotada atualmente, é caracterizada pela repartição conjunta das responsabilidades por ambos os genitores. Funciona em situação de igualdade, os pais serão igualmente responsáveis por tomar as decisões sobre a vida da criança. Nessa modalidade, será fixada a moradia da criança e o pai ou a mãe que não tiver a guarda, terá garantido o direito de visita.

A doutrina define guarda compartilhada como "um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores" (GRISAR FILHO, 2010, p.91).

A Guarda Compartilhada foi inserida em nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 11.698/2008, que tornou regra a sua aplicação (art. 1.584, § 2º do Código Civil de 2002). Da mesma forma que a guarda unilateral, a modalidade compartilhada de guarda deverá ser fixada nos termos dos incisos do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, podendo ser aplicada inclusive nos casos em que não há acordo entre os genitores.

A proposta do legislador trazida através desta modalidade de guarda foi muito bem assimilada pela doutrina, que entende que "a proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarretou nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária" (DIAS, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diferentemente das guardas unilateral e compartilhada, a Guarda Alternada não está prevista em nossa legislação civil. Para entender a guarda alternada, podemos citar a definição trazida pelo Ilustríssimo doutrinador Waldyr Grisard Filho (2010, p.106), que a entende da seguinte forma:

> A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, consequentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.

Embora não encontre respaldo na legislação brasileira, essa modalidade é moderadamente adotada em casos pontuais. Esta modalidade propõe que o tempo da criança seja igualmente divido entre seus genitores, alternando-se entre a residência paterna e a materna, em espaços de tempo que poderiam ser: quinzenal, mensal, semestral ou anual, a depender da escolha dos genitores.

Portanto, o genitor que detenha a guarda alternada é no espaço de tempo em que a exerce titular integral do poder familiar e dos direitos e deveres que o compõem. Existe assim, uma alternância na titularidade da guarda. Há ressalvas em relação a essa modalidade de guarda por conta da não existência de uma casa e rotina fixa o que futuramente pode causar instabilidade no processo de formação emocional na criança ou adolescente.

3. ALIENAÇÃO PARENTAL: O ADOECIMENTO FAMILIAR

3.1 Aspectos inerentes a Alienação Parental

Habitualmente, quando ocorre a separação de um casal de forma não amistosa, ou mesmo esse casal vive junto, mas mantém um relacionamento conturbado, uma ou até mesmo as duas partes pode desenvolver um comportamento nocivo, usando os filhos, frutos do relacionamento, como meio de afetar o parceiro.

O genitor inconformado com a separação e, no intuito de evitar o convívio da criança com a outra parte, passa a relatar eventos inverídicos causando medo ao filho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

do casal. Faz parte também desse tipo de comportamento, provocar o distanciamento físico entre a criança e seu genitor, bem como fomentar a transferência do afeto para seu novo companheiro ou companheira.

O responsável legal pela criança ou adolescente que tenta influenciar negativamente essa criança de maneira a implantar sentimento de repúdio em relação a outro membro familiar, denegrindo a imagem deste, praticará a Alienação Parental. A Lei nº 12.318/2010, em seu artigo 2º, define Alienação Parental como:

> toda interferência na formação psicológica da criança ou adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

O alienador, em regra, é o familiar que exerce a guarda da criança ou adolescente. Todavia, outros parentes que, embora não exerçam a guarda do menor, mas possuem influência sobre a criança também pratiquem a alienação parental (CEARÁ,2018). Nesse caso, a alienador utiliza os momentos que estão na companhia da criança.

Diferentemente do que se pensa a alienação parental não ocorre apenas quando o genitor fala mal do outro para a criança, mas quando tenta de qualquer forma desmoralizar sua imagem. O objetivo é destruir o vínculo afetivo fazendo com que a criança acredite na versão do alienante e se afaste do genitor alienado.

Conforme ressalta DIAS (2010, p. 418), a definição de como são gerados os atos da alienação não é uma tarefa fácil, pois o genitor alienador age de forma natural, como se a ação realizada com seu filho fosse o normal. A partir daí, seus atos só vão aumentando e por consequência prejudicando cada vez mais a vítima.

A Lei de Alienação Parental altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As condutas que devem ser observadas para a configuração da alienação parental são citadas na Lei nº 12.318/2010. Todavia, trata-se apenas de um rol exemplificativo de condutas. São elas:

- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- Dificultar o exercício da autoridade parental;
- Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- 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.

O agente alienador age de forma extremamente sutil, porém os danos advindos dessa ação podem ser violentos e irreversíveis. Na maioria dos casos é quase imperceptível, só permitindo a visualização do estrago de forma tardia.

De acordo com a legislação, as medidas de proteção prevista no Art. 4º da Lei 12.318\2010 poderão ser aplicadas, provisoriamente, caso se perceba meros indícios de atos relacionados à alienação parental. Dessa forma, a legislação visa a preservação da integridade psicológica do menor, assegurando sua convivência com o genitor ou viabilizando a reaproximação entre ambos (CEARÁ, 2018). Em tese, as medidas podem ser requeridas pelo alienado, podendo também o Ministério Público ou o Juiz tomar as medidas cabíveis, em processo judicial já instalado.

Segundo Silva e Resende (2007) "O alienador passa em alguns momentos por uma dissociação com a realidade e acredita naquilo que criou sozinho. E o pior, faz com que os filhos acreditem, sintam e sofram com algo que não existiu, exprimindo emoções falsas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O comportamento alienador pode estar associado a características perversas dos pais, com a presença de uma forma de agir premeditada, com o intuito de prejudicar seu ex-cônjuge (SOUSA, 2015). Entretanto, em muitos casos, ambos os genitores estão predispostos a alienar, em função de características de personalidade perversa.

Para Maria Berenice Dias (2010) as famílias multidisciplinares possuem uma dinâmica mais instável e por isso há uma probabilidade maior de manifestar a síndrome da alienação parental, até mesmo como um mecanismo desencadeado em busca da estabilidade perdida. O alienador age a partir de desabafos e lamentações, narrando decepções sofridas à criança, provocando nesta, consequências importantes, tais como: queda no rendimento escolar, comportamento violento com outras crianças, entre outros comportamentos aparentemente sem motivo (FREITAS, 2012).

3.2 Síndrome da Alienação Parental

A principal consequência para a criança ou adolescente submetida à alienação parental é o desenvolvimento da chamada Síndrome da Alienação Parental (SAP), que não se confunde com os atos de alienação parental em si, sendo certo que nem sempre a criança ou adolescente exposta a atos alienadores chega a desenvolver esse distúrbio psicológico (SOUZA, 2010).

O termo "síndrome da alienação parental" foi criado pelo doutor Richard A. Gardner, Professor de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia (EUA), através de seus estudos realizados na área da psiquiatria forense, avaliando crianças de famílias em situações de divórcio (FONSECA, 2006).

A criança quando exposta ao comportamento alienante do responsável, pode vir a desenvolver um transtorno comportamental no futuro. A familiaridade da criança com seu outro genitor se torna diminuída, e em casos mais severos, o distanciamento tanto físico como psicológico pode evoluir para reações de hostilidade extrema em relação ao alienado.

> A síndrome geralmente decorre da alienação parental, acarretando sequelas emocionais e comportamentais na criança ou adolescente vítima. Enquanto a alienação parental pode ser revertida, a síndrome da alienação parental, durante a infância, somente cessa (mesmo com acompanhamento psicológico) em 5% dos casos. (CEARÁ, 2018. p.10).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Outro fator que merece destaque é que a síndrome da alienação parental pode ser a origem de inúmeros problemas comportamentais quando a vítima alcança a vida adulta. Isso se torna perceptível quando ao completar a maioridade, aquela criança que esteve sob a alienação parental, deve agora tomar decisões importantes, e estabelecer relações mais profundas.

A Síndrome provoca inúmeras condições clínicas preocupantes que reverberam na vida futura da vítima. São elas: desorganização mental, dificuldade de concentração, depressão, sentimento de desespero, transtornos de identidade, culpa, ansiedade, comportamento hostil, tendência ao alcoolismo, transtorno de identidade ou de imagem e abuso de drogas ilícitas, podendo inclusive ocorrer a prática de suicídio (SILVEIRO, 2012).

3.3 Guarda compartilhada como prevenção

Em caso de separação com filhos, pensando no bem-estar das crianças, a guarda mais recomendada é a guarda compartilhada, vigente desde dezembro de 2014, por meio da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada possibilita a ambos os genitores maior proximidade e acesso à vida da criança ou adolescente, o que, segundo Amanda, "proporciona uma rotina semelhante à guarda conjunta e ao convívio e hábitos familiares que os filhos estão acostumados. Isso colabora para que os pequenos tenham o apoio necessário para superar as complicações que acompanham a separação, sobretudo no que diz respeito à ausência de amparo parental e consequente sensação de abandono afetivo". Por esse motivo, essa é a guarda mais indicada para evitar a alienação parental.

De forma ampla, o compartilhamento da guarda deve ser entendido como uma forma de família onde os pais separados têm a possibilidade de dar continuidade à educação e à criação dos filhos em lares distintos. Isto é, o convívio não será comprometido visto que ambos participarão da tomada de decisões na vida do filho. (RODRIGUES; PANHOZZI; MARQUES; 2005, p. 396-397)

A guarda compartilhada se torna uma forma de prevenção da alienação parental, uma vez que protege a criança de sofrer o abuso, tendo em vista que permite que a criança conviva tanto com a mãe, quanto com o pai, tendo os dois a obrigação de arcar com as despesas de modo igual, sendo a criança assistida por ambos, enquanto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

desenvolve suas atividades habituais, porém tendo residências alternadas, de acordo com que os genitores acharem melhor para a criança.

Para Waldyr Grisard Filho (2010, p. 897-912), a guarda compartilhada é "um dos meios de assegurar o exercício da autoridade parental que o pai e a mãe desejam continuar a exercer na totalidade conjuntamente". No entanto, se não exercida democraticamente, poderá acarretar problemas à criança. A guarda compartilhada mantém a corresponsabilidade e coparticipação das questões que envolvam a vida do filho, inclusive as mais quotidianas, zelando ambos os genitores pelo seu cuidado e crescimento.

4. DESALIENANDO A PARENTALIDADE

4.1 A perspectiva jurídica da Lei nº 11.698/2008 – Lei de Guarda Compartilhada

A modalidade de guarda compartilhada surgiu através do Projeto de Lei nº 6.350/02, de autoria do Deputado Tilden Santiago, em sua justificativa para a elaboração desta proposta, afirmava que a adoção do sistema da guarda compartilhada se encontrava na própria realidade social e judiciária (visto que a referida modalidade já era adotada pelos Tribunais, ainda que não positivada), na medida em que deveria ser assegurado o melhor interesse da criança e a igualdade entre pais e mães na responsabilização por seus filhos.

A guarda compartilhada confere a ambos os pais a responsabilidade sobre a criação dos filhos, mesmo após a ruptura da vida conjugal. Esse tipo de guarda exclui a sensação de abandono causado pela separação dos genitores, possibilitando assim o contato diário e vínculo sentimental. Grisard Filho (2002, p. 155), escreve um breve conceito sobre a guarda compartilhada:

A guarda compartilhada atribui aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, que define ambos os genitores como titulares do mesmo dever de guardar seus filhos, permitindo a cada um deles conservar os seus direitos e obrigações em relação a eles. Neste contexto, os pais podem planejar como convém a guarda física.

Segundo Baptista (2011), a guarda compartilhada visa garantir o interesse do menor, a partir de seus fundamentos de ordem psicológica e constitucional. Assim sendo, essa modalidade prioriza o efetivo exercício do poder parental pelos genitores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com a aplicação desta forma de guarda, o genitor que não vive sob o mesmo teto de seu descendente tem assegurado o livre exercício do poder parental a ele atribuído, a manutenção do vínculo afetivo, participando, assim, de maneira muito mais efetiva na vida de seu filho, mesmo após a ruptura da relação conjugal (AKEL, 2009).

Portanto, com a guarda compartilhada, os pais adquirem a responsabilidade de forma igualitária na participação diária das atividades desenvolvidas pelos menores, inclusive na escolha de quais atividades extracurriculares serão feitas, bem como a instituição de ensino na qual será matriculado.

4.2 A efetiva participação dos pais na guarda compartilhada

Após a breve análise de todos os métodos aplicados pelo Poder Judiciário aos genitores, quando esses requerem a guarda, temos que pelo melhor interesse da criança, após o advento da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada é a melhor a ser utilizada, visto que terá uma maior aproximação e convívio diário com ambos os genitores, algo importantíssimo para a formação do menor, independentemente de os genitores estarem separados.

Para se obter um ótimo resultado na guarda compartilhada, é necessário que exista um trabalho conjunto do juiz, bem como dos conselheiros, para que os genitores superem a desavença por vezes existente, pensando principalmente no benefício em que a boa convivência trará para os filhos.

A mediação de profissionais qualificados em conjunto com o Conselho Tutelar, Ministério Público e Vara da Infância e da Juventude é a melhor maneira de solucionar casos de crianças vitimadas pela SAP (Síndrome de Alienação Parental). Porém, não se deve limitar apenas ao diagnóstico; esses casos precisam ter um acompanhamento profissional adequado. Recomenda-se, que, ao ser verificado pelo Judiciário tal fenômeno, este deve ser encaminhado para tratamento psicoterapêutico.

As outras formas de guarda só serão benéficas ao infante nos casos em que os pais não possuam discernimento psicológico para exercer o poder familiar e não tenham um bom convívio entre si, não mantenham uma relação harmoniosa. Além disso, tanto a guarda unilateral como a alternada trazem malefícios ao menor, pois esse não terá uma base familiar concreta, posto que sempre estará em um ambiente diferente daquele com o qual está acostumado, tendo afetados seu crescimento humano e intelectual.

Assim, a guarda compartilhada é o modelo mais adequado ao bem-estar dos filhos após o rompimento do relacionamento entre os pais, pois impede que os laços entre eles se enfraqueçam, além do que distribui entre os genitores os direitos e deveres do poder familiar.

4.3 A possibilidade de ruptura do vínculo de posse ou propriedade e o combate à alienação parental

A aplicação da modalidade da guarda compartilhada não se trata apenas de estabelecer e efetivar o princípio da igualdade entre homem e mulher, mas o exercício justo da autoridade parental por parte do pai e da mãe que devem ter direitos e deveres iguais em relação aos filhos. Aqui a ruptura com o vínculo de posse ou propriedade é o centro do compartilhamento do poder familiar, vez que, por menos traumática que seja a dissolução afetiva dos pais para os filhos, há mudança nos hábitos, nos costumes, provocando dor e sofrimento para todas as partes, sendo os filhos os mais prejudicados. (FONTES, 2008).

Para confirmar tal análise, Eduardo de Oliveira Leite mostra:

> A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores. (LEITE, 2003. p.282).

Dentre os tantos benefícios de existir esse compartilhamento da guarda, Maria Helena Diniz (2015), elenca os principais, quais sejam: maior envolvimento entre pais e filhos, facilitando o pagamento de pensão alimentícia; redução do sentimento dos pais de que não participam de forma efetiva da criação e formação de seus filhos; aumenta a responsabilidade entre os genitores, vez que estes cooperam mais um com o outro e se comunicam de forma mais eficaz; permite a tomada de decisões conjuntas em relação à vida dos filhos; reduz os sentimentos de culpa e frustração dos pais de não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

exercerem de forma satisfatória seus papéis; reduz os conflitos por desconstruir o sentimento de posse ou propriedade dos pais em relação aos filhos e, principalmente, elimina as possíveis raízes de rejeição dos filhos quanto ao reconhecimento afetivo de seus pais, proporcionando a convivência tanto com os papéis de homem e mulher, pai e mãe, livre da existência de conflitos, facilitando o processo de socialização e reconhecimento desse poder familiar.

Uma das maiores e mais importantes repercussões jurídicas da ruptura do vínculo de posse ou propriedade parental através da modalidade de guarda compartilhada é o combate que esta exerce contra a Síndrome da Alienação Parental, cuja representação indica um fenômeno muito comum na sociedade, que desfaz toda a estrutura familiar e os laços afetivos que foram construídos no ambiente privativo familiar. (DIAS, 2016).

Sua existência se dá com a péssima administração do término do relacionamento conjugal, cuja caracterização ocorre através de um intenso processo de destruição e desmoralização da imagem de um dos cônjuges e descrédito à autoridade parental do outro, provocando o sentimento de rejeição do filho em relação ao cônjuge vítima da alienação. (DIAS, 2016).

Em análise à Síndrome da Alienação Parental, Amaro (2013) dispõe o seguinte:

> A alienação parental se apresenta como um elemento de violação aos direitos fundamentais e princípios de proteção à criança e ao adolescente, na medida em que rompe completamente com o dever de cuidado, vale dizer, a alienação parental é exatamente o elemento de oposição direta ao dever de cuidado, pois a própria família, incumbida do dever constitucional de cuidar e proteger a criança e o adolescente, exerce contra estes um abuso moral, gerando danos psíquicos na formação destes, na qualidade de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. A alienação parental gera na criança uma sensação de perda (morte) do genitor alienado. (AMARO, 2013).

Para exemplificar de forma clara o que se configura como alienação parental, verifica-se a definição disposta no parágrafo único do art. 2º da Lei 12.318/2010, qual seja:

> 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;
>
> I V - 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;
>
> V I - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
>
> V II - 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).

Claramente com toda a análise supracitada é possível visualizar tamanho impacto da modalidade da guarda compartilhada no combate da alienação parental.

Diante o exposto, Diniz (2015) considera que a modalidade da guarda compartilhada é uma das mais saudáveis alternativas frente aos demais modelos de guarda, visto que fortalece o convívio entre pais e filhos e efetiva o exercício do poder familiar entre os genitores, ocasionando menos embates familiares. Assim, afasta o sentimento de vingança entre os genitores, combatendo de forma eficaz o fenômeno da alienação parental acima analisado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A existência da Alienação Parental se dá com a péssima administração do término do relacionamento conjugal, cuja caracterização ocorre através de um processo de desmoralização da imagem de um dos cônjuges e descrédito à autoridade parental do outro, provocando o sentimento de rejeição do filho em relação ao cônjuge vítima da alienação. (DIAS, 2016).

Em análise à Síndrome da Alienação Parental, Amaro (2013) dispõe o seguinte:

> A alienação parental se apresenta como um elemento de violação aos direitos fundamentais e princípios de proteção à criança e ao adolescente, na medida em que rompe completamente com o dever de cuidado, vale dizer, a alienação parental é exatamente o elemento de oposição direta ao dever de cuidado, pois a própria família, incumbida do dever constitucional de cuidar e proteger a criança e o adolescente, exerce contra estes um abuso moral, gerando danos psíquicos na formação destes, na qualidade de pessoa em condição peculiar de desenvolvimento. A alienação parental gera na criança uma sensação de perda (morte) do genitor alienado. (AMARO, 2013).

Dentre as modalidades explanadas no presente trabalho, a guarda compartilhada é tida como a mais harmoniosa e benéfica se comparada com as outras, fornece a possibilidade de uma convivência mais próxima entres pais e filhos, e consequentemente diminui as chances de se tornar uma relação onde se exerça alienação parental. A aplicação da modalidade da guarda compartilhada não se trata apenas de estabelecer e efetivar o princípio da igualdade entre homem e mulher, mas o exercício justo da autoridade parental por parte do pai e da mãe que devem ter direitos e deveres iguais em relação aos filhos.

Retomando Diniz (2015), a guarda compartilhada envolve uma relação mais próxima entre pais e filhos, distribui melhor a responsabilidade na criação e educação dos filhos, possibilita uma troca de decisões com o mínimo de embates possíveis, a comunicação é trabalhada e por consequência os conflitos tendem a diminuir, facilitando assim o crescimento familiar com uma boa socialização.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: uma nova realidade. Coordenadores: COLTRO, Antonio Carlos Mathias e DELGADO, Mario Luiz. São Paulo: Editora Método, 2009a.

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada:** um avanço para a família.

2.ed. São Paulo: Atlas, 2009b.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda Compartilhada**. Editora Edições Bagaço; 2011; pg. 35.

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família.** 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BIROLI, Flávia. **Família:** novos conceitos. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____.**LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916.** Código civil revogado pela Lei nº 10.406, de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em 15 abr. 2021.

_____. **Lei 8.069,** institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras Providências. 13 de

julho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____.**Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.**Institui o Código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. **Lei** nº 11.698 de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm >. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

_____.**Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 18 abr.2021.

CASTRO, Domingos. **Antropologia Social.** 2017. Disponível em: <http://antropologiasaude.blogspot.com.br/> Acesso em 21 de novembro de 2020.Conceitos essenciais: família, acesso em: 01 de outubro de 2020).

CEARÁ. Ministério Público do Ceará. **Cartilha – Alienação Parental**. Tauá, 2018. Disponível em: < http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/12/CARTILHA-ALIENA%C3%87%C3%83O-PARENTAL.pdf>. Acesso em 20 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental-realidade que a Justiça Insiste em Não Ver**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRISAR FILHO, Waldir. **Guarda compartilhada:** um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**; 8ª edição revista e atualizada; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2011.

DINIZ, Maria Helena. Guarda: **Novas Diretrizes.** Revista do Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 3, p.207-212, abr./jun. 2015. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/ 92840. Acesso em: 12 set. 2020.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista Tribunais, 2010.

FILHO, Waldir Grisard. **Guarda Compartilhada**: **um novo modelo de responsabilidade parental.** 2ª Ed. rev. Atual e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.GOMES, Orlando. Direito de Família, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FONSECA, P. M. P. **Síndrome de alienação parental**. Pediatria, São Paulo, v. 28, n. 3, set./dez. 2006. Disponível em: <http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2021.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental - Comentários À Lei 12.318/2010.** 2 ed. São Paulo: Forense, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. **Tratado de direito das famílias.**3. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental:** importância da detecção aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Ney Lobato; PANHOZZI, Aline; MARCELINO, Suéllen Siqueira. **A responsabilidade parental conjunta após a dissolução do casamento**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 44, p.393-401, set./dez. 2005. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18360/A_Responsabilidade_Parental_Conjunta_Após_a_Dissolução_do_Casamento.pdf >. Acesso em: 12 set. 2020.

SILVA, E. L & RESENDE, M. (2007) SAP. A Exclusão de um terceiro, in **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião**. Porto Alegre: Editora Equilíbrio, 2007,

SILVEIRO, A. R. **Análise interdisciplinar da síndrome da alienação parental:** aspectos jurídicos e psicológicos. Monografia. Curso de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2012. Acesso em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/alice_silveiro.pdf >. Acesso em: 05 mai. 2021.

SOUZA, Analícia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental**: um novo tema nos juízos de família. 1ª. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Recurso

Especial 1.159.242-SP. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/Guarda_Tutela/gt_jurisprudencia_guarda_tutela/STJ%20-%20Recurso%20Especial%20n%C2%BA%201.159.242-SP%20-%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o.pdf. Acesso em: 10 mai. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** Direito de Família. 11. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPRESCRITIBILIDADE NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INCLUSÃO DO CRIME DA PRÁTICA DA TORTURA

ANTONIO LUÍS MOREIRA ALMEIDA: Especialista em Direito Constitucional lato sensu pela Escola Superior de Direito Constitucional; Especialista em Processo Civil lato sensu pela Universidade de Mogi das Cruzes-SP; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP e Mestrando em Direito Constitucional PUC/SP.

RESUNO: O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto da imprescritibilidade inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Brasileira e questionar os valores na efetivação e proteção dos direitos humanos. Assim, a grande questão é saber, se a prescrição esvazia a efetividade destes direitos na pacificação social. Por fim, a prática da tortura, mesmo não contido no rol dos crimes imprescritíveis, pode-se considerar imprescritível.

ABSTRACT: This article aims to analyze the imprescriptibility institute, inserted in the list of the fundamental rights and guarantees of the Brazilian Constitution and to aks the values in the realization and protection of the human rights. So, the great question is whether the prescription depletes the effectiveness of these rights in social pacification. Finally, the practice of torture, even if it is not contained in the list of the imprescriptible crimes, it can be considered like this.

Palavras-chave: Constituição – imprescritibilidade – Prescrição – Direitos Humanos.

Keywords: Constitution - imprescriptibility - Prescription - Human Rights.

Sumário: 1. Introdução: 2. - A imprescritibilidade na Constituição Federal; 3. - A imprescritibilidade na Constituição Federal dos crimes de racismo e de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito; 4. - Prescrição sob a ótica dos diretos fundamentais; 5. - Imprescritibilidade sob a ótica dos diretos fundamentais; 6. - A inclusão dos crimes de tortura na imprescritibilidade; 7. - Considerações finais; Referências bibliografia.

1 – Introdução

A imprescritibilidade inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Brasileira e empoderamento dos valores na efetivação e a proteção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dos direitos humanos. Assim, a grande questão é saber, se a prescrição esvazia a efetividade destes direitos na pacificação social. Por fim, a prática da tortura, mesmo não contido no rol dos crimes imprescritíveis, pode-se considerar imprescritível.

2 - A imprescritibilidade na Constituição Federal

A Constituição brasileira atual inspirada na evolução social alcançou desde a Constituição de 1824, mencionado no preâmbulo da Assembleia Nacional Constituinte o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, conquanto, observa-se desde logo, que no Estado Democrático de Direito alguns comportamentos considerados graves e atentatórios aos valores mencionados acima, serão punidos de forma diferenciada e que o fator tempo, não será obstáculo para se alcançar a punição, especialmente quando houver a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares que atentem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, tendo em vista que o crime de tortura é tão repugnante quanto ao crime de racismo e os praticados por grupos armados contra a ordem democrática, aquele não está contido no rol dos crimes imprescritíveis contido na Constituição?

Esclarece desde logo, que o presente opúsculo não tem a pretensão de esgotar o assunto, apenas refletir sobre o instituto da imprescritibilidade sob a ótica dos direitos fundamentais contidos na Constituição e com aspecto sobre a ausência do crime de tortura não constar no rol dos crimes imprescritíveis.

O preâmbulo da Constituição representa a expressão solene de propósitos, dos principais, pensamentos e valores que dominaram os debates da Assembleia Constituinte em seu trabalho de elaboração constitucional, anunciando por consequência, a virtude e os fins para os quais foi estabelecida, além de exercer a função não rara de cláusula de promulgação e ordem de obediência, como tem sido os preâmbulos das Constituições brasileiras desde o império198, embora não seja este o elemento obrigatório ou necessário para que o texto constitucional produza seus efeitos, mas pode ser uma oportunidade privilegiada para que o constituinte apresente uma síntese de reflexão acerca do Direito e da sociedade que pautou os

198 SILVA, José Afonso da. Comentários contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.21.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

trabalhos desenvolvidos na elaboração da Constituição que terá sua vigência199, por esta razão, a imprescritibilidade dos crimes de racismos e de grupos armados que estão elencados no rol dos crimes imprescritíveis por atentarem contra a humanidade, deixando de fora deste rol os crimes de torturas, que são tão graves quantos aqueles.

No Estado Democrático de Direito no qual estão insculpidos os fundamentos da cidadania, soberania e a dignidade da pessoa humana, comportamentos graves que atentem contra estes primados exigem repreensão pelo Estado de forma eficaz e para isso, o fator tempo representado pela prescrição200 atenta contra estes anseios sociais inseridos pelo constituinte originário, justificando a exceção ao tempo pelo instituto da imprescritibilidade previsto nos incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição Federal, sob pena de igualar-se aos delinquentes e de perder toda a autoridade e credibilidade.

Nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, além de construir uma sociedade livre, justa e solidária, a prática do racismo é uma forma de discriminação, seja de origem, raça, sexo ou qualquer outra forma que atente contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito, mormente a dignidade da pessoa humana, portanto, a imprescritibilidade do crime de racismo encontra lastro nos pilares da democracia e pavimenta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesta toada, Ivan Luís Marques menciona que os objetivos mais importantes são o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CF), pois o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos princípios do repúdio ao racismo e ao terrorismo (art. 4º, VIII, CF) e, principalmente, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF)201.

A imprescritibilidade elevada à categoria de direitos constitucionais, tem seu espectro inserido no capítulo dos direitos fundamentais e objetiva proteger os

199 J. J. Gomes Canotilho ...[et al.]; outros autores e condenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Mendes. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 105.

200 É a perda do poder de punir do Estado em face do decurso do tempo, gerando a extinção da punibilidade (art. 107, IV, CP). (NUCCI, Guilherme de Souza. Dicionário Jurídico penal, processo penal e execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.245.

201 Crimes da ditadura militar, uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. Organização de Luiz Flávio GOMES, Valério de Oliveira MAZZUOLI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

direitos das vítimas, que por sua vez, é um dever do Estado e da sociedade como detentora do direito de punição e por conseguinte, o direito à imprescritibilidade é tão legítimo quanto ao direito à prescritibilidade202 e representa um *plus* na seara da segurança jurídica inserido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

A segurança jurídica mencionada no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal prevê a estabilidade, previsibilidade e redução dos riscos, pois no catálogo expresso de direitos e garantias fundamentais aplica-se por toda a constituição e fomentando-se ainda, a efetividade do ato jurídico perfeito e a irretroatividade da lei. Assim, a segurança jurídica é ainda materialmente fundamental, por se entrelaçar corretamente com a dignidade da pessoa humana, prevendo a tranquilidade e a previsibilidade, sem as quais a vida se converteria em uma sucessão angustiante de sobressaltos203.

Assim sendo, a estabilidade nas relações jurídicas advém dos princípios do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, enquanto a segurança advém da previsibilidade da atuação estatal que se expressa pelo princípio da legalidade, pois ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei, além de previsibilidade da inexistência de crime sem lei anterior que o defina e da criação do tribunal de exceção; já a redução dos riscos se expressa na garantia da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sem olvidar ainda, a atividade estatal na prevenção, vigilância e repressão de atividades delituosas.

Não obstante a prescrição representar o direito à liberdade de locomoção dos cidadãos e até mesmo, a garantia constitucional da segurança jurídica das relações sociais, por sua vez, a impunidade quanto aos fatos graves considerados imprescritíveis na Constituição, também atentam contra a garantia da segurança e da paz assumida pelo Estado aos seus tutelados, por isso, o instituto da prescrição aplicada nos crimes de racismo e de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, induz à ineficiência do devido processo e procedimento legal e à violação do dever do Estado de promover a proteção da sociedade.

É importante destacarmos que a prática do racismo resultante de preconceito de raça ou cor e não a ausência de punição pela prescrição, atenta contra o direito a igualdade de todos perante a lei, além de fragilizar o princípio da

202 SILVA, Alex Xavier Santiago da. Imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional no Brasil. Curitiba: Juruá, 2017, p. 108.

203 Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho. [el al]. Idem, p. 273.

segurança jurídica, visto que, o Estado ao deixar de aplicar a sua justiça em virtude do decurso de um determinado lapso de tempo previsto em lei, perde força institucional204 e fomenta a descrença da sociedade advinda da impunidade.

A prática do racismo exige a punição por parte do Estado que assumiu exercer o *jus puniendi* e com isso, está fazendo *jus* à soberania cedida pela coletividade de indivíduos concernente a garantia da paz e da estabilidade de relações, prometidas na elaboração do contrato social205 e por consequência, a impunidade conduz à sensação social de insegurança, principalmente quando o crime causa repercussão social, por isso, a imprescritibilidade representa o meio de assegurar os direitos humanos das vítimas e da sociedade, além de resguardar os valores contidos no direito à memória, à verdade, à garantia da paz e à luta contra a impunidade.

3 - A imprescritibilidade na Constituição Federal dos crimes de racismo e de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito

O surgimento do regime de segregação racial do *apartheid* implantado na África do Sul no período de 1948 a 1984 chocou o mundo civilizado, eis que eliminava os direitos das pessoas diversas da minoria branca. Desta forma, o Brasil adotou na Constituição de 1988 medidas jurídicas no combate ao racismo, entre elas está a imprescritibilidade da sua pena206.

Num País onde os afrodescendentes somam a grande parcela da população e cujas condições se encontram em desvantagem em relação aos brancos, o constituinte não se mostrou indiferente ao problema da intolerância racial, mormente diante dos objetivos fundamentais da República em promover o bem estar de todos sem preconceito de origem, raça, cor e quaisquer outras formas de discriminação. Desta forma, o mandado constitucional de criminalização ao crime de racismo protege os direitos fundamentais contra a discriminação em razão da raça ou da cor de pele.

A discriminação em razão da raça caracteriza conduta abominável e autêntica negação da evolução humana, além de conduta objeta de ofensa à dignidade da pessoa humana; constituindo o racismo modalidade qualificada de discriminação de superioridade de uma raça sobre a outra, negando a existência de

204 SILVA, Alex Xavier Santiago da. Idem, p.108.

205 SILVA, Alex Xavier Santiago da. Idem, p.108.

206 MORAES, Alexandre. [et al]. Constituição Federal comentada. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.187.

igualdade ao exercício de direitos pela cor da pele ou outras formas de discriminação. Assim, a Constituição Federal impôs um mandado expresso de criminalização ao determinar ao legislador a incriminação do racismo, atribuindo por conseguinte, o delito de extrema gravidade, a inafiançabilidade e a imprescritibilidade, permitindo ao Estado o direito de exercer o *jus puniendi* a qualquer tempo.

A imprescritibilidade prevista no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal aplica-se aos crimes de preconceito ou discriminação por raça e também aos crimes de preconceito ou discriminação por cor ou etnia, pois em determinados casos, não há como distinguir de forma segura o preconceito de raça ou cor e outros, o preconceito manifesta-se também na etnia. Destarte, aplica-se a imprescritibilidade ao racismo praticado em virtude da raça baseada na cor da pele e também aos grupos étnicos formados por membros de raças específicas e únicas, como algumas tribos indígenas ou grupos quilombolas207.

Não podemos esquecer que o termo racismo decorre da expressão raças humanas decorrente dos fenótipos das pessoas, pois é inegável a existência de pessoas discriminadas por serem negras advinda das características exteriorizadas de seu corpo, ou seja, grupos negros são discriminados por grupos brancos e até mesmo, grupos brancos são discriminados por grupos negros. Portanto, o crime de racismo imprescritível é aquele advindo do preconceito ou da discriminação negativa de alguém em virtude de pertencer a uma raça, uma cor ou eventualmente, a uma etnia, estando fora por consequência, as condutas discriminatórias relativas à religião e à procedência nacional208.

Muitas lutas foram necessárias para a conquista do Estado Democrático de Direito, embora no passado fossem frequentes as atuações de grupos armados destinados a manter o poder de forma autoritária, de forma que o constituinte originário atento a estes fatos, elevou os crimes praticados por estes grupos na condição de penas inafiançáveis e imprescritíveis.

Por sua vez, a práticas destes crimes por grupos armados ou revolucionários exige a intenção específica de atacar o sistema constitucional e a democracia, as quais foram conquistadas à duras lutas, cuja finalidade prática foi instituir uma forma de defesa da própria Constituição Federal e do Estado

207 SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e de discriminação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

208 SANTOS, Christiano Jorge. Idem, p. 91/92.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Democrático de Direito e por vias reflexas, *os direitos fundamentais do ser humano, uma vez que a sua outorga é a garantia de tais direitos pressupõem uma sociedade justa, a qual o regime democrático209.*

É escorreito que a sua aplicabilidade somente será possível se houver o fracasso da ação criminosa destes grupos de derrubarem a ordem constitucional, haja vista o surgimento de novo Estado, ou seja, a sua aplicabilidade restaria prejudicada. Todavia, restaurada a nova ondem constitucional anterior a qualquer tempo, os fatos praticados anteriormente serão imprescritíveis. Todavia, os atos de grupos sociais reivindicando direitos distintos não se aplica a imprescritibilidade, tendo em vista seus distintos objetivos210, sem olvidar ainda, que as divergências e tolerâncias são próprias da democracia e corolário, movimentos sociais sem viés clandestino ou violento, não se aplica a imprescritibilidade.

Destaca-se ainda, que os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estão tipificados na Lei n. 7.170/1983, englobando a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito e para ser aplicado, segundo Christiano Jorge do Santos, haveria a necessidade da existência de figura penalmente típica, por força do princípio da legalidade, porquanto, não existe em nosso ordenamento jurídico figura que a ela se molde211.

4 - Prescrição sob a ótica dos diretos fundamentais

A prescrição é uma das causas de extinção da punibilidade contida no inciso IV do artigo 107 do Código Penal e está associada a inoperância do Estado, mais especificamente, à lentidão estatal em exercitar e promover a persecução penal ao autor de delitos de natureza graves para a sociedade, renunciando tacitamente o direito de efetivar a punição212, tendo como consequência, a impunidade do delito pela inércia do Estado em prejuízo da coletividade.

Quando tratamos da prescrição no Estado Democrático de Direito, o combate aos delitos graves não pode ficar ao talante do Estado, tendo em vista que o direito de liberdade do delinquente não pode ficar eternamente a espera de resposta pelo ato ilícito praticado e por decorrência, a prescrição representa o divisor entre a

209 TRIPPO, Mara Regina. Imprescritibilidade penal. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p.85.

210 Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho. [el al]. Idem, p.426.

211 Prescrição Penal e Imprescritibilidade, idem, p.94.

212 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Juruá, 2015, p. 150.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

punição e a impunidade, além da garantia processual imanente a qualquer indivíduo como ser livre e detentor de direitos e deveres213.

Por outro lado, interesse social na aplicação da pena, unida a razões de ordem processual, permitem repelir a imprescritibilidade, uma vez que as provas distantes da época dos fatos podem conduzir a falibilidade humana e a má formação do juízo de culpabilidade214, porquanto, uns dos fundamentos da prescrição está baseado justamente na figura do próprio delinquente, pois ele, mesmo tendo praticado o crime, não pode ficar eternamente à mercê da persecução estatal, sob pena de ver prejudicado sua identidade pessoal e sua possibilidade de realocação social, fatores que o passar dos anos consolidam, não sendo razoável ficar ameaçado pela iminência e a incerteza constante da coerção do Estado215.

Outras correntes sobre o instituto da prescrição sustentam que a demora na deflagração efetiva da persecução penal investigativa e a reconstrução das provas, pode causar erro judicial e injustiças, sem olvidarmos ainda, que impor um castigo tão distante da ocorrência delitiva torna-se desnecessário e inútil à sanção penal, não justificando a perpetuação do espetáculo punitivo do Direito Penal com a imprescritibilidade e para que a memória não seja esquecida, visto que a memória pode ser cultivada por outros meios216.

Ademais, a prescrição pela ótica da sociedade e com o passar dos anos, apagam-se gradativamente da memória das novas gerações as marcas da prática delituosa, porquanto, o fato criminoso passado na sombra do esquecimento da geração que o presenciou e o alarde coletivo decorrente do malefício ocorrido, uma persecução penal morosa ou execução da pena demasiadamente tardia, se traduzem em medidas injustas, atentatórias à segurança das relações sociais217.

Um estado de incerteza da punição pode colocar em risco a própria existência do direito e comprometer a paz social, pois, a prescrição como instituto útil à segurança do ordenamento jurídico e social, posta a serviço da firmeza e da estabilidade dos vínculos regulados pelo direito, a aplicação da pena de forma eterna

213 ABDALA, Vinicius. Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade? Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 485-508., jul/ago. 2012, p. 504.

214 ABDALA, Vinicius. Idem, p.504.

215 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Idem, p.151.

216 ABDALA, Vinicius. Idem, p. 505.

217 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Idem, p.151.

compromete as relações sociais criadas e consolidadas pelo direito no seio da sociedade.

A imprescritibilidade atenta contra os mandamentos do direito penal moderno, não sendo justo e humanitário admitir que um indivíduo permaneça indefinidamente com a cabeça sob o jugo da espada da justiça, sem que razões sintonizadas com os preceitos basilares de um Estado Democrático de Direito o justifiquem, pelo que, de um modo geral, todas as infrações possuam um prazo prescricional218.

Antes os fundamentos expostos, podemos apontar a variabilidade que o instituto da prescrição representa uma causa de extinção da punibilidade, estando sujeito a critérios de conveniência e oportunidade, não comportando restrições de natureza absoluta, universais e perenes, inexistindo, por conseguinte, fundamento único para a prescrição, sendo aceitáveis tantos fundamentos quantos forem compatíveis com a realidade concreta, com os valores e as metas de uma dada comunidade219.

Para Paulo Roberto Incontt Jr. falar de uma pena proporcional, a ser aplicada muitos anos depois da lesão ao bem jurídico, seria uma contradição em termos, pois, a própria noção de equivalência, perderia seu suporte diante da passagem do tempo, entre o delito e a pena, haja vista que o tempo opera transformações tamanhas e qualquer sanção aplicada após a passagem dos anos deixaria escoar tanto seu efetivo retributivo puro, quanto à própria estrutura da proporcionalidade220.

5 - Imprescritibilidade sob a ótica dos diretos fundamentais

Com o surgimento de uma nova ordem constituição cria-se os poderes constituídos e nestes, estabelece limites aos mesmos para harmonizá-lo ao modelo de Estado Democrático de Direito, podemos dizer que essa carta política é, a um só tempo, fonte de legitimação e limitação dos poderes constituídos, inclusive das funções exercidas por esses, como é o caso do poder de impor e executar as sanções penais a qualquer tempo quando os atos ilícitos assim o recomendem221.

218 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Idem, p.152.

219 TRIPPO, Mara Regina. Idem, p. 55.

220 Imprescritibilidade e as funções da pena. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 26, n. 304, p. 17.

221 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Idem, p.145.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos de natureza grave e pela repulsividade da ofensa, a cláusula da imprescritibilidade para que não se apague da memória da sociedade e cultiva ainda, o repúdio e a abjeção à sua prática. Notadamente a ausência de prescrição nos crimes de racismo e na ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, justificam-se como uma alerta preocupante para as gerações presentes e futuras, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos, cujas consciências jurídicas e históricas não mais os admitem222, ou seja, a impunidade pelo decurso do tempo.

Destaca-se a importância dos objetivos mais importantes na construção de uma sociedade livre, justa, solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, CF), sem deixar de mencionar que a República Federativa do Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais pelos princípios do repúdio ao racismo e ao terrorismo (art. 4^0, VIII, CF) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF).

A divisão dos poderes no Estado Democrático de Direito deve promover a garantia dos direitos fundamentais, aspecto esse que seria inviável caso não fossem estabelecidos limites ao exercício das funções públicas, conquanto, o poder emana do povo e será exercido por meio de representantes. Desta forma, os Estados ao positivaram em seus ordenamentos jurídicos condutas humanas não amparadas pelo instituto da prescrição, abre-se espaço para punir condutas que atingem a dignidade do ser humano de forma intensa e causam repúdio no restante da coletividade a qualquer tempo223, por isso, o instituto da prescrição penal não ocorre somente sob o enfoque individual ou do réu, mas a partir da ótica da coletividade também224, porquanto, deixar de aplicar a pena, simplesmente por efeito do decurso do tempo, seria a consagração da impunidade, encorajando criminosos à prática de novos crimes de natureza grave, além de representar um insulto à justiça e a moralidade225.

222 MARQUES, Ivan Luís. Idem, p. 138.

223 MARQUES, Ivan Luís. Idem, 137.

224 RAMOS, Esdras Oliveira. A adequação de uma alteração legislativa para estender a imprescritibilidade aos crimes cometidos contra a coletividade: breves apontamentos à luz dos novos direitos e a dogmática constitucional-penal. Em tempo: revista da área de direito do UNIVEM, Marília, n. 12. p.101-122., anual 2013, p. 119.

225 RAMOS, Esdras Oliveira. Idem, p. 118.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Presente a ideia de que quanto mais frágil estiverem os direitos humanos e quanto mais diminuta for a capacidade de afirmação subjetiva do respectivo titular, maior a carência de proteção haverá e com isso, o instituto da imprescritibilidade visa proteger de forma efetiva os direitos humanos, afastando o fator temporal na punição dos crimes que atente contra estes valores, competindo ao Estado acionar os mecanismos possíveis para empreender a necessária tutela destes direitos, deflagrando providencias no âmbito político, legislativo, administrativo e judicial, até o ponto de ser suficiente para cumprir o mandamento constitucional226, não podendo o Estado se desincumbir desse dever de proteção, haja visa a preservação do direito à verdade com a reconstrução da memória histórica dos direitos humanos das vítimas e dos seus familiares227.

A imposição constitucional de proteção aos direitos humanos e o caráter subsidiário do direito penal, a tutela imperativa destes direitos exige a imprescritibilidade dos crimes que atentem contra estes valores, especialmente os crimes de racismo e dos grupos armados que atente contra o Estado Democrático de Direitos, evitando assim, a impunidade destes atos pelo instituto da prescrição, portanto, a preservação destes direitos é de extrema relevância para existência humana e por ser indispensável a paz social, por conseguinte, os Estados elegeram e positivaram em seus ordenamentos jurídicos, condutas humanas que não estariam amparadas pelo benefício da prescrição por atingirem a dignidade do ser humano de forma intensa e causador de repúdio no restante da coletividade228.

A Constituição resguarda os direitos humanos, mas nenhum direito tem validade absoluta, até mesmo o direito à vida, pois o constituinte originário inseriu a possibilidade de eliminação da vida de outro ser humano em caso de guerra declarada e legítima defesa, portanto, a perpetuidade da pretensão estatal em processar e julgar alguém que pratica delitos graves, como o racismo, a ação de grupos armados contra a ordem democrática convive harmônica e pacificamente com os mesmos direitos defendidos na prescrição.

Não se pode aceitar como normal a falta de realização de justiça material em relação aos agentes delinquentes que menosprezam de forma extremamente reprovável os direitos humanos de elevada patente, como é o caso do direito à vida,

226 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Idem, p. 147.

227 SILVA, Guilherme José Ferreira da. Artigo 29: Imprescritibilidade. In: O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma. Coordenação de Sylvia Helena de Figueiredo STEINER, Leonardo Nemer Caldeira BRANT. Belo Horizonte: Konrad-Adenauer-Stiftung: CEDIN: Del Rey, 2016, p. 586.

228 MARQUES, Ivan Luís. Idem, p. 137.

pondo em risco por consequência, a pacífica convivência entre os membros da coletividade, contrariando, assim, a razão de ser do próprio Estado229 em deixar de punir crimes que atingem a própria humanidade, pela sua amplitude e nível de gravidade, conquanto, a impunidade representará um escândalo em uma democracia arrimada no Estado Democrático.

A ausência de prescrição nos crimes previstos na Constituição, justificam-se por um conceito retributivo da pena, ei que se busca a máxima efetividade da punição, concretizando-se o ideal devolutivo pelo caráter aflitivo da sanção, além de fomentar o direito à memória, vislumbra-se, na essência, um conceito retributivo, pois o que se deseja não é apenas conhecer os fatos, mas punir os responsáveis, não importando em que instante da linha do tempo ocorra230.

Certamente, a imprescritibilidade não se justifica por razões preventivas. A prevenção geral, seja positiva, seja negativa, não é revestida de eficiência a fundamentar a ausência de limitação temporal ao direito de punir, pois a impunidade representa a ausência do jus puniendi do Estado e empodera a prática de crimes de racismo e de grupos armados contra o Estado Democrático de Direito.

Ademais, os principais fundamentos da imprescritibilidade dos crimes praticados por grupos armados civis ou militares que atentem contra a ordem democrática de direito do Estado e ao obterem o poder político, ainda que provisório, tentam manter-se no poder por certo período, dificultando por conseguintes, a punição, ocorrendo somente, após a retomada a ordem, justificando-se por desta feita, a imprescritibilidade para viabilizar a intervenção penal repressiva, seja na seara da pretensão punitiva ou executória da pena.

6 - A inclusão dos crimes de tortura na imprescritibilidade

Não resta dúvida que a Constituição inseriu no rol dos direitos e garantias fundamentais a imprescritibilidade a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, por sua natureza são considerados extremamente graves e lesivos aos direitos humanos. Todavia, a prática do crime de tortura tão grave quanto aqueles, não constou no rol, por isso, seria possível ampliar as hipóteses de imprescritibilidade não previstas expressamente na Constituição de 1988?

229 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Idem, p. 153.

230 SILVA, Guilherme José Ferreira da, idem, p. 595.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Afirma Celso Antonio Bandeira de Mello que um dos cinco declarados fundamentos da República Federativa do Brasil é o da dignidade da pessoa humana e a cidadania, acrescentando ainda, que os objetivos fundamentais da República arrolados na Constituição, o primeiro é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que o artigo 4° da Constituição, dispõe que nas relações internacionais o Brasil se rege, conforme o inciso II, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e que será difícil encontrar algo mais agressivo à dignidade da pessoa humana e à cidadania, a prática da tortura 231.

Na concepção de Ivan Luís Marques, o Código Penal na qualidade de lei ordinário não pode ampliar as hipóteses não previstas expressamente na Constituição, pois esfacelaria cláusulas pétreas do artigo 5º da Carta Magna, que o caminha estaria dentro do próprio rol de direitos e garantias fundamentais, via nivelamento normativo constitucional no plano hierárquico, haja vista o conteúdo dos parágrafos do artigo 5º da Constituição Federal232.

Para André Guilherme Tavares de Freitas, a necessidade de realização de justiça material e a obrigatoriedade de tutela penal reforça em relação a certos bens jurídicos ocupantes de posição de primazia, sobretudo, no Direitos Humanos, clama pela previsão da imprescritibilidade para específicas práticas delituosas, quando sujeitas a prazo para serem perseguidas criminalmente, acabam sendo despejadas no poço da impunidade233.

Por isso, a sensação de insegurança social, prejudicando a pacífica convivência entre os membros da comunidade onde foram praticados delitos atentatórios aos direitos humanos, aliados ao menoscabo a certas categorias de direitos que exigem a máxima atenção e tutela penal, a imprescritibilidade penal não pode ser a exceção da exceção, justificando, inclusive, a sua ampliação para os crimes dos direitos difusos e coletivo, inclusive nos crimes ambientais, haja vista a natureza essencial à sadia qualidade de vida à coletividade e o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sobre o tema da imprescritibilidade além da prevista na Constituição, Esdras Oliveira Ramos afirma, que em situações excepcionais envolvendo bens

231 Imprescritibilidade dos crimes de tortura. In: SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.) KISHI, Sandra Akemi Shimada. Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático de brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 135.

232 Idem, p. 139.

233 Idem, p. 154.

jurídicos específicos e de indiscutível significância para a comunidade, não se deveria aplicar o instituto da prescrição, pois a justificativa deste instituto não pode ser levado em conta apenas os interesses dos acusados, mas sobretudo a ótica da sociedade234.

Celso Antonio Bandeira de Mello nos ensina ainda, que não se concebe o que possa ser mais contraditório a uma sociedade livre, justa e solidária, do que causar deliberadamente os piores sofrimentos físicos ou morais a uma pessoa e, jamais se diria estar pautado pela prevalência dos direitos humanos, uma conduta que colocasse a salvo de punição comportamentos tais como os mencionados, especialmente diante das disposições expressas no artigo 5°, incisos III e XLII da Constituição Federal235.

Não resta dúvida de que a tortura representa a antítese dos valores básicos que a Constituição Brasileira professa enfaticamente e, por conseguinte, prestigiar a impunidade de torturadores via prescrição, representa por sua vez, contradição aos princípios do Estado Democrático de Direito e para Celso Antonio Bandeira de Mello, reputar-se-á anistiados crimes caracterizados por tão evidente monstruosidade corresponderia a um cabal ilogismo e implicaria certamente ofensa manifesta à Constituição, especialmente ao livrar de sanção indivíduos que praticaram crimes desta espécie236.

Não podemos esquecer que a sociedade brasileira exige que crimes aniquiladores dos direitos humanos não poderão serem deixados de lado pelo Estado com o passar do tempo, ante o seu elevado grau de lesividade, podendo ser objeto de persecução penal a qualquer momento e corolário, *outras hipóteses de imprescritibilidade não afrontará o artigo 5º da Constituição Federal e nem tão pouco, o artigo 60, § 4º, IV do diploma legal, que proíbe a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais237*.

Diante desta realidade, justifica-se a necessidade de resposta penal proporcional aos autores de crimes que violem drasticamente os Direitos Humanos e o crime de tortura inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, encontra plena sintonia com a noção de Estado de Direito material.

Adverte Celso Antonio Bandeira de Mello que não faz sentido aceitar que

234 Idem, p. 119.

235 Idem, p.135.

236 Idem, p. 136.

237 FREITAS, André Guilherme Tavares de. Idem, p. 157.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

os mesmos patrocinadores da tortura se auto anistiem, tendo em vista que elaboraram a lei pretensamente pacificadora, capaz de tentar colocá-los a salvo de qualquer responsabilização, especialmente quando na época desfrutavam de grande poder, podendo então impor os termos que melhor lhes conviessem, visto que a lei de anistia não poderia subtrair os torturadores às responsabilidades penais pelos atos bestiais que praticaram 238.

Por oportuno enfatizar a leitura dos parágrafos 1º a 4º do artigo 5º da Constituição Federal e nestes se constata-se quatro regras fundamentais; (a) aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais; (a) aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais; (b) ampliação dos direitos e garantias expressos na Constituição por outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; (c) a equivalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às emendas constitucionais, após aprovação por quórum qualificado; e (d) submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional.

Pela leitura dos parágrafos do artigo 5º citado acima, existe previsão expressa de ato normativo internacional ratificado, permitindo crimes imprescritíveis, amplia-se o rol de possibilidade em nosso sistema constitucional, tendo em vista que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, em especial com conteúdo criminal contido no Estatuto de Roma e no Tribunal Penal Internacional, a imprescritibilidade aos crimes de tortura, mesmo não previsto expressamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, exige a sua aplicação.

Mais uma vez, Celso Antonio Bandeira de Mello aponta supostos argumentos para a inaplicabilidade do instituto da prescrição defendido pelos torturadores do regime militar:

> Um destes supostos argumentos é o de que tal propósito seria um ato de revanchismo contra as Forças Armadas Brasileiras. Afirmação desta ordem é um disparate altamente agressivo à honra e à dignidade de nossas Forças Armadas, pois implicaria sustentar que elas foram e são instituições que abrigam e prestigiam a tortura, isto é, que consideram tal prática abominável como sendo não apenas compatível, mas conaturalmente apoiada na feição institucional delas, o que, à toda evidência, seria uma increpação insuportavelmente absurda. [...].

238 Idem, p. 136.

> Outro forte disparate é o de equiparar o comportamento dos então torturadores com a conduta dos que eram insurgentes contra a repressão da ditadura. Qualquer pessoa de senso normal sabe que torturar alguém subjugado e entregue à guarda dos poderes públicos então vigentes é ato, no mínimo, de supina covardia, pois o prisioneiro não tem como defender-se ou como evadir-se das agressões e sofrimentos que lhe são impostos. Está inerme, simplesmente impossibilitado de qualquer reação efetiva contra os que o submetem às sevícias e maus tratos, ao passo que estes se encontram sob a proteção do Estado, desfrutando da máxima segurança, isentos de qualquer risco pela prática dos atos indignos a que se entreguem. Por isto, com tanta desenvoltura, podiam matar, ferir, estuprar, humilhar e maltratar os que se encontravam sob seu domínio239.

Por sua vez, os crimes previstos no Estatuto de Roma e de competência do Tribunal Penal Internacional estão no artigo 5º e restringe-se aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional, entre eles estão os crimes contra a humanidade previsto no artigo 7º, item 1, alínea 'f', o crime de tortura e por força do artigo 29 deste instrumento normativo, o crime de tortura não prescreve e por conseguinte, mesmo não estando inserido literalmente no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, a sua aplicação aos crimes de tortura encontra arquétipo na Constituição Federal.

Portanto, trata-se de regra que já faz parte de nosso sistema constitucional, ampliando o rol dos crimes imprescritíveis no Brasil, defendendo a tutela da vida contra condutas violentas, como a tortura, desaparecimento de pessoas, extorsão e homicídios e corolário, qualquer diploma internacional que cuide de crimes contra a humanidade deve ser observado por todos os Estados que subscreveram os instrumentos normativos destinados a proteção dos direitos humanos.

Desta forma, o Brasil ao fazer parte do contexto internacional dos direitos humanos, obriga a todos nós a sermos responsáveis e colaborarmos para assegurar a observância dos direitos humanos em nosso Estado Democrático de Direito, cumprir com as regras que limitam e conduzem seus atos, eis que *as decisões judiciais são postuladas democráticos oriundos do poder legitimamente constituídos e existem para serem cumpridas, sejam as oriundas do Poder Judiciário nacional, ou as decorrentes de Cortes internacionais, às quais Brasil se submeteu por iniciativa*

239 Idem, p. 139.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

soberana própria240.

Por fim, Celso Antonio Bandeira de Mello aponta, enquanto o Brasil não responsabilizar os autores dos crimes contra a dignidade da pessoa humana praticados ao longo da ditadura, não poderá se considerar parte do concerto das nações civilizadas241.

7 - Considerações finais

Constituição brasileira atual inspirada na evolução social, alcançou desde a Constituição de 1824, o exercício dos direitos sociais e individuais, assegurando a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, por isso, a inserção do instituto da imprescritibilidade no rol dos direitos e garantias individuais é uma conquista social, haja vista a gravidade da prática do racismo e a ação de grupos armados, civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Não podemos olvidar que o Direito Penal contemporâneo deve estar voltado à proteção de bens jurídicos, especialmente na seara dos direitos humanos, conquanto, no Estado Democrático de Direito, os fundamentos da cidadania, soberania e a dignidade da pessoa humana, são primados que exigem proteção do Estado de forma eficaz. Desta forma, a imprescritibilidade dos crimes que atentam contra estes valores exige punição, não sendo razoável o fator tempo impedir a subsunção da lei penal.

Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, a prática do racismo é uma forma de discriminação e atente contra os fundamentos do Estado Democrático de Direito, mormente a dignidade da pessoa humana, portanto, a imprescritibilidade do crime de racismo encontra lastro nos pilares da democracia.

O Estado como detentora do direito de punição exige por conseguinte, o direito à imprescritibilidade por ser tão legítimo quanto ao direito à prescritibilidade e representa um *plus* na seara da segurança jurídica inserido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Destarte, a impunidade quanto aos fatos graves considerados imprescritíveis na Constituição, viola o dever do Estado de promover

240 - MARQUES, Ivan Luis, Idem, p. 153.

241 Idem, p. 139.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a proteção da sociedade.

A discriminação em razão da raça caracteriza conduta abominável e autêntica negação da evolução humana, ofende à dignidade da pessoa humana; constituindo o racismo modalidade qualificada de discriminação de superioridade de uma raça sobre a outra, negando a existência de igualdade ao exercício de direitos pela cor da pele ou outras formas de discriminação, inadmissível na sociedade democrática.

A prática de crimes por grupos armados ou revolucionários exige a intenção específica de atacar o sistema constitucional e a democracia, as quais foram conquistadas à duras lutas. Todavia, divergências e tolerâncias são próprias da democracia e por consequências, movimentos sociais sem viés clandestino ou violento, não se aplica a imprescritibilidade.

Por fim, a tortura representa a antítese dos valores básicos que a Constituição Brasileira professa enfaticamente e, por conseguinte, prestigiar a impunidade de torturadores via prescrição, representa por sua vez, contradição aos princípios do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

ABDALA, Vinicius. Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade? Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 97, p. 485-508., jul/ago. 2012.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. Tutela penal dos direitos humanos: a proteção da vida e da integridade física. Curitiba: Juruá, 2015.

INCONTT JR, Paulo Roberto. Imprescritibilidade e as funções da pena. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 26, n. 304.

J. J. Gomes Canotilho ... [et al.]; outros autores e condenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Mendes. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, Ivan Luís. Crimes da ditadura militar, uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. Organização de Luiz Flávio GOMES, Valério de Oliveira MAZZUOLI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Imprescritibilidade dos crimes de tortura. In: SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.) KISHI, Sandra Akemi Shimada. Memória e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

verdade: a justiça de transição no Estado Democrático de brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAES, Alexandre. [et al]. Constituição Federal comentada. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Dicionário Jurídico penal, processo penal e execução penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Esdras Oliveira. A adequação de uma alteração legislativa para estender a imprescritibilidade aos crimes cometidos contra a coletividade: breves apontamentos à luz dos novos direitos e a dogmática constitucional-penal. Em tempo: revista da área de direito do UNIVEM, Marília, n. 12. p.101-122., anual 2013.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e de discriminação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Prescrição Penal e Imprescritibilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA, Alex Xavier Santiago da. Imprescritibilidade dos crimes de competência do Tribunal Penal Internacional no Brasil. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA, Guilherme José Ferreira da. Artigo 29: Imprescritibilidade. In: O Tribunal Penal Internacional: comentários ao Estatuto de Roma. Coordenação de Sylvia Helena de Figueiredo STEINER, Leonardo Nemer Caldeira BRANT. Belo Horizonte: Konrad-Adenauer-Stiftung: CEDIN: Del Rey, 2016.

SILVA, José Afonso da. Comentários contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TRIPPO, Mara Regina. Imprescritibilidade penal. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DEMONSTRAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA DE VENDA CASADA EM CONTRATOS BANCÁRIOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL PACTUADO: A VISÃO PROTECIONISTA DO CONSUMIDOR.

LUCAS GUIMARÃES MARINHO: Bacharelando em Direito pela Universidade de Gurupi – UNIRG.

LEONARDO GUIMARÃES TORRES[242]

(orientador)

RESUMO: É notório que a aquisição da casa própria é um desejo geral, principalmente para pessoas que possuem baixa renda, na qual a aquisição, por meio de contratos de financiamento habitacional, tornou-se a melhor alternativa. Esse modelo de aquisição tem como base o Sistema Financeiro Habitacional, que consiste em regras jurídicas com a finalidade de autorizar instituições financeiras a emprestarem créditos para a população. Ocorre que os bancos aproveitam tal situação para executarem a "venda casada", que consiste em alienar um produto a outro – ou serviço – diverso executado pelo mesmo fornecedor. Frente a isso, o presente estudo tem como objetivo discutir formas de defesa e os meios de comprovação que possibilitem ao consumidor alegar em juízo tal prática abusiva, implicitamente ou explicitamente, quando pactuou um contrato com o banco de empréstimo de financiamento habitacional. Na metodologia, trata-se de uma revisão literária, baseada em artigos científicos, doutrina jurídica, jurisprudência e legislação vigente. Nos resultados, chegou-se à conclusão de que além da prática de venda casada não ser permitida na legislação brasileira, quem deve comprovar a inexistência da prática abusiva é a fornecedora e não o consumidor, uma vez que o mesmo está tendo seu direito lesado sem o seu conhecimento e anuência.

Palavras-chave: Venda Casada. Contratos Bancários. Financiamento. Consumidor.

ABSTRACT: It is well known that the acquisition of home ownership is a general desire, especially for people with low income, in which the acquisition, through housing finance contracts has become the best alternative. This acquisition model is based on the Housing Finance System, which consists of legal rules with the purpose of authorizing financial institutions to lend credits to the population. It so happens that banks take advantage of this situation to carry out the "tied selling", which consists of divesting one product - or service - to another executed by the same supplier. Due to this, the present study aims to discuss forms of defense and the means of proof that

242Docente Esp. no curso de Direito na Universidade UNIRG, Gurupi/TO.

enable the consumer to plead such abusive practice in court, implicitly or explicitly, when he agreed a contract with the home loan bank. In the methodology, a literature review, based on scientific articles, legal doctrine, jurisprudence and current legislation. In the results, it was concluded that in addition to the practice of tying selling is not allowed under Brazilian law, the supplier must prove that the abusive practice is non-existent, and not the consumer, since he's having his rights harmed without knowledge and consent.

Keywords: Tied Selling. Banking Contracts. Financing. Consumer.

Sumário: Introdução. 1. Legislação Consumeirista: Aspectos Gerais. 2. Do Direito Constitucional à Moradia E Os Contratos De Financiamento Habitacional. 2.1 Do Direito Constitucional à Moradia. 2.2 Dos Contratos De Financiamento Habitacional: Realidade Fática. 3. Venda Casada Nos Contratos De Financiamento Habitacional. 3.1 Demonstração Do Ônus Da Prova De Venda Casada Nos Contratos De Financiamento Habitacional. 3.1.1 Do Entendimento Jurisprudêncial. Considerações Finais. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

Um dos principais bens mais desejados pelo indivíduo é a aquisição da casa própria. Ocorre que muitos cidadãos não conseguem realizar essa compra, em grande parte por questões financeiras (altos preços de materiais e mão de obra ou financiamento). Por essa razão, o Governo criou mecanismo que facilita as pessoas a construírem suas residências, o denominado Sistema Financeiro Habitacional.

O SFH (Lei nº 4.380/64) é uma normativa jurídica que instituiu o sistema financeiro para a aquisição da casa própria, com o propósito de, coordenando os órgãos públicos e orientando a iniciativa, estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda (art. 1º). (BRASIL, 1964).

A presente lei possui a finalidade de auxiliar os cidadãos a conseguirem adquirir seu domicílio definitivo. Nesse sentido, esta norma autoriza instituições financeiras a emprestarem créditos para a população construírem suas moradias e pagar a dívida em muitos anos. Apesar de ser benéfica e de "boas intenções" na prática o que tem ocorrido é os bancos se aproveitando de tal situação para executarem uma prática proibida pelo Direito Consumerista, a "venda casada".

Conceitualmente, Filho (2016) nos explica que a venda casada é como a "modalidade de abuso do direito do consumidor em que o fornecedor pretende

obrigar o consumidor a adquirir um produto ou serviço apenas pelo fato de ele estar interessado em adquiri outro produto ou serviço.".

Conforme expressado pelo supracitado autor, é uma modalidade que representa um abuso ao direito do consumidor, uma vez que muitos consumidores ficam reféns de tal situação. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo central discutir a respeito de como a venda casada está acontecendo na prática quando o consumidor vai pactuar o contrato de empréstimos de financiamento habitacional; além de analisar questões acerca de como o consumidor pode desviar da venda casada em contratos de empréstimos imobiliários.

Insta-se mencionar que ao adquirir um contrato de financiamento habitacional, a parte adquirente está obrigado a anuir com os seguros obrigatórios disciplinado em lei, tais quais são: o MPI – morte e invalidez permanente do mutuário e o DFI – danos físicos ao imóvel. Por outro lado, existem os seguros não-obrigatórios, que são aqueles que não é necessário e imposto por lei, como exemplo a abertura de uma conta corrente junto a instituição bancária, ou a contratação de seguros adicionais, ou até mesmo títulos de capitalização.

A questão norteadora desse estudo se baseia na seguinte indagação: como o consumidor, que assinou um contrato de empréstimo financeiro habitacional, pode comprovar que houve venda casada de um seguro não-obrigatório?

Assim, essa pesquisa vem demonstrar formas de defesa que possibilite o consumidor comprovar que houve a prática abusiva de venda casada desses seguros facultativos, implicitamente ou explicitamente, quando pactuou um contrato com o banco de empréstimo de financiamento habitacional, apresentando formas de defesa consumerista.

1. LEGISLAÇÃO CONSUMEIRISTA: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar ao tema específico desse estudo, cabe inicialmente discorrer a respeito de uma das legislações mais importantes para a sociedade: o Código de Defesa do Consumidor. É importante que se discorra de modo geral sobre a legislação consumerista porque ela é a base para a discussão central deste trabalho, uma vez que se apresenta uma visão ampla sobre os contratos de financiamento habitacional. Haja vista também, conforme expressa a Súmula 297, o Código de defesa do consumidor é aplicável às instituições financeiras.

O Direito do Consumidor existe em grande parte para poder trazer proteção a parte mais sensível na relação consumerista: o consumidor. Por conta disso, qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

relação existente dentro da seara de mercado e comércio, está regulamentada pelo direito consumerista. No Brasil, as normas que regulamentam sobre as relações de consumo tiveram como marco principal a atual Constituição Federal do Brasil de 1988, ao qual se garante a defesa dos direitos do consumidor. Em seu artigo 5°, inciso XXXII, 170, inciso V e art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Carta Magna trouxe então, a garantias dos direitos dos consumidores.

> [...] a Constituição Federal de 1988 exigiu que o Estado abandonasse a sua posição de mero espectador da sorte do consumidor, para adotar um modelo jurídico e uma política de consumo que efetivamente protegesse o consumidor. Isso porque, o Código Civil, formulado segundo o pensamento liberal, trouxe o vício redibitório como meio de proteção do consumidor. Esse meio, no entanto, mostrou-se ineficaz para a proteção do consumidor (GONÇALVES; GONÇALVES, 2017, p. 14).

Com base no texto constitucional, o legislador criou o Código de Defesa do Consumidor, com a característica de lei principiológica dado o rol de princípios com o objetivo maior de garantir direitos aos consumidores e ainda determinar deveres aos fornecedores (ALMEIDA, 2014).

Tal Código só foi promulgado em 11 de setembro de 1990, por meio da Lei n.º 8.078/90, onde foram aplicados novos princípios e normas específicas de tutela do consumidor. O direito ao qual se protege no supra Código é "baseado no princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana, que compreende todas as ações humanas e que é um direito essencial a todo consumidor" (SIMÕES, 2016).

O Código de Defesa do Consumidor nasceu com o finco de unir as disposições legais já existentes no que diz respeito aos direitos dos consumidores, regendo as relações consumeristas em todo território brasileiro, buscando reequilibrar o relacionamento entre consumidor e fornecedor, dando mais força ao consumidor, propondo limites precisos e certos a determinadas práticas abusivas propostas pelo fornecedor. Bonatto (2003, p. 47) explica que: "[...] as regras de proteção e de defesa do consumidor surgiram, basicamente, da necessidade de obtenção de igualdade entre aqueles que eram naturalmente desiguais".

Segundo Marques (2013, p. 51), as disposições do CDC surgiram "com a árdua tarefa de transformar uma realidade social", pois visam a garantia e dignidade do homem nas relações consumeristas, resguardando o cliente que fica em uma posição de alta vulnerabilidade ante ao fornecedor ao, por exemplo, coibir negações arbitrária,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

regulamentar sobre as propagandas abusivas ou enganosas, propondo respeito de garantia no caso de possíveis vícios, entre outras características.

Do mesmo modo: o foco principal do CDC é proteger o consumidor de qualquer dissabor ou prejuízo na relação de consumo. Isso se dá porque o consumidor é considerado como a parte mais fraca nesse tipo de relação, uma vez que para consumir precisa indiretamente cumprir as regras estabelecidas pelo fornecedor, como o preço, a entrega, a qualidade do produto, etc. (ALMEIDA, 2014).

No caso em tela, a discussão sobre a aplicabilidade da lei consumerista reside na questão dos contratos de financiamento habitacional e sua possibilidade de surgir abuso contratual ou de cláusulas, o que será analisado nos tópicos seguintes.

2. DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA E OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL

2.1 Do Direito Constitucional À Moradia

Preliminarmente convém mencionar sobre o real significado da moradia, tal qual é um agrupamento de paredes e teto, formando cômodos dos quais são edificados pelo homem e tem por principal finalidade a constituição de um espaço para a habitação de pessoas de forma segura contra fenômenos naturais bem como contra ataques de terceiros.

Tendo em vista o conceito acima descrito, esse fenômeno da habitação após muitos estudos, tornou – se um direito constitucionalmente reconhecido e expresso na carta magna de 1988 como um direito social através da EC n° 26/2000.

Após a emenda constitucional citada, foi modificado o artigo 6° da CF que incluiu a moradia como um direito social. Essa modificação foi espelhada em tratados internacionais que o Brasil aderiu e que explicitavam diversos acerca de uma forma de habitação digna.

Dessa maneira, essa inovação na carta de leis maior brasileira teve como principal intuito a busca de uma nova ótica a qual para que o indivíduo tenha uma vida digna, pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e na ideia de ser a casa asilo inviolável, era necessário que esse tivesse um local para nomear como sua moradia e isso fosse garantido a todos.

Embora ter sido tardiamente reconhecido como um direito constitucional, somente após o ano 2000, os legisladores já haviam disciplinado esse tema em leis

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

infraconstitucionais, e até mesmo na CF de 1988, de forma indireta ocasionando a sua não aplicação e abrindo diversos questionamentos sobre o mesmo.

Uma das leis que já disciplinavam acerca da temática da moradia muito antes da atual constituição é a lei do sistema financeiro habitacional (Lei n° 4.380/1967) que tem por intuito de proporcionar formas facilitadas de aquisição ou construção da casa própria de uma pessoa no Brasil. O principal motivo para a edição dessa lei foi garantir que a grande maioria da população tivesse acesso a uma moradia.

Tendo isso, é possível observar com a atual constituição que consolidou a moradia um direito fundamental social garantido a todos, foi de grande ganho para todos essa inovação constitucional todo mundo tenha um local para chamar de lar e tenha uma vida digna.

2.2 Dos Contratos De Financiamento Habitacional: Realidade Fática

Um dos bens que mais são desejados e tutelados pelo homem é a casa própria. Muitas pessoas idealizam a casa própria e para isso buscam meios de concretizar esse desejo. Dentre as inúmeras possibilidades, encontram-se os contratos de financiamento habitacional.

Primeiramente é preciso esclarecer que nos casos de se adquirir a casa própria por meio de um financiamento, diversos fatores são encontrados. Num primeiro momento, a fim de melhor explanar esse tema, tem-se o Sistema Financeiro Nacional (SFN) ao qual busca financiar a aquisição de casa própria. Nesse caso, o público-alvo é a classe mais inferior economicamente (BEZERRA, 2018).

Mais especificamente, o art. 192 do texto constitucional o conceitua como sendo estruturado de maneira a possibilitar o desenvolvimento equilibrado do Brasil e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, incluindo as cooperativas de crédito (BRASIL, 1988).

Dentro desse sistema, encontra-se o Sistema Financeiro Habitacional (SFH) criado pela Lei n° 4.380/1967 que também se destina em conceder à casa própria a população com baixa renda. A respeito do seu conceito, importante mencionar:

> O Sistema Financeiro de Habitação (SFH) é um conjunto de normas criadas para padronizar as negociações imobiliárias, ou seja: ele garante que você vai negociar um imóvel com um valor fixo de juros, um custo máximo total e também não

> comprometer sua renda mais do que pode pagar (CABRAL, 2019, p. 01).

Desta feita, o SFH é um sistema de financiamento existente no Brasil que está ligado diretamente às normas. Ou seja, o objetivo desse sistema é impor às empresas de crédito (Bancos, por exemplo) um conjunto de normas para proteger o mercado financeiro e o consumidor. Caso contrário, cada banco trabalharia à sua maneira e isso causaria desentendimentos.

A partir da Lei n° 4.380/1967 foram criados muitos programas por instituições financeiras governamentais, como o antigo Minha Casa Minha Vida, e o atual Minha Casa Verde Amarela, que emprestam dinheiro, através de contratos de financiamento habitacional, às pessoas que se encaixavam nas faixas estabelecida do programa e conseguem construir sua residência.

Insta mencionar que esses programas de iniciativa habitacional apresentam formas que facilitam para as pessoas adquirirem sua casa própria, e estimulam o avanço no setor da construção civil.

Para melhor situar o ponto a ser discutido mais a frente, tem-se como exemplo, o Programa Casa Verde Amarela. Este é um programa do Governo Federal que tem a finalidade de conceder uma casa própria às famílias residentes em áreas urbanas, cuja renda mensal seja de até R$ 7.000,00 (sete mil reais).243 O processo para adquirir esse financiamento é realizado da seguinte maneira:

> *1. Confira como contratar*
>
> *As famílias com renda mensal até R$ 7.000,00, podem contratar de forma individual ou por meio de construtora ou ainda por uma entidade organizadora se unidade vinculada a um empreendimento financiado pela CAIXA.*
>
> *2. A CAIXA avalia seu cadastro*
>
> *No atendimento na agência ou no Correspondente CAIXA Aqui, a CAIXA recebe e analisa a sua documentação e a documentação*

243 Programa Casa Verde e Amarela - Habitação Urbana. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/casa-verde-e-amarela/urbana/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 13 fev. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

do imóvel que você escolheu e mostra para você as melhores condições para o financiamento.

3. Você assina o contrato

Após a validação e aprovação do cadastro e documentação, você assina o contrato de financiamento.244

Nota-se que a após a aprovação do cadastro juntamente com a documentação exigida, há a formalização do contrato de financiamento habitacional. Ocorre que muitos desses programas de financiamento habitacional tem realizado contratos que apresentem cláusulas abusivas, que vem lesando o consumidor.

A título de exemplo, é possível encontrar contratos dessa natureza cuja exigência traz a obrigatoriedade de conter a denominada '*venda casada*', ao qual é uma conduta plenamente ilegal pelo regimento jurídico brasileiro. Na prática, mesmo essa conduta vedada pelo sistema legislativo brasileiro, a instituições financeiras do país vem a praticando a mesma sem a anuência dos consumidores. Sobre essa questão, apresenta-se o tópico seguinte.

3. VENDA CASADA NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL

Primeiramente devemos mencionar que o instituto venda casada pode ser conceituado como entende-se o termo venda casada como aquele em que é utilizado para descrever a situação onde o consumidor só consegue adquirir um produto se também levar outro. É sabido de todos que esse é um instituto proibido pela legislação consumeirista, porém vem acontecendo em todas as áreas do consumo.

Nos contratos de financiamento bancário é muito comum ver essa prática acontecendo, nesse toar para que seja configurado a venda casada nos contratos bancários é preciso estar presentes alguns requisitos mínimos, tais quais: primeiro, a exigência de um serviço ou produto; segundo, qual a necessidade do consumidor pelo serviço ou produto condicionado pelo fornecedor; terceiro, qual a descrição do consumidor em adquirir um produto bancário; e por fim, deve – se observar a real indisponibilidade em que o consumidor tem com o produto, sendo que é necessário verificar uma série de fatores, como idade, escolaridade, condição financeira e o lapso temporal.

244 Op. Cit.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Presentes os elementos acima mencionados, fica evidente a configuração de venda casada junto ao contrato adquirido pelo consumidor. O consumidor observando os requisitos acima, pode estar buscando o órgão de proteção ao consumidor (PROCON) para estar buscando a anulação do contrato secundário, em vias administrativa, ou buscar o poder judiciário a fim de buscar uma indenização e a anulação do contrato colocado em conjunto.

Como já mencionado no tópico anterior, na realidade fática encontrada no Brasil, muitos contratos de financiamento habitacional tem trazido em seu bojo o instituto da venda casada.

A venda casada é qualificada no momento em que o consumidor, ao obter um produto, leva ao mesmo tempo outro produto podendo ser da mesma espécie ou não. Assim, essa conduta ilegal equivale em o fornecedor que produz algum serviço ou produto obrigar o consumidor a adquirir outro produto ou serviço que não almeja, esse sendo seu principal objetivo.

Ainda sobre o seu conceito, a jurisprudência brasileira está entendendo que a esse instituto decorre da sujeição a uma alternativa apenas, um única escolha, no qual é retirado do consumidor o poder da escolha de qual produto consumir, senão aquele ofertado pelo fornecedor.

Já citado acima, essa prática é considerada pela legislação brasileira como ilegal. A Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, dentre outros, traz a seguinte menção:

> *Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:*
>
> *I -...*
>
> *§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:*
>
> *...*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;*
>
> *(BRASIL, 2011)*

Além desta norma, com base no texto encontrado no Código de Defesa do Consumidor, essa prática é considerada abusiva. Sobre o seu conceito, tem-se:

> *Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)*
>
> *I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;*
>
> *(BRASIL, 1990)*

Com base no inciso I do art. 39 do CDC percebe-se que a presente norma não permite duas espécies de operação ou venda casada: imposição de uma condição consistente na compra de outro produto ou serviço para a aquisição daquele querido a princípio; e o ato de se condicionar a aquisição de produtos ou serviços a limites quantitativos, sem justa causa.

Na primeira hipótese, Donnini (2017, p. 01) explica que há real clareza na vedação, pois não é permitido "esse condicionamento, cabendo exclusivamente ao consumidor optar pela compra de apenas um produto ou prestação de um serviço, pois, caso contrário, estar-se-ia diante da flagrante violação de sua liberdade de escolha frente à superioridade econômica do fornecedor"

Na segunda conduta é vetada a imposição, pelo fornecedor, para a oferta ou venda de produto ou prestação serviço, de uma quantidade mínima para que o negócio seja firmado, ou seja, quando o fornecedor se nega a vender ou prestar um serviço se não for atingida certa quantidade, a menos que haja justa causa, inexistindo nesse caso uma completa proibição. Entende-se por justa causa os limites quantitativos que "sejam inferiores à quantidade pretendida pelo consumidor, vale dizer, o fornecedor não pode compelir o consumidor a adquirir quantidades maiores que aquelas desejadas" (DONNINI, 2017, p. 01).

Ainda discorrendo sobre esse artigo, importante destacar as seguintes palavras:

> Esse primeiro inciso do art. 39 proíbe a venda casada, descrita e especificada pela norma. De início, veda-se que o fornecedor ou prestador submeta um produto ou serviço a outro produto ou serviço, visando um efeito caroneiro ou oportunista para venda de novos bens. Ato contínuo afasta-se a limitação de fornecimento sem que haja justa causa para tanto, o que deve ser preenchido caso a caso. Ampliando-se o sentido da vedação, conclui-se que é venda casada a hipótese em que o fornecedor somente resolve um problema quanto a um produto ou serviço se um outro produto ou serviço for adquirido (TARTUCE; NEVES, 2014, p. 276).

No contexto analisado por esse estudo, mesmo com a legislação vedando a venda casada, ainda é possível observar que através de contratos seguindo o SFH vem ocorrendo a práxis do instituto mencionado.

Em muitos contratos de financiamento fornecido por instituições financeiras no Brasil ainda estão executando atos de venda casada de forma explicita ou implícita ao tempo que condicionam a contratação de outro serviço.

É muito comum observar que ao mutuário ao realizar a contratação ser obrigado a abrir uma conta corrente ou até mesmo um seguro pela própria instituição financeira, da qual se não adquirir o produto em anexo não conseguirá efetuar sua contratação dos empréstimos. Os tribunais já vêm julgando sobre esse tema, conforme se cita o exemplo abaixo:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO.* ***INSTITUIÇÃO FINANCEIRA****. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO.* ***SFH. VENDA CASADA****. CONTRATAÇÃO DE SEGURO DE VIDA E TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. [...]. 2. Há indícios da prática abusiva de venda casada na hipótese em testilha. De se considerar o fato da contratação do financiamento imobiliário,* ***do título de capitalização e do seguro de vida*** *ter ocorrida na mesma data e ocasião, estranha coincidência que não deve ser desprezada no momento da apreciação do caso. 3. O apelante estava preste a se comprometer com o pagamento de um financiamento de R$ 67.324,06 (sessenta e sete mil, trezentos e vinte e quatro reais e seis centavos), parcelados em 240 (duzentos e quarenta) prestações, destoando do razoável onerar-se, na*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *mesma oportunidade, com a aquisição de outros dois serviços oferecidos pela instituição sem qualquer relação com o mútuo. 4. Ainda que o apelante tenha eventualmente consentido com a contratação dos seguros em debate, o seu oferecimento atrelado à contratação do financiamento imobiliário* ***é suficiente para configurar a prática abusiva de venda casada****, contrária a boa-fé, pois se vale da hipossuficiência e da insofismável necessidade do consumidor para impor negócio jurídico contrário a sua vontade. 5. [...]. (TRF-3 Ap: 00089693420134036303 SP, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, Data de Julgamento: 12/03/2019, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial 1 Data: 20/03/2019). (grifo nosso)*

No julgado acima, o que ficou evidente nos autos do processo é que a instituição financeira ao formalizar a contratação do financiamento imobiliário juntamente ao consumidor também acrescentou no mesmo financiamento a aquisição de dois outros serviços oferecidos pela instituição: a do título de capitalização e do seguro de vida. Ocorre que o magistrado entendeu ser de má-fé essa ação feita pela instituição, concedendo assim a justa indenização ao consumidor.

Cabe lembrar que em 2012 foi editada a Súmula do STJ nº 473 que disciplina: "o mutuário do SFH não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada".

Além do julgado mostrado anteriormente, algumas instituições financeiras, visando ludibriar o consumidor para que ele possa adquirir uma venda casada, sem ao menos ter noção desse fato, omite determinadas informações sobre essa situação no momento da contratação. Nesse sentido, importante citar a seguinte jurisprudência.

> RECURSO INONIMADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. **CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO**. SEGURO HABITACIONAL OBRIGATÓRIO. SEGURADORA QUE, SEM INFORMAR O CONSUMIDOR, INCLUI SEGUROS FACULTATIVOS NA CONTRATAÇÃO DO FINANCIAMENTO. **VENDA CASADA**. **AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO CORRETA AO CONSUMIDOR**. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DANO MORAL E MATERIAL. CARACTERIZADOS. SENTENÇA CONFIRMADA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. O douto juízo, ao analisar e valorar a prova

> do processo, conclui que: "(...) É bem verdade que a requerida Caixa Seguradora juntou aos autos os documento intuilado "Proposta de Seguro-Vida Multipremiado" e "Proposta Seguro Residencial", que de acordo com a ré, teriam sido contratados em 12/08/2016. Ocorre que, de observação dos citados documentos, percebe-se que estes sequer foram datados, de modo que sequer é possível saber em quais datas foram firmados. O contrato de financiamento firmado entre o requerente e a Caixa Econômica Federal indica a necessidade de contratar seguro, por isso, é plenamente possível que, de fato, ao assinar os documentos, o autor tenha o feito acreditando que estes estavam vinculados ao financiamento, cujo pagamento é feito com este. De análise das propostas de adesão, **percebe-se que não foi dado destaque a informações de que se tratava de um seguro facultativo diverso do seguro obrigatório (decorrente de cláusula contratual)**. Ademais, os valores cobrados pelo seguro não possuem qualquer destaque, o que dificulta a visualização da informação pelo consumidor. Em resumo, requeridas não demonstraram de forma clara que informaram ao autor as coberturas do seguro, que estes não eram obrigatórios e não estavam vinculados ao contrato de financiamento, quais seriam as coberturas e que, ciente de todas as condições, o requerente decidiu contratar os seguros". A prova formada no processo é, portanto, suficiente para demonstrar a existência do alegado fato constitutivo do direito do autor. Assim, considerando que a **ré não cumpriu com dever de informação no ato da contratação dos seguros impugnados**, que resultou em ausência de saldo para quitar com as obrigações assumidas referentes ao contrato de financiamento imobiliário, é de rigor a confirmação da sentença pelos próprios fundamentos (TJPR- 2º Turma Recursal – 0005001-23.2018.8.16.0160 – Sarandi – Rel: Juiz Helder Luis Henrique Taguchi – J. 12.1.2019). (grifo nosso)

Como visto no caso acima, a instituição financeira agiu de má-fé ao inviabilizar informações importantes a respeito do financiamento habitacional, causando prejuízo ao consumidor. Nesses casos, é plenamente possível a busca por indenização e ressarcimento pelos danos sofridos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nota-se que a venda casada é realizada de diversas formas pelas instituições financeiras, principalmente em sede de financiamento de imóveis, seja por meio de omissão de informação da sua formalização ou a imposição clara para a concessão do financiamento. Em todos os casos, o prejuízo ao consumidor ocorre, visto que as instituições sempre alegam que essa inclusão foi consentida ou que foi oferecido o produto e que até mesmo sempre fazem isso de forma bem sútil e velada.

Ademais, insta mencionar que é possível observar nas denúncias realizadas nos órgãos de Proteção ao Consumidor (PROCON) bem como as realizadas no Ministério Público Federal para que fossem ingressados com ação civil pública pleiteadas contra instituições bancárias acerca do tema de venda casada fica constatado que a grande maioria de reclamação são acerca de inclusão de seguros adicionais e a abertura de uma conta - corrente para que possa adquirir o empréstimo.

Por fim, e de suma importância mencionar, o reconhecimento judicial da venda casada nos contratos de financiamento habitacional, segundo o pensamento jurisprudenciais, tem por consequências garantir direito ao consumidor de vislumbrar a repetição do indébito (recebimento do valor pago indevidamente em dobro) bem como a compensação dos valores já pagos em cobranças futuras, e a anulação do contrato bancário.

Estipulado o entendimento de que a venda casada ocorre no cenário em análise, busca-se debater a respeito do ônus da prova nesses casos, o que será discutido no tópico seguinte.

3.1 Demonstração Do Ônus Da Prova De Venda Casada Nos Contratos De Financiamento Habitacional

Inicialmente, a palavra ônus significa encargo. Ônus da prova, portanto, é o encargo de trazer elementos capazes de certificar uma situação. Ou seja, de comprová-la. No entanto, não pode ser confundido com dever, porquanto o dever implica em um direito de outrem (BASTOS, 2019).

Neste toar, insta mencionar que entendendo a legislação processual civil acerca do ônus da prova, fica claro que trata-se do compromisso de oferecer elementos capazes de comprovar uma determinada situação ou uma determinada alegação. Acerca da temática do ônus da prova, o doutrinador GONÇALVES (2017) disciplina sobre sua função "[...]função é indicar qual dos litigantes sofrerá as consequências negativas advindas da falta de comprovação.".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No Direito, o indivíduo que possui o ônus da prova está incumbido do dever de comprovar o seu interesse e os fatos que o favorecem em um processo. Apesar da regra geral de que o ônus probatório cabe a quem faz as alegações ou quem as contesta, existem hipóteses que alteram a onerosidade. É o que se conhece, então, por inversão do ônus da prova (BASTOS, 2019).

No caso em tela, visando, a proteção do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor optou pela alteração da regra geral. E estabeleceu, assim, a inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor. Em seu texto normativo afirma:

> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
>
> *VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz,* ***for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente****, segundo as regras ordinárias de experiências;*
>
> *Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*
>
> *Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> *VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;*
>
> *(BRASIL, 1990)(grifo nosso)*

Nesse seguimento, vemos que a legislação consumeirista trata acerca desse instituto como uma prerrogativa inerente aos consumidores, acontece que, não são todos os tipos de lides consumeristas que vem protegidas por essa inversão, para que uma determinada lide envolvendo relação de consumo seja garantidora dessa alteração probatória deve estar presente dois requisitos: a verossimilhança das alegações do consumidor ou o consumidor for dado como hipossuficiente, e mais o entendimento judicial (*ope judicis)*.

Vale destacar que a verossimilhança compreende a viabilidade de que os atos constantes na inicial são verdadeiro. Ademais, acerca da hipossuficiência consumerista se dar pelo fato de o consumidor não possuir condições econômicas, técnicas, de informação ou técnica para corroborar seu direito. Presentes um desses elementos mencionados, o juiz poderá inverter o ônus probante, se o no caso concreto for

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

conveniente, e exigir que o fornecedor demonstre que não foi o causador pelos danos sofridos pelo autor.

Com isso, vendo esse direito apresentado pelo código consumerista e relacionando com o caso em tela, fica evidente que o ônus da prova de venda casada nos contratos de financiamento habitacional é das instituições financeiras que emprestam o crédito a população no intuito de que construam a casa.

Portanto, quem deve comprovar que houve a prática abusiva é a fornecedora e não o consumidor que está tendo seu direito lesado sem mesmo saber, tornando assim a pessoa mais fraca da relação consumerista.

Em relação ao momento da inversão do ônus da prova, a doutrina majoritária e entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça entendem que a inversão deveria ocorrer antes do início da instrução probatória. De acordo Watanabe (2011, p. 12) "cabe ao juiz, pois, no momento em que organizar a instrução probatória, inverte-se, se for o caso, o ônus da prova".

Porém, é preciso frisar que no caso concreto é preciso que haja a observância dos dois elementos fundamentais; quais sejam: verossimilhança da alegação (alegações de fato do consumidor são aparentemente verdadeiras, tomando-se por base as máximas de experiência) e hipossuficiência do consumidor: (refere-se à questão técnica – dificuldades de acesso às informações e meios necessários para a produção de prova).

Conforme descrito mais acima o entendimento da doutrina majoritária, a hipossuficiência e a verossimilhança devem ser consideradas requisitos alternativos, bastando a presença de um deles para que se legitime a inversão do ônus probatório (TARTUCE; NEVES, 2018).

Diante do exposto, fica nítido observar que a venda casada em sede de contratos de financiamento habitacional é ilegal, com base na legislação brasileira. Além disso, o ônus da prova cabe, observando os requisitos acima impostos, ao fornecedor, que nesse caso é a instituição financeira. Essas duas medidas são suficientes para trazer maior segurança jurídica e social aos consumidores, que ao buscar adquirir a casa própria não sejam prejudicados.

3.1.1 Do Entendimento Jurisprudencial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em face a problemática já levantada, os tribunais superiores já estão consolidando o seu entendimento, determinando a proibição da venda casada nos contratos bancários conforme segue a seguir:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 972/STJ. DIREITO BANCÁRIO. DESPESA DE PRÉ-GRAVAME. VALIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 25/02/2011.*
>
> *SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. VENDA CASADA. OCORRÊNCIA. RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA SEGURADORA. ANALOGIA COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 473/STJ. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO OCORRÊNCIA. ENCARGOS ACESSÓRIOS. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo.*
>
> *2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 2.1 - Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da despesa com o registro do pré-gravame, em contratos celebrados a partir de 25/02/2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula pactuada no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva .*
>
> *2.2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada.*
>
> *2.3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora.*
>
> *3. CASO CONCRETO.*
>
> *3.1. Aplicação da tese 2.1 para declarar válida a cláusula referente ao ressarcimento da despesa com o registro do pré-gravame, condenando-se porém a instituição financeira a restituir o indébito em virtude da ausência de comprovação da efetiva prestação do serviço.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3.2. Aplicação da tese 2.2 para declarar a ocorrência de venda casada no que tange ao seguro de proteção financeira.

3.3. Validade da cláusula de ressarcimento de despesa com registro do contrato, nos termos da tese firmada no julgamento do Tema 958/STJ, tendo havido comprovação da prestação do serviço.

3.4. Ausência de interesse recursal no que tange à despesa com serviços prestados por terceiro.

4. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

(REsp 1639259/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 17/12/2018)"

Conforme descrito no julgado acima, o entendimento jurisprudência dos tribunais superiores acerca dessa temática é a reprovação de que seja utilizado o instituto de venda casada em contratos bancários, inclusive no de financiamentos habitacionais. Contudo, essa assimilação não é unanime em todo território brasileiro, visto que, ainda existam alguns tribunais que caminham em direção opostas ao entendimento superior

Tendo o exposto, fica transparente que as instâncias superiores estão andando com vagarosas passadas na direção de proibir a venda casada acima, de qualquer forma é algo para o consumidor ficar pessimista, tendo em vista que já principiou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sonho da casa própria é o idealizado pela grande parcela da população brasileira, principalmente a que se encontra mais desfavorável economicamente. Buscando realizar esse sonho, muitos brasileiros vão às instituições financeiras na intenção de adquirir sua casa própria por meio do financiamento habitacional. Programas dessa natureza, estimulados pelo Governo Federal, dão oportunidade para que esse objetivo seja alcançado.

Mas conforme foi mostrado no decorrer desse estudo, o consumidor (uma vez que essa situação está amparada numa relação consumeirista) muitas vezes acaba por ser vítima da má-fé das instituições financeiras que ao formalizar o contrato de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

financiamento habitacional aderem à venda casada. E esse ato é amplamente ilegal, inclusive no próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 39).

Desse modo, o que se tem verificado é que os bancos estão aproveitando da situação que as pessoas buscam esse financiamento para condicionar a venda de outros seguros, fazendo com isso a prática de venda casada. O argumento apresentado pelas instituições financeiras é que quando a pessoa assinou o contrato, ela estava ciente de todo o procedimento que estava sendo contratado e que como a pessoa assinou contrato utiliza a máxima do "pacta sunt servanda", que o contrato faz lei entre as partes.

Dessa maneira, partindo do que vem sendo observado no dia a dia dos bancos e levando em conta o que essa prática é ilegal, mas que ainda vem acontecendo, a jurisprudência brasileira vem caminhando a passos lentos no sentido de que é cabível a indenização aos consumidores que foram lesionados e prejudicados diante dessa situação.

Fato é que o consumidor, observando os requisitos necessário para a configuração da venda casada nos contratos bancários no corpo do texto, o consumidor tem a opção de buscar tanto as vias judiciais quanto as vias administrativas para pleitear a anulação do contrato secundário.

O que fica estabelecido no tangente a essa temática é que: a prática de venda casada não é permitida na legislação brasileira e quem deve comprovar que houve a prática abusiva é a fornecedora (instituição financeira) e não o consumidor, uma vez que o mesmo está tendo seu direito lesado sem o seu conhecimento e anuência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed.São Paulo: Saraiva, 2014.

BASTOS, Athena. Ônus da prova no Novo CPC: conceito, definição e mudanças. 2019. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/onus-da-prova/>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BEZERRA, Fábio Luiz de Oliveira. **Técnicas de Conciliação em Sistema Financeiro de Habitação**. 2018. Disponível em: <http://arquivos.trf5.jus.br/TRF5/Conciliacao_Diversos/2019/01/01/20190101Tecnicas_de_Conciliacao_em_Sistema_Financeiro.PDF>. Acesso em: 10 fev. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BONATTO, Cláudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos e contratos**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Brasília: Senado, 2002.

_____. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>. Acesso em: 20 fev. 2021.

DONNINI, Rogério. Venda casada: **o condicionamento do fornecimento de produto ou serviço. Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

FILHO, Lourenço Paixão da Silva. **Venda casada: entendimento jurisprudencial e doutrinário**. 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9836/Venda-casada-entendimento-jurisprudencial-e-doutrinario>. Acesso em: 15 fev. 2021.

GONÇALVES, Fábio Antunes; GONÇALVES, Patrícia Antunes. **A evolução do conceito de consumidor e o princípio da vulnerabilidade**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 158, mar 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18636>. Acesso em: 18 fev. 2021.

GONÇALVES, Marcus. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado®** / Pedro Lenza. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Raul. **Venda Casada nos Contratos Bancários**. 2014. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/direito_do_consumidor_e_responsabilidade_civil/edicoes/n32014/pdf/RaulPereira.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2021.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. ***Introdução Contextualizada ao Código de Defesa do Consumidor****. 2016. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9601/Introducao-contextualizada-ao-Direito-do-Consumidor>. Acesso em: 18 fev. 2021.*

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Manual de Direito do Consumidor**: Direito Material e Processual. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Editora Método, 2018.

WATANABE, Kazuo**. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTITUTO GARANTIDOR FRENTE AOS TESTES CLÍNICOS EM SERES HUMANOS

MARIANA CARDOSO PENIDO DOS SANTOS: Especialista em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada. Belo Horizonte.

Resumo: O presente artigo tem como objeto de estudo verificar a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil frente aos experimentos científicos em seres humanos, observando os ditames da Constituição Federal, do Código Civil, do Código de Ética Médica, do Código de Defesa do Consumidor e das resoluções nº 196/96 e 466/2012. Têm-se como objetivo demonstrar que caso ocorra um ato ilícito que se qualifique dentro dos pressupostos do Código Civil, ocasionados pelas pesquisas médicas, seja intencional ou não, mesmo que previstos no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, acionar-se-á a responsabilidade civil com o escopo de indenizar os participantes por danos morais e/ou materiais. A metodologia empregada se deu por meio de pesquisas de natureza bibliográfica, livros, análise de legislações e artigos da área jurídica da saúde e cível. Concluiu-se que o Código Civil será empregado frente ao ato ilícito cometido pelo pesquisador, pelas instituições e pelos patrocinadores dentro das pesquisas com seres humanos, sendo que o primeiro terá responsabilidade subjetiva quando comprovada a culpa e, os outros dois, terão responsabilidade objetiva bastando ter o dano e o nexo causal. Contudo, todos serão responsáveis solidariamente se demandados pelo(s) participante(s).

Palavras-chave: Código Civil. Responsabilidade Civil. Testes Clínicos em seres humanos.

Abstract: This article aims to study the applicability of the civil liability institute in relation to scientific experiments on human beings, observing the dictates of the Federal Constitution, Civil Code, Code of Medical Ethics, Consumer Protection Code and the resolutions nº 196/96 and 466/2012. The goal is to demonstrate that in the event of an unlawful act that qualifies within the assumptions of the Civil Code, caused by medical research, whether intentional or not, even if provided for in the Free and Informed Consent Term, the civil liability will be triggered with the scope of indemnifying the participants for moral and/or material damages. The methodology used was through bibliographic research, books, analysis of legislation and articles in the legal area of health and civil. It was concluded that the Civil Code will be used against the unlawful act committed by the researcher, by institutions and by sponsors

within research involving human beings, the first will have subjective responsibility when guilt is proven, and the other two will have sufficient objective responsibility have the damage and the causal link, but all will be jointly and severally liable if demanded by the participant(s).

Keywords: Civil Code. Civil responsibility. Clinical Tests on Humans.

Sumário: 1 Introdução. 2 Uma breve evolução histórica a caminho das prerrogativas do Estado Democrático de Direito. 3 O instituto da bioética e do biodireito. 4 Os testes clínicos em seres humanos sob a ótica das resoluções nº 196/96 e 466/2012. 5 O Código de Ética Médica aplicado nas pesquisas com seres humanos. 6 O que é responsabilidade civil? Qual a natureza do negócio jurídico dos testes clínicos com seres humanos? 6.1 A responsabilidade civil subjetiva e o código de defesa do consumidor. 6.2 A responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco. 6.3 A responsabilidade civil como instituto garantidor frente aos testes clínicos em seres humanos. 7 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem fomentou discussões no âmbito político, social e econômico. Assim, o desenvolvimento da tecnologia veio com o intento de complementar e ajudar os indivíduos a solucionarem questões que antes não eram factíveis "a olho nu". Os cientistas passaram a ser detentores do conhecimento científico-tecnológico e começaram a utilizá-los de forma equivocada, tendo em conta que impulsionaram um cenário no qual as pessoas eram submetidas a condições degradantes como "cobaias humanas". Em decorrência disto, criou-se alguns institutos com o objetivo de proteger os cidadãos e estabelecer diretrizes éticas e normativas que deverão ser seguidas pelos profissionais que possuem tais conhecimentos. Ademais, os códigos e as resoluções originaram-se por conta destes fatores históricos, tendo como escopo tutelar a execução da biotecnologia frente as pesquisas com seres humanos, a fim de garantir que não acontecerá mais nenhuma transgressão dentro dos experimentos científicos.

Nesse contexto, denota-se que o Código Civil é de suma importância desde a primeira compilação, pois orienta e regulamenta as relações privadas frente as condições fáticas-probatórias. Por isso, infere-se que o referido Código, por meio do instituto da responsabilidade civil, salvaguardará os pacientes dentro das pesquisas médicas quando ocorrer algum dano ou lesão, mesmo que haja previsibilidade destes no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, não podendo os envolvidos na pesquisa escusarem-se frente ao cometimento do ato ilícito. Destarte, o instituto citado

a pouco será o objeto de estudo, precipuamente quando estiver inserido nos testes clínicos realizados com seres humanos.

2 UMA BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA A CAMINHO DAS PRERROGATIVAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o passar dos anos, difundiu-se uma grande discussão a respeito da evolução do Estado Democrático de Direito. Aristóteles (2011, p. 71), que foi um dos pilares sobre este assunto, evidencia que o homem possui um papel central dentro da *Pólis*, sendo o único ser a possuir três almas: vegetativa, sensitiva e racional (CAMPOS, 2017). A primeira alma é própria das plantas, isto é, as plantas crescem, são nutridas, se reproduzem, mas não podem mover-se, nem ter sensações. Já a segunda alma é direcionada para os animais, no qual permite que estes tenham percepção, mobilidade, prazer e dor. A terceira alma é exclusiva dos indivíduos, tendo como função basilar o pensamento, a racionalidade (GALUPPO, 2017). Dessa forma, subentende-se que o *homo sapiens* (RIBEIRO, 2020) não é somente um ser mais evoluído dos que os outros seres vivos, mas também é capaz de manipular o meio em que vive em benefício próprio ou daquela comunidade que corrobora com os mesmos pensamentos e estilos de vida.

Não obstante a isso, os contratualistas, entre os séculos XVI e XVII (SABEDORIA POLÍTICA, 2016), trouxeram debates filosóficos acerca das atitudes dos indivíduos quando encontram-se inseridos no "estado de natureza", em que não há algo ou alguém que possa coibir os instintos. No referido estado, "não havia leis ou normas sociais, governos ou obrigações políticas entre governantes e governados" (SABEDORIA POLÍTICA, 2016), fazendo com que em um determinado momento houvesse uma necessidade de se estabelecer um pacto social (contrato social), em que "reconhecem uma autoridade (governante), um conjunto de regras e um regime político, dando origem assim a sociedade" (SABEDORIA POLÍTICA, 2016). Tal contrato tinha como designo estabelecer direitos e deveres, em que as leis determinam o que pertence a cada um sem que haja uma usurpação por parte dos demais (SABEDORIA POLÍTICA, 2016). Contudo, o contexto social no qual estes ideais foram inseridos demonstraram-se muito distantes da realidade, uma vez que a sociedade liberal foi institucionalizada após a Revolução Francesa de 1789, no final do século XVIII (BRADBURY, 2006), destacando a supremacia da burguesia, não existindo uma legislação aplicável a todos em nível de igualdade.

Como o liberalismo tinha como característica fundamental a autossuficiência, o indivíduo era visto em uma conotação patrimonialista, sendo considerado um fim em si mesmo, podendo ser sujeito ou titular de direito (PASCHOAL, 2008). Verificou-se que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

nesta época, o Código Civil brasileiro, promulgado em 1916 (BRASIL, 1916) seguia os ditames do Código de Napoleão (FRANÇA, 1804), prestigiando o individualismo voluntarista e o liberalismo político-econômico reinante no Estado liberal do século XIX (PASCHOAL, 2008), ratificando que as noções de igualdade pressupunham uma isonomia meramente formal e não material. Por conta dessa falta de igualdade e expansão do capitalismo, agravou-se a situação da classe trabalhadora que permanecia em condições aviltantes (BRADBURY, 2006), pois o Estado não estava compromissado com as demandas sociais, ou seja, com questões básicas como saúde, saneamento básico, condições justas de trabalho, educação, entre outros. Eclodiu-se então a chamada Revolução Industrial, que desaguou na Revolução Russa de 1917, no qual os trabalhadores estavam dispostos a não ceder mais a exploração.

Conquistou-se neste período o "princípio da igualdade material ou substancial", em que a legislação se preocupa efetivamente com a realidade dos fatos e a valia da lei para todos (BRADBURY, 2006). Implementou-se, portanto, o denominado *Welfare State*, ou Estado do Bem-Estar social. Porém, tal como o Estado Liberal, o Estado Social também continha alguns erros, dado que não atendia aos anseios democráticos, como o de garantir a justiça social e a efetiva participação democrática do povo no processo político (BRADBURY, 2006). Além do mais, "a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, a Inglaterra de Churchill, bem como o Brasil de Vargas" (BRADBURY, 2006) demonstravam um antagonismo muito grande entre os setores políticos, acarretando grandes tragédias, à título de exemplo a primeira e a segunda guerra mundial, tal como o regime ditatorial em vários países.

Verificou-se a imprescindibilidade de se ter um Estado que obtivesse essencialmente o melhor dos Estados anteriores, emergindo o Estado Democrático de Direito. Segundo Bradbury (2006):

> O Estado Democrático de Direito cria os "direitos de terceira geração", que se situam no plano do respeito, de conteúdo fraternal, compreendendo os direitos essencial ou naturalmente coletivos, isto é, os direitos difusos e os coletivos strictu sensu, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais) [...] (BRADBURY, 2006).

No Brasil, o referido Estado foi instituído por meio da Carta Magna (BRASIL, 1988), em 1988, que aduz no preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte **para instituir um Estado Democrático**,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional [...] (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Em decorrência deste fator, acentuou-se a insuficiência da resolução dos problemas daquela sociedade por meio do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) e, no dia Dezesseis de janeiro de mil novecentos e setenta e cinco, Miguel Reale defendeu a instituição da nova legislação civil, expondo os motivos e necessidades da atualização do Código Civil (PASCHOAL, 2008). De acordo com Nery (2006, apud PASCHOAL, 2008) um dos principais argumentos do jurista foi:

> O mundo foi sacudido pela tormenta de duas guerras universais e pelo impacto dos conflitos ideológicos, e os brasileiros optam pela Democracia Social, repudiando todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários, o que nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha do nosso desenvolvimento. (NERY, 2006, apud PASCHOAL, 2008).

Infere-se, portanto, que por conta de transgressões de grande escala, principalmente com os indivíduos hipossuficientes, tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social, demandou-se normas que fossem fortes o suficiente para que não ocorresse um *looping* infinito, sendo nítida a importância dos ditames trazidos pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) e pelo Código Civil (BRASIL, 2002). A Constituição (BRASIL, 1988), considerada como lei suprema dentro do ordenamento jurídico, assegura por meio do artigo 5º os preceitos fundamentais que não poderão ser violados nem pelo Estado, pelo homem, pelos cidadãos ou por quaisquer normas infraconstitucionais que sejam contrárias a esta baliza normativa. Já o Código Civil (BRASIL, 2002) trata fundamentalmente das relações privadas, tendo como pontapé inicial o nascimento ou a concepção da pessoa – conforme dispõe o artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002) – até a morte, no artigo 6º (BRASIL, 2002). Denota-se que o homem não é usado mais como meio pelo Estado ou por outros indivíduos para a consecução das próprias finalidades, este agora é o próprio fim do qual o Estado se destina a proteger.

À vista do exposto, o homem que desde o princípio demonstrou ser o personagem central de toda a problemática, por conta da evolução da sociedade e do Estado que hoje o protege, deve ser observado sob outro prisma, em especial no

século XX, por conta do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, que levaram os questionamentos sobre a ética nas práticas médicas a outra esfera.

3 O INSTITUTO DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

Indubitavelmente, por conta do advento das grandes guerras mundiais – especialmente a segunda –, houve o desencadeamento de uma grande preocupação acerca das pesquisas realizadas com seres humanos, haja vista que externou-se os abusos cometidos nos campos de concentração nazista e, em grupos vulneráveis, como judeus, ciganos, mulheres, crianças órfãs, prisioneiros, por conta do progresso científico e tecnológico do século XX (NOGUEIRA et al., 2012, p. 1). Em decorrência disso, houve o julgamento no Tribunal de Nuremberg, em que 23 pessoas foram acusadas e condenadas por conta das condições desumanas em que os indivíduos se encontravam, sendo que 20 destes, eram médicos.

Por este motivo, em 1946, concebeu-se o Código de Nuremberg (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL), com o objetivo de podar os desvios éticos na ciência e determinar padrões humanitários para a realização de experimentos científicos (NOGUEIRA et al., 2012, p. 1). Por este ângulo, Sá e Naves (2018) fundamentados em Diego Garcia, garantem que as diretrizes bioéticas surgiram por necessidade, a partir dos anos de 1950, sendo uma consequência da revolução científica e técnica ocorrida nas ciências biológicas e médicas (SÁ; NAVES, 2018, p. 4). Assim, em 1964, a Associação Médica Mundial desenvolveu a Declaração de Helsinque (FACULDADE DE CIÊNCIAS MÉDICAS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS), sendo considerada como um dos instrumentos mais importantes sobre este assunto, pois contém os princípios éticos que fornecem orientações aos médicos e outros participantes em pesquisas clínicas envolvendo seres humanos (NOSÉ, 2019, p. 27).

No ano de 1974, instituiu-se a Comissão Nacional para a Proteção dos Interesses Humanos de Pesquisa Comportamental e Biomédica, sendo um marco para a bioética, posto que apresentou o Relatório de Belmont que contém os princípios éticos básicos: o respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça (SÁ; NAVES, 2018). Nogueira (et al., 2012) ressalta que alguns documentos internacionais também foram publicados para fixar os limites das atividades biomédicas, das intervenções científicas e para garantir os princípios definidos pelo instituto da bioética:

> [...] O Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina em 1997, Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993), Guia Ético Internacional para Pesquisas Biomédicas envolvendo Seres Humanos em 2002, e, por fim, no ano de 2005,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> a ONU publica a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. (NOGUEIRA et al., 2012, p. 2).

É no contexto do despontamento das informações acerca da falta de limites do uso da tecnologia e do conhecimento científico que surgiu o Biodireito. Levou-se em consideração que por causa da falta de delineamento dos limites morais aplicados às investigações biocientifícas, não era preciso criar apenas relatórios, publicações ou declarações que restringissem a possibilidade de um desvio de conduta dentro das pesquisas, mas também que o ordenamento jurídico fosse mais presente e passasse a intervir de forma legítima no campo das técnicas biomédicas, quer seja para legitimá-las, regulamentá-las ou proibi-las. Segundo Soares, Soares e Marques (2010), o "Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Medicina e da Biotecnologia."

De modo geral, diante das condições humilhantes na qual os indivíduos foram submetidos, e todo o respaldo jurídico que surgiu visando que tal ato não acontecesse novamente, observou-se que essas prerrogativas não poderiam ser apenas implementadas em outros países, fazendo com que o ordenamento jurídico brasileiro recepcionasse as diretrizes principiológicas da Bioética. A resolução n. 196/96 (BRASIL, 1996) do Conselho Nacional de Saúde, tornou-se efetivamente a primeira norma jurídica brasileira destinada a proteger os sujeitos dentro das pesquisas científicas, porém no ano de 2012, o mesmo Conselho fez uma revisão da referida resolução e a revogou, sendo vigente, nos dias de hoje, a resolução n. 466/2012 (BRASIL, 2012).

Assim, verificar-se-á no próximo tópico as diretrizes e normas regulamentadoras que permitem e possibilitam que sejam realizadas as pesquisas com seres humanos.

4 OS TESTES CLÍNICOS EM SERES HUMANOS SOB A ÓTICA DAS RESOLUÇÕES Nº 196/96 E 466/2012

O Brasil tem como tradição recepcionar normas internacionais, não sendo diferente quanto as pesquisas científicas com seres humanos. Por volta do século XIX, iniciou-se alguns experimentos para "o tratamento de doenças infecto contagiosas, como a febre amarela e a varíola, sendo mais tarde aplicadas em quase a totalidade das espécies médicas e profissões relacionadas à área de saúde (GOLDIM, 2006, apud NOGUEIRA et al., 2012, p. 3). No início da década de 70, não havia nenhuma norma regulamentadora que direcionasse tais pesquisas no Brasil, porém, em 1975, o Conselho Federal de Medicina tornou-se o órgão responsável pelos testes clínicos e publicou a resolução nº 1098 de 1983, seguindo as bases principiológicas da Declaração de Helsinque de 1964 (FACULDADE DE CIÊNCIAS MÉDICAS DA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS), sendo o primeiro instrumento normativo que dedicou-se a este tema, pois destacou-se uma preocupação ética quanto a execução dos novos conhecimentos científicos na saúde (NOGUEIRA, et al., 2012, p. 3). Contudo, este instrumento não continha alguns elementos essenciais, como por exemplo, o consentimento informado, os comitês de ética e fiscalização e, a explanação de informações relevantes para a participação dos pacientes nas pesquisas, ocasionados justamente por conta do sistema burocrático do Conselho Nacional de Saúde daquela época (NOGUEIRA et al., 2012, p. 3).

Nesse sentido, a década de 90 fomentou muitas discussões sobre a ética em solo internacional, além do fortalecimento do sistema da bioética brasileira com o aparecimento de organismos não governamentais e, das publicações científicas na Revista Bioética, que foi lançada em 1993 pelo Conselho Federal de Medicina, relatando que a resolução 01/1098 não estava sendo bem sucedida quando empregada frente ao caso concreto (NOGUEIRA et al., 2012, p. 4). Posteriormente, realizou-se audiências públicas e, a edição do primeiro congresso de Bioética, contou com novas diretrizes e determinações para substituir a resolução anterior (NOGUEIRA et al., 2012, p. 4).

Dessa forma, o Conselho Nacional de Saúde aprovou em 1996 a Resolução nº 196 (BRASIL, 1996), "que ampliou o foco para além da área de saúde, envolvendo também outras áreas como Ciências Sociais e Antropologia, por exemplo, e incentivou a criação dos Comitês de Ética em Pesquisa em todo o país" (NOGUEIRA, et al., 2012, p. 4). Além disso, inovou ao "cristalizar a necessidade de se atender aos princípios bioéticos fundamentais: autonomia (por meio do consentimento livre e esclarecido), beneficência, não maleficência e o princípio da justiça ou da equidade" (NOSÉ, 2019, p. 53). A posteriori, esta resolução foi revogada pela nº 466/2012 (BRASIL, 2012), que atualmente possui as principais normas que regulamentam as pesquisas com seres humanos, tendo também como fundamentação o Código de Nuremberg, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração de Helsinque e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (NOSÉ, 2019, p. 54).

A Resolução do Conselho Nacional de Saúde de 2012 (BRASIL, 2012) contém aspectos de extrema importância, que reiteram expressamente a incorporação dos referenciais Bioéticos no ordenamento jurídico brasileiro, determinando a ética dentro das pesquisas que envolvem os seres humanos, de acordo com o item III.1:

> a) respeito ao participante da pesquisa em sua dignidade e autonomia, reconhecendo sua vulnerabilidade, assegurando sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> vontade de contribuir e permanecer, ou não, na pesquisa, por intermédio de manifestação expressa, livre e esclarecida;
>
> b) ponderação entre riscos e benefícios, tanto conhecidos como potenciais, individuais ou coletivos, comprometendo-se com o máximo de benefícios e o mínimo de danos e riscos;
>
> c) garantia de que danos previsíveis serão evitados; e
>
> d) **relevância social da pesquisa**, o que garante a igual consideração dos interesses envolvidos, não perdendo o sentido de sua destinação sócio humanitária. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Registra-se ainda que na mesma resolução, o item II.17, traz o conceito de protocolo como "conjunto de documentos contemplando a descrição da pesquisa em seus aspectos fundamentais e as informações relativas ao participante da pesquisa, à qualificação dos pesquisadores e a todas as instâncias responsáveis" (BRASIL, 2012). Em rápidas pinceladas, o pesquisador é o responsável por apresentar o protocolo ao Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) ou à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP) e aguardar a aprovação ética antes de iniciar a pesquisa, devendo conter, conforme o item XI.2 (BRASIL, 2012), a exposição de motivos que justifiquem as razões da investigação, estabelecendo os riscos e benefícios advindos dos "experimentos". O capítulo VI prevê que "o protocolo a ser submetido à revisão ética somente será apreciado se for apresentada toda documentação solicitada pelo Sistema CEP/CONEP, considerando a natureza e as especificidades de cada pesquisa" (NOSÉ, 2019, p. 58). À Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, cabe:

> A análise dos protocolos envolvendo seres humanos, emitindo parecer justificado, sempre orientado, dentre outros, pelos princípios da impessoalidade, transparência, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, nos prazos estabelecidos em norma operacional, evitando redundâncias que resultem em morosidade na análise (NOSÉ, 2019, p. 58).

Cumpre observar que se o pesquisador tem incumbências no que toca as pesquisas, deverá também detalhar e avaliar todos os riscos físicos, psicológicos e sociais ocasionados por conta destas, indicando de que forma haverá a contenção ou minimização caso incorra alguma complicação. Aliado a isto, é imprescindível que o participante que tenha se voluntariado compreenda perfeitamente todos os pormenores da pesquisa, tal como os riscos e benefícios; que terá a liberdade de sair em qualquer fase por qualquer motivo e, que caso aconteça alguma lesão que esteja

ou não previamente estabelecida no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, haverá assistência e reparação integral, conforme dispõe o item II.3.2 da Resolução nº 466/2012 (BRASIL, 2012). Em virtude dos pontos trabalhados, o Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) também seria aplicável nas pesquisas com seres humanos? Haveria alguma semelhança entre os direitos e deveres dos pesquisadores se comparados com a relação médico-paciente? Estas indagações serão respondidas no próximo tópico.

5 O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA APLICADO NAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS

O Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) não é exatamente um código, mas uma resolução com força normativa aprovada pelo Conselho Federal de Medicina, que abarca os limites que não deverão ser ultrapassados pelos médicos ao exercerem a profissão, especialmente quando se referir ao ensino, pesquisa e administração dos serviços de saúde (AQUINO, 2020). Sublinha-se que o primeiro vestígio da chamada "ética médica" foi escrito em grego jônico, no século V a.C, por Hipócrates, que é conhecido como "Pai da medicina" (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA, 2018), tendo uma grande relevância até hoje, já que nas cerimônias de colação de grau das faculdades de Medicina, os formandos declamam o juramento de Hipócrates. Todavia, há uma obsolescência quanto a este voto, levando em conta que prezava-se muito um paternalismo médico acoplado ao princípio da não-maleficência, no qual o médico era responsável por tomar todas as decisões pelos pacientes mesmo que estes não concordassem, buscando o melhor tratamento a qualquer custo.

Os tempos mudaram, a relação médico-paciente não tem mais um viés paternalista, o termo "médico de família" foi substituído por conta de uma sociedade mais consumista, em que os cidadãos encontram-se mais cientes dos direitos que lhes são atribuídos, exigindo resultados mais rápidos por meio de consultas com curto tempo de duração. A partir disso, exigiu-se uma mudança de postura do médico para com o paciente e, a resolução do CFM nº 2.222/2018 (BRASIL, 2018), determina que deve-se ter uma maior transparência nessa relação, cujo "trinômio" informação-discernimento-falta de condicionadores externos devem ser respeitados, buscando garantir a autonomia do paciente (SÁ; NAVES, 2009). Outrossim, além do "trinômio" supracitado, o Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) também versa sobre as pesquisas envolvendo seres humanos, contendo dispositivos regulamentares.

No que tange aos seres humanos, o cap. I, n. VI e artigo 25 da referida resolução (BRASIL, 2018), estabelece que ninguém será submetido a torturas e a tratamentos degradantes ou desumanos. O artigo 99 garante que não é permitido participar "de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana" (BRASIL, 2018). Já o artigo 100 do mesmo diploma, corrobora com a antiga resolução nº 196/96 (BRASIL, 1996) e a atual nº 466/2012 (BRASIL, 2012), frisando que o médico deve enviar o protocolo de pesquisa para o CEP para a realização de experimentos com seres humanos, objetivando a aprovação do procedimento antes do começo.

O artigo 101 (BRASIL, 2018) tem raízes desde o Código de Nuremberg (1948) e da Declaração de Helsinque (1964), abordando que para que seja efetiva a participação do paciente – os capazes e, os incapazes por meio do representante legal –, deverá constar no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido todos os requisitos abordados na resolução nº 466 (BRASIL, 2012), explicando a natureza e as consequências da pesquisa. Para mais, após realizar a explanação dos fatos e a obtenção das informações dos participantes, o Capítulo IX do Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) versa sobre o dever do Sigilo Profissional, estando em consonância com os itens III.2.i e IV.3 da resolução nº 466/2012 (BRASIL, 2012) que estabelece que a confidencialidade é de extrema relevância no âmbito das pesquisas clínicas (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 187).

Notou-se também uma preocupação acerca da independência de atuação do médico dentro dos experimentos científicos e, o artigo 104 da resolução (BRASIL, 2018), proíbe ao médico "deixar de manter sua independência profissional e científica em relação a financiadores de pesquisa médica, satisfazendo interesse comercial ou obtendo vantagens pessoais". Quanto ao último artigo citado, Luiz Antônio Bento (2019, p. 66, apud NOSÉ, 2019, p. 61) explica que equivaleria "dizer que a dignidade do ser humano pesquisado exige que o pesquisador não perca sua independência, não só técnico-científica, mas também ética." Nosé (2019, p. 63) explicita que "o médico pesquisador se submete as mesmas regras que regem a profissão médica em geral", asseverando ainda que:

> Nas relações médico-paciente e, por conseguinte, nas relações pesquisador-participante de pesquisa, a conduta médica deve ser pautada pelo respeito às normas éticas e jurídicas e aos princípios da bioética: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. (NOSÉ, 2019, p. 63).
>
> [...]
>
> A observância dos quatro princípios da bioética é de fundamental importância para a evolução da ciência, que deverá ser limitada ao respeito à dignidade do participante de pesquisa [...]. (NOSÉ, 2019, p. 64).

Viviane Hanshkov (2007, p. 98) promove uma reflexão importante ao demonstrar que o encargo do médico dentro das pesquisas é muito maior do que se pode imaginar, garantindo que o pesquisador:

> Geralmente é um profissional médico, renomado, pois essa qualidade é de interesse do patrocinador, amplamente qualificado na área que abranja os tópicos estudados e, consequentemente, é quem recebe a proposta do estudo, exteriorizada por meio do contrato e do protocolo, quando não proposto por ele mesmo. (HANSHKOV, 2007, p. 98).

Em virtude do rol de deveres do médico/pesquisador dentro dos experimentos frente aos "sujeitos de pesquisa", qual instituto seria aplicável no caso de dano ou lesão, estando ou não previsto no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, dentro das pesquisas médicas? Haveria a possibilidade do Código Civil (BRASIL, 2002) ser aplicado com fulcro na responsabilidade civil? Esta responsabilidade seria subjetiva ou objetiva? É possível a utilização do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990)?

6 O QUE É RESPONSABILIDADE CIVIL? QUAL A NATUREZA DO NEGÓCIO JURÍDICO DOS TESTES CLÍNICOS COM SERES HUMANOS?

Antes das perguntas que foram feitas acima serem respondidas, dever-se-á discutir em *prima face* sobre o que é responsabilidade civil e qual a natureza do negócio jurídico das pesquisas clínicas com seres humanos.

O termo "responsabilidade" pode designar várias acepções, porém o significado trazido dentro do Código Civil (BRASIL, 2002) no Título IX, é de que a responsabilidade civil tem como propósito reparar o prejuízo causado pelo agente à vítima, acarretando, em regra, na reparação de danos materiais e/ou de danos morais (BERLINI, 2011). Conforme os ensinamentos de Maria Helena Diniz (2007, p. 296, apud NOSÉ, 2019, p. 69), "a responsabilidade civil do médico é, em regra, contratual".

Viviane Hanshkov (2007, p. 95) reflete sobre a natureza do negócio jurídico das pesquisas clínicas, declarando que "como todo negócio jurídico se externa através de um contrato, a pesquisa clínica não é uma exceção", e que possui todas as características de um contrato, sendo via de regra escrito, plurilateral, sinalagmático, oneroso, personalíssimo ou *intuitu personae*, consensual e atípico (HANSHKOV, 2007, p. 95). Conquanto, Heloisa Helena Barboza (2009, apud ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 93) afirma que diferentemente do contrato existente entre médico e paciente quanto às intervenções clínicas terapêuticas, a relação assentada entre o pesquisador e o paciente não possui natureza contratual e também não seria de contrato de adesão, tendo em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

vista que o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido "constitui forma de materialização da permissão do participante acerca da experimentação no seu corpo e na sua mente" (BARBOZA, 2009, apud ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 193), sendo, portanto, um negócio jurídico peculiar.

Apesar de se ter uma discordância quanto a natureza, entende-se que a possibilidade de reparação pelo código civil (BRASIL, 2002), bem como os deveres do pesquisador e das instituições envolvidas, evidencia uma preocupação com o indivíduo envolvido na pesquisa (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018). Portanto, o médico pesquisador não se exime da responsabilidade dentro das pesquisas por conta da assinatura do Termo, mesmo que o participante concorde com todos os tópicos previamente estabelecidos. Assim, a resolução nº 466/2012 (BRASIL, 2012) do Conselho Nacional de Saúde nos itens V.6 e V.7, diz "que serão responsáveis o pesquisador, o patrocinador e as instituições envolvidas por danos sofridos pelo participante em decorrência da pesquisa" (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 188). Tal obrigação congloba garantias como "assistência imediata e integral que possibilite a redução ou o tratamento de eventuais complicações sofridas pelos pacientes, como a de efetuar o pagamento de indenização com a finalidade de reparar danos, estejam eles previstos no Termo de Consentimento ou não" (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 188). Alegria e Araújo (2018), esclarecem que há uma lacuna jurídica na resolução nº 466 (BRASIL, 2012), pois não é determinado de que forma irá ocorrer tal responsabilização, bem como quais hipóteses ocasionarão o dever de indenizar, não havendo uma clara delimitação da responsabilidade do pesquisador, dos patrocinadores ou das demais instituições envolvidas.

Diante do exposto, o artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) determina que, para que o instituto da responsabilidade civil seja aplicado, deverá ocorrer um ato ilícito que gere um dever de reparação para alguém, por conta de uma ação ou omissão voluntária, que viole direitos e cause danos a outrem (BRASIL, 2002). Sérgio Cavalieri Filho (2005, p. 34) citado por Luciana Fernandes Berlini (2011) explica que para que haja a concretização deste ato, deverá existir um *comportamento* voluntário que infrinja um dever jurídico, "e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que o ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo."

6.1 A responsabilidade civil subjetiva e o código de defesa do consumidor

Em regra, o Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece que a responsabilidade civil é subjetiva, ou seja, só surge a obrigação de indenizar caso reste comprovada a existência de dano, nexo causal entre a lesão da conduta do agente, bem como a ocorrência de *dolo ou culpa* em sentido amplo, como está expresso nos artigos 186 e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

927 da legislação civil (BRASIL, 2002). Eduardo Tomasevicius Filho (2015, p. 142, apud NOSÉ, 2019, p. 70) diz que "deve-se provar, no caso do pesquisador médico, que este agiu com dolo ou com culpa e demonstrar seus elementos caracterizadores (negligência, imprudência ou imperícia)." Nessa perspectiva não há dúvidas quanto à natureza da obrigação do médico-pesquisador – responsabilidade subjetiva – dentro da relação pesquisador-paciente, tendo em consideração que de acordo com os ensinamentos de Gustavo Tepedino (2000, apud ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 192) o médico assume obrigação de meio perante o paciente, só podendo ser responsabilizado caso reste comprovado essencialmente o elemento *culpa* no exercício da atividade.

Por conta desta modalidade subjetiva de responsabilidade, a jurisprudência brasileira admite que os ditames estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) sobreponham ao regramento do Código Civil (BRASIL, 2002), aplicando-se o artigo 14, §4º do CDC (BRASIL, 1990) a fim de fixar a responsabilidade do médico para com o paciente (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 192). No entanto, o Direito do Consumidor não será utilizado quando incidir na relação pesquisador-participante, levando em conta que:

> Diferentemente de um paciente clínico, o participante da pesquisa clínica não figura na hipótese de consumidor de um serviço, já que inexiste o elemento primordial para a caracterização da relação de consumo, qual seja a remuneração. De acordo com o CDC, no seu art. 2º, "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 193).

Victor Menon Nosé (2019, p. 69) reafirma o entendimento de Alegria e Araújo (2018), alegando que embora o pesquisador esteja sujeito tal como os médicos as regras gerais do Código Civil (BRASIL, 2002), além das disposições do Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) e das resoluções nº 196/96 (BRASIL, 1996) e 466/2012 (BRASIL, 2012) no que se refere as pesquisas em seres humanos, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor por não existir relação de consumo, tendo em vista que o experimento não se encontra à disposição do mercado. Verifica-se, portanto, que a responsabilização do médico-pesquisador não tem respaldo no CDC (BRASIL, 1990), mas sim no artigo 951 do CC/02 (BRASIL, 2002) que "determina que os indivíduos que, em razão do exercício da sua atividade profissional, causarem a morte ou lesões ao paciente, responderão de forma subjetiva perante estes." (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 194).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Empós noção cediça, assevera-se que o Código Civil (BRASIL, 2002) não traz apenas a responsabilidade civil na modalidade subjetiva, mas também na modalidade objetiva e é isso que será discutido no próximo item.

6.2 A responsabilidade civil objetiva e a teoria do risco

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002) traz outra roupagem, demonstrando a possibilidade de a responsabilidade civil ser objetiva e que "haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para outrem." Nesse sentido, o agente será responsabilizado, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade exercida pelo indivíduo implicar riscos de danos para terceiros. Sendo assim, o referido parágrafo (BRASIL, 2002) traz que a regra geral – responsabilidade subjetiva – não será aplicada no caso dos patrocinadores e as demais instituições participantes, que responderão de maneira objetiva frente aos participantes (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 194), justificando-se pela teoria do risco.

Dessarte, os experimentos, principalmente com seres humanos por si só já denotam uma atividade de risco, e a resolução nº 466 (BRASIL 2012) conceitua o risco da pesquisa como a "possibilidade de danos à dimensão física, psíquica, moral, intelectual, social, cultural ou espiritual do ser humano em qualquer pesquisa dela decorrente." Dentro do direito civil, esta teoria pode ser subdividida em três vertentes: teoria do risco-proveito, teoria do risco integral e a teoria do risco criado. Alegria e Araújo (2018, p. 190) aduzem que a teoria do risco criado seria a mais adequada, tendo em vista que "a realização de pesquisas envolvendo seres humanos invariavelmente trará riscos para os participantes, independentemente de os patrocinadores ou as demais instituições participantes obterem algum proveito financeiro com essa prática."

Corroborando a este entendimento, Caio Mário da Silva Pereira (2001, apud ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 190) diz que teoria do risco criado "implica no reconhecimento de quando uma pessoa, por sua atividade, é responsável por criar um risco para outrem, deve responder por suas consequências danosas." Já Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2015, apud ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 190) defendem que para que haja a responsabilização objetiva, a teoria adotada seria a do risco proveito, posto que "o mero exercício da atividade já importa riscos para terceiros, de forma que o dever de reparar independeria de comprovação da obtenção de lucro pelo agente." Embora haja uma discussão quanto a qual teoria seria a melhor aplicada frente a modalidade objetiva de responsabilidade, Heloisa Helena Barboza (2009, apud ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 191) afirma que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

embora se comprove a existência do dano e do nexo de causalidade, conforme estabelece a teoria do risco criado, os danos somente deverão ser reparados quando decorrerem de um descumprimento do dever de segurança pelo agente, ou seja, não haverá indenização por parte da instituição se não houver a comprovação de que o agente não tomou todas as medidas adequadas para evitar o dano.

Em outra perspectiva, no que se relaciona a responsabilização do pesquisador e das instituições coparticipantes das pesquisas clínicas, a resolução nº 466 (BRASIL, 2012) arrola "que são responsáveis pelas indenizações devidas aos pacientes e pela garantia de assistência imediata e integral tanto o pesquisador quanto as instituições envolvidas – sejam elas patrocinadoras ou não" (ALEGRIA; ARAÚJO, 2018, p. 189), não trazendo preferência quanto a quem irá ser responsável pela reparação ao dano causado ao paciente, demonstrando existir uma paridade/solidariedade entre o pesquisador, as instituições e os patrocinadores, quanto ao cumprimento da obrigação (ALEGRIA; ARAÚJO, p. 189). Viviane Hanshkov (2007, apud ALEGRIA; ARAÚJO, p. 190) afirma que:

> A Resolução nº 466 prevê responsabilidade solidária entre o pesquisador, o patrocinador e as demais instituições, de modo que pode o participante demandar o cumprimento da obrigação de qualquer um deles, sendo cada um deles responsável pelo cumprimento da obrigação na sua integralidade, de acordo com o art. 275 do Código Civil (HANSHKOV, 2007, apud ALEGRIA; ARAÚJO, p. 190).

Em virtude dos fatos apresentados, a responsabilidade civil é um instituto garantidor frente aos testes clínicos com seres humanos?

6.3 A responsabilidade civil como instituto garantidor frente aos testes clínicos em seres humanos

Para que reste concluso este último item, constatou-se, no decorrer do artigo, a magnitude do instituto da responsabilidade civil efetivamente como instituto garantidor frente ao cometimento do dano ou da lesão dentro dos testes clínicos com seres humanos. Evidenciou-se que embora o pesquisador, as instituições e os patrocinadores trabalhem de forma complementar, há uma distinção quanto a responsabilização destes, sendo que a do pesquisador continuará seguindo a regra geral do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo subjetiva e, a responsabilidade das instituições e dos patrocinadores das pesquisas, será objetiva. No entanto, caso o dano, seja com culpa ou sem culpa, a responsabilidade de reparação de ambos frente ao participante da pesquisa, é solidária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho e dos pontos explanados, assentou-se que desde os proêmios, os seres humanos evoluem em consonância com a sociedade e época em que se encontram inseridos. Nesse viés, implementou-se normas que tem como intento garantir que o indivíduo seja protegido legislativamente em decorrência da aquisição da igualdade formal e material. Assim, frente as condições ultrajantes pelas quais estes passaram, principalmente do século XVI ao XX, revelou-se necessário que os institutos da Bioética e do Biodireito fossem criados, visando assegurar que os Direitos Humanos e os Direitos da Personalidade não fossem violados, em nenhuma hipótese, essencialmente dentro das pesquisas tecno científicas.

Por conta disso, além de se ter a Constituição Federal como a lei maior, que determina por meio do artigo 5° os direitos fundamentais dos cidadãos, o Código Médico define de que forma deve o profissional médico e o pesquisador direcionar os conhecimentos frente ao paciente. Do mesmo modo, as resoluções n° 196/96 e 466/2012 tem como intenção estipular como os experimentos com seres humanos devem ser realizados e, o Código Civil, vem como determinante no que tange as relações privadas, tendo a Responsabilidade Civil como um dos pilares que objetiva a indenização caso ocorra alguma transgressão – gerada por conta de um ato ilícito – para com os seres humanos, seja por meio de danos materiais e/ou morais, atribuindo em regra uma responsabilidade subjetiva ao "doutor" se comprovada a culpa, mas aplicando a responsabilidade objetiva para os institutos e patrocinadores, bastando apenas que se tenha dano e nexo causal e, responsabilidade solidária, para que a obrigação seja cumprida. Diante disso, conclui-se que essa garantia estipulada pelo Código Civil é completamente aplicável frente aos testes clínicos realizados com seres humanos, considerando que em um passado não muito distante, atrocidades foram cometidas e acobertadas em prol de uma ciência que visava e ainda visa lucrar em cima destes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRIA, Lívia; ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. Saúde e pesquisa científica com seres humanos: a conformação dos danos decorrentes e o modelo brasileiro de fiscalização. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, v.7, n.1, pp. 183-202, jan./mar, 2018. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/465. Acesso em: 02 mai. 2021.

AQUINO, Luciene Cristina Fernandes. **O Código de Ética Médica.** Uberlândia, 2020. Disponível em: https://rsaude.com.br/uberlandia/materia/o-codigo-de-etica-medica/21273. Acesso em: 02 mai. 2021.

ARISTÓTELES**. La Política**. Roma. Ed. L"erma. 2011. V.1. 354 p. 71.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Responsabilidade civil em face das pesquisas em seres humanos:** efeitos do consentimento livre e esclarecido. In: Martins-Costa J, Möller L. (orgs.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BENTO, Luiz Antônio. **Bioética e pesquisa em seres humanos.** São Paulo: Paulinas, 2019.

BERLINI, Luciana Fernandes. **A responsabilidade civil aplicada às perícias médicas judicias.** [*S. l.*]. 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-88/a-responsabilidade-civil-aplicada-as-pericias-medicas-judiciais/#:~:text=Um%20m%C3%A9dico%20perito%20do%20INSS,ao%20expor%20indevidamente%20sua%20imagem. Acesso em: 02 mai.2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais[...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Revogada pela Lei nº 10.406, de 2002. Rio de Janeiro: Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, [2002]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Plenário do Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996.** Resolve aprovar as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília, 1996. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. Plenário do Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012.** Resolve aprovar as seguintes diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. Brasília, 2012. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf. Acesso em: 03 mai. 2021.

CAMPOS, Afonso. **A Teoria da Alma em Aristóteles**. [*S. l.*]. 2017. Disponível em: https://theoretico.wordpress.com/2017/06/07/a-teoria-da-alma-em-aristoteles/. Acesso em: 03 mai. 2021.

CARVALHO, Nara; STANCIOLI, Brunello. **Da integridade física ao livre uso do corpo:** releitura de um direito da personalidade. [*S. l.*]. 2011. Disponível em: https://pt.scribd.com/doc/237232748/Brunello-Stancioli-e-Nara-Carvalho-Da-Integridade-Ao-Livre-Uso-Do-Corpo. Acesso em: 02 mai. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25-26.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica:** Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Resolve aprovar o Código de Ética Medica anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização [...]. Brasília, DF. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. v.7. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACULDADE DE CIÊNCIAS MÉDICAS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. **Declaração de Helsinque Associação Médica Mundial.** Finlândia, 1964. Disponível em: https://www.fcm.unicamp.br/fcm/sites/default/files/declaracao_de_helsinque.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

FARIAS, Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Notas de aula da disciplina Filosofia do Direito**. Belo Horizonte: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 4 de set. 2017.

GOLDIM, José Roberto. Bioética e pesquisa no Brasil. In: KIPPER, Délio José (Org.). **Bioética, teoria e prática:** uma visão multidisciplinar. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

.HANSHKOV, Viviane. **Pesquisas clínicas no Brasil:** da Bioética à responsabilidade civil. São Paulo: Programa de Pós-Graduação em Bioética, Centro Universitário São Camilo; 2007. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp029559.PDF. Acesso em: 30 abr. 2021.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9241. Acesso em: 30 abr. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado:** atualizado até 20 de maio de 2006. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, A.C. et al. Responsabilidade civil por danos decorrentes de pesquisas científicas com seres humanos**. Direito UNIFACS**, v. 11, n. 142, p. 2-16, 2012.

NOSÉ, Victor Menon. Bioética: aplicação da teoria do consentimento informado e a responsabilidade civil e ética do médico em pesquisas envolvendo seres humanos. 2019. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - **Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23011. Acesso em: 02 mai. 2021.

PASCHOAL, Sandra Regina Remondi Introcaso. **A evolução histórica da principiologia dos códigos civis brasileiros e suas repercussões na teoria da responsabilidade civil**. [*S. l.*]. 2008. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-evolucao-historica-da-principiologia-dos-codigos-civis-brasileiros-e-suas-repercussoes-na-teoria-da-responsabilidade-civil/. Acesso em: 02 mai. 2021.

RIBEIRO, Krukemberghe Divino Kirk da Fonseca. ***Homo sapiens***. Brasil Escola. [*S. l.*]. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/biologia/a-nossa-especie-homo-sapiens.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4.Ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. Ed. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2009.

SABEDORIA POLÍTICA. **Os Contratualistas.** [*S. l.*]. 2016. Disponível em: https://www.sabedoriapolitica.com.br/filosofia-politica/filosofia-moderna/os-contratualistas/. Acesso em: 03 mai. 2021.

SOARES, Saulo C.A; SOARES, Ivana Maria Mello; MARQUES, Herbert de Souza.

Reflexões em ética, bioética e biodireito. Rio Grande. Âmbito Jurídico. No. 75, 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=7601&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 03 mai. 2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA.**O Juramento de Hipócrates e o Código de Ética Médica**. [*S. l.*] 2016. V. 6. N.1. Disponível em: http://residenciapediatrica.com.br/detalhes/194/o-juramento-de-hipocrates-e-o-codigo-deetica-medica. Acesso em: 03 mai. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A Responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. **Revista Trimestral de Direito Civil.** 2000; 1 (2):44.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O Código Civil na disciplina da pesquisa com seres humanos. Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil. **R. Dir. Sanit.**, São Paulo, v. 16, n.2, pp. 116-146, jul.-out. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Código de Nuremberg**. Rio Grande do Sul, 1997. Disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/nuremcod.htm. Acesso em: 03 mai. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ANÁLISE DOS DIREITOS ASSEGURADOS AOS TRANSEXUAIS: A EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INCLUSÃO SOCIAL

MALLANE DE CASTRO MOURA: Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi – Unirg.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI[245]

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo trata das normas asseguradas aos transexuais, como método de efetividade da dignidade da pessoa humana e como inclusão social. Os direitos humanos, por mais que já seja positivado em todo o mundo, ainda está à margem quando o assunto é transexualidade, pois traz consigo uma resistência de aceitação na sociedade, alimentado pelo preconceito e pela dificuldade em entender suas diferenças, gerando um escarço, senão nulo, amparo judicial a esse grupo de pessoas. Diante da relevância do tema, procede-se à análise das normas constitucionais e infraconstitucionais que prometem a garantia da proteção a esses indivíduos contra preconceitos e discriminação. Para isso, será dada ênfase a alguns direitos e princípios constitucionalmente assegurados e outras normas internacionais que dão amparo ao ordenamento jurídico brasileiro vigorante. Além disso, o trabalho terá como objetivo expor a necessidade de proteção às pessoas que optam por não seguir o padrão sexual imposto pela maioria e o de reconhecimento da efetivação dos seus direitos, assim como preservar o princípio da igualdade, de forma que seja afastada as crenças e estigmas sobre os transexuais que os impedem de ter uma vida digna.

Palavras-chave: Transexualidade. Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: The present study deals with the norms guaranteed to transsexuals, as a method for the effectiveness of the dignity of the human person and as social inclusion. Human rights, no matter how positive it is throughout the world, are still on the sidelines when it comes to transsexuality, because it brings with it a resistance to acceptance in society, fueled by prejudice and the difficulty in understanding their differences, generating a scourge, if not null, judicial protection for this group of

245 Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO (2019 aos dias atuais). Diretora-Geral da ESA-TO (Gestão atual), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO

people. In view of the relevance of the theme, the constitutional and infraconstitutional rules that promise to guarantee protection to these individuals against prejudice and discrimination are analyzed. To this end, emphasis will be placed on some constitutionally guaranteed rights and principles and other international standards that support the current Brazilian legal system. In addition, the work will aim to expose the need to protect people who choose not to follow the sexual standard imposed by the majority and to recognize the realization of their rights, as well as preserve the principle of equality, so that beliefs and stigmas about transsexuals that prevent them from having a dignified life.

Keywords: Transexuality. Human rights. Dignity of human person.

Sumário: Introdução. 1. Transexualidade: Um esclarecimento. 2. Principais direitos e avanços dos transexuais no Brasil. 3. A triste realidade dos transexuais. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo, homens e mulheres veem adquirindo maior liberdade quanto ao exercício de sua sexualidade, no entanto acompanhado de uma grande resistência social quando se trata de homossexualidade e da transexualidade.

Os direitos assegurados aos transexuais é um assunto relevante polêmico que vem sendo cada vez mais cobrado e discutido no âmbito jurídico e social, afinal este grupo de pessoas batalham para serem incluídos em uma sociedade que repetidamente se utiliza da hipocrisia, da discriminação e da falta de respeito para exclui-los do convívio social.

Por mais que atualmente vem sendo muito cobrado o reconhecimento dos direitos transexuais, a carência de legislação à cerca do tema admite que estes indivíduos fiquem à mercê de decisões de magistrados, que, consequentemente, permite a vivenciar por estes de uma série de situações vexatórias, humilhantes e preconceituosas, deferidas por parte da sociedade, além de maus-tratos, ofensas e até ameaças.

Diante da complexidade, surge a necessidade de discutir sobre a eficácia de princípios básicos presentes no ordenamento jurídico constitucional, que não são aplicados na prática quando se trata desses indivíduos. São esses o direito a autodeterminação, à disposição do próprio corpo, à proteção da identidade humana, à ausência de discriminação, o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não é à toa que o Brasil é o país que mais mata travestis e transexuais em todo o mundo. De acordo com um estudo feito em 2020 pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais, foram assassinadas em 2019, 124 pessoas transgênero. Só no período entre 1 de janeiro e 31 de agosto de 2020, houve um aumento de 70% no número de assassinatos de pessoas transgênero, quando comparado com o mesmo período de 2019. (BENEVIDE,et al. 2020)

No estado de São Paulo, o número de assassinatos triplicou de 2018 para 2019. Essa mesma pesquisa mostra que a violência contra transexuais e travestis só cresce. Vez que se faz oportuno o estudo do tema com maior clareza, estabelecendo fundamentos jurídicos e normas condizentes para minimizar os inúmeros transtornos pelos quais passam essa minoria.

Obsta afirmar que o estudo trata-se de uma pesquisa Bibliográfica, pautada em informações e materiais já disponibilizados. A metodologia quanto ao objetivo, se classifica em descritiva, tendo em vista a análise que se fará do tema, estabelecendo relações entre variáveis, o que envolve técnicas de coleta de informações para interpretar o assunto e melhorar assim o entendimento à cerca dos direitos assegurados aos transexuais.

Logo, a presente pesquisa, trará conceitos relevantes para a compreensão do tema, deixando claro a definição e significado do transexualismo, além de outros termos operados em doutrinas e jurisprudências. Será abordado os avanços alcançados por meio de batalhas que levaram anos e que foram essenciais para o reconhecimento básico dos direitos dos transexuais, assim como será exposto as lacunas ainda existentes para que haja a efetiva aplicação dos princípios da igualdade e dignidade humana, concentrando-se no bem estar da pessoa humana.

1.TRANSEXUALIDADE: UM ESCLARECIMENTO

Tempos modernos trazem discussões modernas, afinal de contas se o mundo muda constantemente, assim como as pessoas que nele habitam, seria ilógico pensar que as soluções ou estigmas do passado permaneceriam as mesmas.

À cerca do transexualismo, o atual século trouxe consigo mudanças notáveis sobre o que se sabia sobre a transexualidade. Embora conhecida na humanidade desde tempos antigos, foi apenas em 1910, de acordo com Castell (2001), que teria surgido à nomenclatura para a transexual, após o início da realização das primeiras, ainda que clandestinas cirurgias de resignação sexual. (CASTEL, APUD, ALVES. 2013)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Enquanto, em meados dos anos 50 o conceito de transexualidade obteve uma nova acepção difundida no âmbito da psiquiatria, passando a ser considerada um transtorno mental pertencente a categoria das disporia de gênero, na qual estavam incluídos também o homossexualismo além do travestismo. (CASTEL, APUD, ALVES, 2013). Foi somente em 1990, que a Organização Mundial de Saúde (OMS) decidiu por retirar a homossexualidade e a transexualidade da lista internacional de transtorno mental. A oficialização transformou o dia 17 de maio o Dia Internacional contra a Homofobia. (LIONÇO, 2009)

Ainda sobrea conceituação é essencial a distinção dos conceitos de cisgênero (cis) e transgênero (trans). Uma vez que o corpo biológico equivale a composição de seus órgãos genitais, hormônios, sistema reprodutor e cromossomos, a pessoa cis é aquela que se reconhece com o seu corpo biológico, enquanto a pessoa trans é aquela que não se reconhece com seu corpo biológico, mas que, ainda assim, sofre com todas as mudanças hormonais provenientes dele. (JESUS, 2012)

Nesse sentido de transgênero estão inclusos os transexuais e as travestis. Tendo os primeiros uma aversão ao seu corpo biológico, principalmente sua genitália, e vivem como prisioneiros em um corpo que não é reconhecido como seu, além de sofrerem psicologicamente com toda a pressão que é imposta pelo padrão socialmente aceito. Já os travestis, se opondo ao desgosto dos transexuais, não se sente totalmente insatisfeita com seu órgão sexual, buscando apenas uma mudança física e comportamental, optando pela permanência do sexo de nascimento. (JESUS, 2012)

Há que salientar, no entanto, que a identidade de gênero nada tem a ver com a orientação sexual do indivíduo, o que por muito tempo foi tido como verdade indiscutível. No site da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) diz o seguinte sobre o tema:

> A IDENTIDADE DE GÊNERO: Profunda e sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos." (ANTRA BRASIL, 2021).

Ou seja, é a forma pela qual o indivíduo expressa o gênero com o qual ele mais se identifica. Enquanto a orientação sexual é o interesse sexual ou romântico por outras pessoas. Aqui estão inclusos quem é atraído por pessoas do mesmo gênero

(homoafetivo/homossexual), do gênero oposto (heterossexual), por ambos os gêneros (bissexual) ou por pessoas de ambos os gêneros e não binárias (pansexual). (ANTRA BRASIL, 2021)

A transexualidade é um tema complexo e extremamente relevante do ponto de vista social e científico. Os primeiros estudos sobre o transexualismo surgiram na década de 50.

Em 1953, Harry Benjamin reviu o termo já utilizado por Cauldwell, e afirmou que a cirurgia seria a única metodologia terapêutica para o transexual. Esse conceito se transformou graças a novos estudos que surgiram na área de construção de gênero (GIONGO et al. 2012, Apud. BENTO, 2006).

Os estudos nessa área se baseiam em duas perspectivas. A primeira se fundamenta numa perspectiva patologizante, onde se pode destacar o trabalho de Stoller (1992). Enquanto a segunda se baseia na compreensão da construção cultural de gênero, o que rompe a relação entre sexo e gênero, e pode-se destacar como representantes dessa ideia os autores Butler (2003, 2009) e Arán (2006).

Para Stoller, o transexualismo se baseia em três aspectos principais: a convicção em uma essência feminina (ou masculina), a relação de repulsão ao órgão sexual e uma relação de simbiose com a mãe. Para o autor, esses aspectos não decorrem de uma psicose, mas de uma experiência que é capaz de ser tratada mediante a cirurgia de transgenitalização. Por outro lado, Butler vê a transexualidade pela perspectiva cultural, onde o gênero é criado socialmente e não está diretamente ligado ao aspecto biológico (GIONGO et al. 2012).

Apesar de existirem muitos autores que compreendem a transexualidade do ponto de vista patologizante, e a partir de um funcionamento específico, não se deve fixá-la em uma posição subjetiva. É através desta lógica que Bento compreende que a cirurgia não é a única alternativa terapêutica, ao partir do pressuposto que "o que faz o sujeito afirmar que pertence a outro gênero é um sentimento" (BENTO 2006, p. 44).

Dessa forma, para inúmeros transexuais a modificação do corpo através de hormônios é o suficiente para gerar o sentimento de identidade e pertencimento, e da mesma forma, para inúmeras transexuais operadas, o sentimento de incompletude perdura (GIONGO et al. 2012).

Assim, por mais que o transexualismo seja uma condição humana relativamente comum, e tenha sido reportada como presente á tempos mais remotos de diversas culturas, sua realidade ainda é permeada por estigmas, preconceitos e exclusão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.PRINCIPAIS DIREITOS E AVANÇOS DOS TRANSEXUAIS NO BRASIL

Dentro da hierarquia das leis presentes no ordenamento brasileiro a Constituição Federal toma para si o protagonismo, destarte a norma que trata da elaboração de outras leis.

Dessa maneira, a carta magna da atual sociedade continua a seguir sua função de balança, como era na idade média, onde se buscava equilibrar os interesses do povo, da nobreza e da realeza não permitindo que o rei abusasse de seu poder. Assim segue na atualidade, ao afirmar, em seu artigo V, o seguinte:

> 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 [...]. (BRASIL, 88)

No mesmo sentido, no meio da discussão da realidade que permeia a vida dos transgêneros, é essencial ao reconhecimento jurídico do direito a identidade de gênero enquanto garantia ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim o constitucionalista Humberto Alcalá define:

> os direitos humanos, já que sua afirmação não somente constitui uma garantia de tipo negativo que proteja às pessoas contra vexames e ofensas de todo tipo, mas que deve também se afirmar positivamente através dos direitos com o pleno desenvolvimento de cada ser humano e de todos os seres humanos. (ALCALA, APUD ALVES, 2013)

Diante disso, enfatizasse o fato que todas as pessoas têm necessidades fundamentais que precisam ser atendidas para que elas possam sobreviver e para que mantenham sua dignidade.

Assim, graças a lutas recentes, árduas e constantes algumas foram as conquistas adquiridas para acomodar melhor aqueles que se identificam como transgêneros.

Umas das grandes conquistas dos transgêneros foi aquisição do direito a redesignação de gênero, isto é, a adequação física da pessoa com o gênero com o qual mais se identifica. Garantindo a tão almejada aceitação pela qual buscam desde que formam sua identidade de gênero. (JESUS, 2012)

A redesignação sexual se trata de um processo onde o sujeito se submete a uma intervenção cirúrgica, ao uso de hormônios e outras intervenções somáticas, a fim que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

lhe seja conferido a aparência física adequada ao seu gênero. Fundamentada a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à disposição sobre o próprio corpo foi uma grande conquista, que deu aos transgêneros o direito de decisão a respeito da adequação ou não ao sexo por meio do procedimento cirúrgico. (JESUS, 2012)

No Brasil ainda não existe uma Lei própria que resguarde tal direito e suas consequências jurídicas, e mesmo que a jurisprudência majoritária já seja favorável à pretensão da intervenção cirúrgica, a sua aplicação é acompanhada de diversas restrições e burocracias.

Evidencia-se que a redesignação sexual pode ser realizada por meio do SUS desde 2000, no entanto a fila de espera chega a quase dez anos:

> "No ano de 2018 passaram de 300 pessoas na fila do Sistema Único de Saúde (SUS) a espera da cirurgia de redesignação sexual. Apesar da fila, é um avanço nacional já que as cirurgias até 1997 eram proibidas, o que levava as pessoas trans a recorrer as clínicas clandestinas ou a médicos no exterior."(BRASIL ESCOLA, 2018)

Tal demora, mesmo que seja um avanço social, faz com que essa medida se torne ineficaz e inútil, causando revolta àqueles que dependem dessa intervenção para que se sintam completos e realizados dignamente, além de instigar a intervenções clandestinas, uma vez que são mais céleres e acessíveis.

Dando continuidade aos direitos adquiridos, em 2018 o Supremo Tribunal Federal no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275 de 2009, consolidou o entendimento de que é possível também ao transexual que não realizou a cirurgia de redesignação sexual, alterar o nome e o gênero no registro civil sem ordem judicial, podendo ser solicitada a mudança por via administrativa. Assim criando a possibilidade de mudança do nome social para todos os transgêneros:

> [...], julgo procedente a presente ação direta 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 transgêneros, 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. (FEDERAL, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, a alteração do registro passou a não exigir a necessidade de ação judicial e a realização de intervenção cirúrgica de redesignação ou terapias hormonais, que antes eram requisitos para a mudança. Uma conquista histórica, que realmente contribuiu para garantir à dignidade e a proteção a pessoa humana, uma vez que o gênero não é somente analisado pela identificação da genitália.

Enquanto em maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal finalmente decidiu pela criminalização da homofobia e da transfobia. Foi só então que os ministros decidiram por considerarem que todos os atos preconceituosos contra homossexuais e transexuais devem ser equiparados ao crime de racismo. A punição para quem descumprir a norma é de um a três anos de prisão, e a pena é inafiançável. (VIANA, 2019)

Após a análise das conquistas de tais direitos, que em suma já deveriam existir há muito tempo, as dificuldades ainda persistem. Assim, apesar de avanços serem alcançados muitos ainda encontram desafios para acessar e obter a qualidade de vida tal almejada. Para esse grupo, a dignidade de uma vida feliz passa pela necessidade do reconhecimento de sua identidade de gênero, tanto pela forma sexual como pela ótica psicossocial, e somente as medidas que estão sendo adotadas estão se revelando insuficientes e ineficazes, como será exposto no próximo tópico.

3.A TRISTE REALIDADE DOS TRANSEXUAIS

Tendo em vista os direitos e conquistas acima apresentados é de se estranhar o Brasil lidere o ranking de assassinatos de pessoas transgêneros nos últimos 10 anos, segundo Dossiê da Antra (2020) cerca de 175 assassinatos de pessoas trans, sendo todas travestis e mulheres transexuais.

> Em números absolutos, São Paulo foi o estado que mais matou a população trans em 2020, com 29 assassinatos, contando com aumento de 38% dos casos em relação a 2019 – segundo aumento consecutivo, já que, em 2019, houve aumento de 50% em relação a 2018; seguido do Ceará; com 22 casos, que aumentou em 100% o número de assassinatos em relação a 2019; Bahia, com 19 e aumento de 137,5% em relação a 2019; Minas Gerais, que saiu de cinco casos para 17; e o Rio de Janeiro se manteve na 5a posição, indo de sete casos para em 2020 – aumento de 43%; Alagoas, com Progressão Bimestral oito assassinatos; Pernambuco e Rio Grande do Norte com e RN com sete casos cada; Paraíba, Paraná e Rio Grande do Sul com cinco; Goiás, Mato Grosso, Pará e Santa Catarina com quatro;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Amazonas, Espírito Santo, Maranhão e Rondônia, com três; Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Piauí e Sergipe, com 2 casos cada; e Acre, Roraima e Tocantins com um assassinato cada. Não foram encontrados casos reportados na mídia no Amapá. (BENEVIDE,et al. 2020))

Infelizmente, ser transexual no Brasil não é algo de se comemorar. Logo após desenvolver a consciência de que seu gênero é divergente daquele imposto por seu corpo biológico, o transexual começa sua jornada de desafios para viver sua real identidade, marcada por preconceitos e deturpações, resultando na diminuição de opções como potencial empregado, limitando sua inserção no mercado de trabalho e muitas vezes sendo obrigado a recorrer a prostituição, por exemplo, para o próprio mantimento, entre outras dificuldades.

De início, analisando os direitos já dispostos a esses indivíduos, que como já foram expostos no tópico anterior, vale questionar primeiramente a falta de legislação especial ou, ainda, a não existência de lei em sentido estrito que garanta a transexuais o reconhecimento de sua identidade de gênero. Sendo que o que existe, como afirma Bento (2012) são: "gambiarras legais. Uma solução à brasileira. Mudar sem alterar substancialmente nada na vida da população mais excluída da cidadania nacional".

A carência de legislação é um dos fatores que admite que estes indivíduos fiquem à mercê de decisões de magistrados, que, consequentemente, permite a vivência por estes de uma série de situações vexatórias, humilhantes e preconceituosas, deferidas por parte da sociedade, além de maus-tratos, ofensas e até ameaças.

Um exemplo é o depoimento da travesti Lanna Hellen, a qual afirmou ter sido proibida de usar o banheiro feminino de um shopping em Maceió. (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES - ESTADO DA BAHIA). Assim evidenciando a questão de que a não existência de legislação específica no país para essa questão, faz com que indivíduos transgêneros passem por essas situações vergonhosas e desnecessárias.

Em junho de 2019, o STF vendo a falta de leis para a proteção da população LGBT, implantou a criminalização da homotransfobia no Brasil. De acordo com a decisão do STF, enquanto não houver legislação específica, atos de homofobia ou transfobia podem ser tipificados como crimes de racismo. De acordo com a advogada Tathiane Aquino de Araújo, presidente da Rede Trans Brasil, existe um grande desafio na aplicabilidade dessa decisão:

> A lei que define os crimes de racismo no Brasil não é bem aplicada devido ao texto e sua compreensão. O legislador se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> refere à discriminação produzida em lugares, enquanto a violência contra pessoas trans possui características de crime de ódio. Embora seja uma decisão importante no aspecto simbólico, a experiência nos mostra que o racismo estrutural no sistema de justiça impede que os crimes raciais sejam denunciados e punidos como prevê a norma. Por isso, há o risco de a decisão ter pouca efetividade pela transfobia institucional do mesmo sistema de justiça. (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES - ESTADO DA BAHIA, 2020)

Sobre o enfrentamento de obstáculos a população trans sofre no acesso a instituições sociais formais básicas, como saúde e trabalho. Em nível estrutural, faltam políticas públicas destinadas a incorporá-los ao acervo das instituições sociais, como educação, sistemas de saúde e mercado de trabalho. A elevada taxa de desemprego e a dificuldade de entrada no mercado de trabalho também estão relacionadas ao estigma e à discriminação sofrida por essa população. O trabalho é um direito humano básico e uma estratégia usada para o sustento dos indivíduos, tendo impactos diretos na vida e na saúde de qualquer pessoa, e é considerado um importante determinante social da saúde (SILVA et al., 2020. Apud. CONRON et al., 2012; GRANT et al., 2011).

A questão da visibilidade do trans, o Brasil aprendeu a reconhecê-lo como algo cômico, muito devido aos programas televisivos em canais abertos que desde o século passado complementam suas grades. Personagens como Vera Verão, interpretado pelo falecido ator Jorge Lafond, entre outros, que tinham o carinho do público, camuflavam o preconceito que havia em relação a eles. Aquilo era o máximo que poderiam almejar, e caso buscassem outro caminho o mais provável seria o do cemitério, onde inúmeros transexuais foram parar, pelos motivos mais fúteis possíveis. Conforme discorre o dossiê do ANTRA (2020):

> [...] deveria potencializar o enfrentamento da omissão dos estados para podermos ter um levantamento de dados. Porém, isso acontece, fato que, mais uma vez, reforça que os estados não estão interessados em enfrentar o problema da LGBTI fobia, seja ela institucional ou não. Não querer levantar esses dados é uma face da LGBTI fobia institucional e, ao mesmo tempo, demonstra um descaso frente à violência contra a população LGBT+, manifestado pela dificuldade no reconhecimento dessa violência específica. (BENEVIDE,et al. 2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

E como se não fosse suficiente a mazela ao qual é inserido, esse grupo é obrigado a viver em permanente vigilância, já que é constante potencial vítima de violência física e moral, assim como de assédio e discriminação, crimes que não têm uma punição compatível com o risco a que estão sujeitos devido ao lapso encontrado na legislação brasileira sobre a sua real proteção.

De acordo com a organização internacional Transgender Europe, no período de três anos entre 2008 e 2011, trezentas e vinte e cinco pessoas trans foram assassinadas no Brasil. A maioria das vítimas são as mulheres transexuais e as travestis. (JESUS, 2012)

Tais violações não se limitam aos abusos do dia a dia, e se estendem a negação do que deveria ser deles por direito como a assistência médica correta, a educação, já que a baixa escolaridade cria um ciclo vicioso onde se torna impossível sair, o que prejudica a busca por um trabalho digno, assim como uma moradia, resultando na entrada, quase que forçada, para o mundo da criminalização e assim para a prisão, muitas vezes arbitrária e violenta. E assim, jogados em um cárcere se tornam presas fáceis para lesões corporais, torturas, estupros e, por fim, assassinato.

O indivíduo que não segue os padrões morais, religiosos e sociais de normalidade, ainda que após a promulgação da Constituição Federal Brasileira que legitimou os valores da igualdade e da dignidade humana, ainda permanece relegado à margem da sociedade. Há uma impressionante dificuldade em aceitar as diferenças, e isso se expressa de modo particularmente intenso no campo da sexualidade. Os dados anteriormente apresentados demonstram que a taxa de mortalidade são cada vez maiores, resultado da cultuara patriarcal, racista e heteronormativa do país.

Apesar de existir inúmeras datas para buscar a conscientização da sociedade, no enfrentamento da homofobia e a transfobia como o Dia da Visibilidade Trans e Travesti, o Dia Internacional do Combate à homofobia, o Dia do Orgulho LGBIQ+, e o Dia da Visibilidade Lésbica. No entanto as pessoas trans continuam sendo vítimas de homicídios, suicídios, sofrendo abusos, sendo marginalizadas, menosprezados e criminalizadas pela sociedade.

Conclui-se que o espaço reservado a transgêneros é o da extrema exclusão. São cidadãs e cidadãos que ainda têm de lutar muito para terem garantidos os seus direitos fundamentais. Uma vez que percebe-se uma grande resistência social, passadas de ensinamentos e crenças de séculos passados, de geração para geração, ademais a falta

Os transexuais desejam apenas o reconhecimento do direito a uma vida digna, e o Direito precisa acompanhar as mudanças sociais. Como a sociedade não é estática,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o Direito não pode permanecer inerte, ou imporia a vida social uma imobilidade incompatível com o senso de evolução da própria civilização humana.

Deste modo, compreende-se que o Brasil necessita de ações mais específicas, devendo o Congresso editar e providenciar a publicação de uma norma autônoma que fale sobre e tipifique melhor à cerca dos direitos dos transgêneros. Além da grande necessidade de maior efetividade nas regulamentações já vigentes, como o acesso a redesignação de sexo por vias publica, o SUS, o qual existe mas ineficiente e moroso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das considerações sobre a apresentação do presente artigo, é possível observar que apesar do assunto do Transexualismo ser uma pauta bem discutida na última década, e haver regulamentações a favor da descriminalização e a efetivação dos direitos a dignidade da pessoa humana desses indivíduos, a praxe demonstra resistência na sua concretização.

Durante o estudo, foi possível constatar a existência de direitos adquiridos como a aquisição do direito a redesignação de gênero, o direito de mudança do nome e do gênero sem necessidade de processo judicial, e a decisão pelo STF da criminalização da homofobia e da transfobia.

Verificou-se que o transexual, como todo ser humana, busca sua felicidade por meio do equilíbrio psíquico, físico e harmonia no relacionamento familiar e social, no entanto essa efetividade da dignidade da pessoa humana ainda não é uma realidade para esse grupo. Os transexuais ainda continuam sendo vítimas de homicídios, suicídios, sofrendo abusos, sendo marginalizadas, menosprezados e criminalizadas pela sociedade.

Tendo em consideração essas vulnerabilidades, o Estado e a sociedade devem promover iniciativas para proteger amplamente esses indivíduos com planos de inclusão social, sendo imprescindível a aplicação de políticas públicas e de conscientização da sociedade, vez que o Brasil não é detentora de legislação própria.

Logo são necessárias políticas públicas que visem a efetivação dos direitos civis, políticos e sociais das pessoas trans. Assim, como a solução não é particularmente jurídica, dependendo também de uma questão cultural, faz-se urgente a promoção de ações como a elaboração de cartilhas, palestras, projetos de lei e projetos de organizações assistenciais para que seja promovida ações capazes de modificar, ainda que de forma introdutória, a realidade encarada por essas pessoas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por fim, necessário também a criação de projetos de lei e aprovação daqueles já existentes, para que seja efetivada por meio de legislações e dada maior efetividade ao direito da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Gabriela Barreto. **TRANSEXUALIDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO A INDENTIDADE DE GENERO.** 2013. Disponível em: http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/5905/1/PDF%20-%20Gabriela%20Barreto%20Alves.pdf. Acesso em 20 de maio de 2021.

ANTRA BRASIL**. Associação Nacional de Travestis e Transexuais**. 2021. Disponível em: https://antrabrasil.org/cartilhas/. Acesso em 20 de maio de 2021.

BENEVIDE, Bruna G.; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **DOSSIÊ ASSASSINATOS E VIOLÊNCIA CONTRA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS BRASILEIRAS.** 2020. Disponível em: https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdfARÁN, M. A transexualidade e a gramática normativa do sistemasexogênero. Ágora, v.9, n.1, p.49-63, 2006. Acesso em: 24 mai. 2021.

BENTO, B. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice. **A diferença que faz a diferença: corpo e subjetividade na transexualidade**. 2006 Disponivel em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/1243/bento_diferenca%20que%20faz%20a%20diferenca.pdf?sequence=1. Acesso em: 02 abr. 2021.

BERGESCH, Vanessa; CHEMIN, Beatris Francisca. **A cirurgia de transgenitalização e a concretização dos direitos fundamentais constitucionais**. Revista Destaques Acadêmicos, v. 1, n. 2, 2013.

BONFIM, B. K.S. **A questão de gênero, o trabalho dos transexuais femininos e a repercussão nas garantias trabalhistas voltadas à proteção do trabalho da mulher**. 2014. Disponível em: http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c0ffb7232b77166. Acesso em:18 mai. 2020.

BRASIL ESCOLA. **TRANSGÊNEROS: A BUSCA PELA IGUALDADE FORMAL E MATERIAL NO DIREITO BRASILEIRO**. 2018. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/transgeneros-busca-pela-igualdade-formal-material-no-direito-brasileiro.htm#indice_11. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF; senado, 1988.

BUTLER, J. **Desdiagnosticando o gênero**. Physis, v.19, n.1, 2009.

CARAVACA-MORERA, J. A; PADILHA, M. L **The transexual reality from the historical and cisheteronormative perspective**, v. 6, n.2, 2015.

CONRON, K. J. et al. **Transgender Health in Massachusetts: Results From a House hold Probability Sample of Adults**. American Journal ofPublic Health, v. 102, n. 1, 2012. .

CZEZACKI, Aline. **Transexualidade: a liberdade de ser você mesmo**. 2017. Disponível em: http://www.blog.saude.gov.br/index.php/promocao-da-saude/52867-transexualidade-a-liberdade-de-ser-voce-mesmo. Acesso em: 29 mar. 2021.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 Distrito Federal**. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf Acesso em 24 mai. 2021.

GIONGO, C. R. et al. **Travestis e transexuais profissionais do sexo: implicações da Psicologia**. Psicol. Cienc. Prof**.**, v. 32, n. 4, 2012.

GRANT, J. M. Injustice at every turn: a report of thenational transgender discrimination survey, executivesummary, 2011.

HARPER, G.W.; SCHNEIDER, M. **Oppression and discrimination among lesbian, gay, bisexual and transgendered people and communities: a challenge for community psychology**. American Journal of Community Psychology, v. 31, n. 3/4, 2003.

JENNER, C.O. **Transsexual primary care**. J Am Acad Nurse Pract., v.22, n.8, 210.

JESUS, Jaqueline Gomes**. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, 2012. Disponível em: https://www.dive.sc.gov.br/conteudos/agravos/publicacoes/ORIENTACOES_SOBRE_IDENTIDADE_DE_GENERO__CONCEITOS_E_TERMOS_2_Edicao.pdf. Acesso em: 06 mai. 2021.

JUSTO. Gabriel. **Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é país que mais mata transexuais no mundo.** 2020. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pelo-12o-ano-

consecutivo-brasil-e-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo/>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LAMEIRAS, M.A.P. SANDRO, S.C. **Mercado de trabalho. Conjuntura e Análise**. Brasília: IPEA; 2017.

LIONÇO, Tatiana. **Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios**. 2009. Disponível em: https://www.scielosp.org/article/physis/2009.v19n1/43-63/>. Acesso em: 01 abr. 2021.

LUNA. Fernanda. **CARTA MAGNA**. 2020. Disponível em: https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/carta-magna. Acesso em: 27 mar. 2021.

MARIA. Vanessa Andriani. **A Realidade e os Desafios para a Inserção de Transgêneros, Transexuais e Travestis no Mercado de Trabalho**. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-realidade-e-os-desafios-para-a-insercao-de-transgeneros-transexuais-e-travestis-no-mercado-de-trabalho/. Acesso em: 06 abr. 2021.

Ministério Público do Trabalho. **Projeto visa inclusão de travestis e transexuais no mercado de trabalho.** 2018. Disponível em: https://mpt.jusbrasil.com.br/noticias/564467539/projeto-visa-inclusao-de-travestis-e-transexuais-no-mercado-de-trabalho. Acesso em: 06 abr. 2021.

RONDAS, L. O.; MACHADO, L. R. S**. Inserção profissional de travestis no mundo do trabalho: das estratégias pessoais às políticas de inclusão**. Pesquisa prática psicossociais, v.10, n.1., 2015.

SAMPAIO, L. L. P.; COELHO, M.T.A.D. **A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida.** 2013. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15770/1/A%20TRANSEXUALIDADE%20NA%20ATUALIDADE.pdf. Acesso em 20 mai. 2021.

Secretaria de Políticas para as Mulheres - Estado da Bahia. **Dia Nacional da Visibilidade Trans: entenda quais os direitos que a legislação brasileira garante a travestis e pessoas transgênero** 2020, Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/modules/noticias/makepdf.php?storyid=2713. Acesso em 24 mai. 2021.

SILVA, Gabriele. **Transexualidade: entenda o que é identidade de gênero**. 2020. Disponível em: https://www.educamaisbrasil.com.br/educacao/dicas/transexualidade-entenda-o-que-e-identidade-de-genero. Acesso em: 01 abr. 2021.

STOLLER, A**. A experiência transexual.** Rio de Janeiro: Imago. 1992.

TARTUCE. Flávio. **Transexualidade ou "Transexualismo"?.** 2014. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/144342466/transexualidade-ou-transexualismo. Acesso em: 02 abr. 2021.

VIANA, Eduardo Lourenço et al. **A liberdade sexual, um direito fundamental: reflexões sobre a (in) constitucionalidade da omissão legislativa em criminalizar a homofobia e a transfobia.** 2019 Disponível em: https://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/12525. Acesso em 24 mai. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DO ABORTO NO BRASIL

VITÓRIA LAVRATI ZANON GOMES DE PAULA:
Bacharelanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins - UNICATÓLICA

IGOR DE ANDRADE BARBOSA[246]

(orientador)

Resumo: O presente artigo discorre acerca do aborto no Brasil, bem como das objeções à sua legalização, tendo em vista a imersão da sociedade brasileira num cenário patriarcal, determinante para o aprisionamento do pensamento liberal evolutivo que, por ventura, intenta romper com tal paradigma. Desse modo, mediante a polêmica envolta do referido objeto, a análise em apreço se consubstanciará em questionamentos pautados na inquirição de uma elucidação para o dualismo concebido a partir da discussão, e suas respectivas fundamentações. Ademais, é pertinente dissertar acerca das espécies de aborto arroladas pelo Código Penal Brasileiro, tendo em vista se tratar de hipóteses em que, especialmente, o fato adquire permissibilidade. Com a finalidade de desatar as controvérsias que permeiam o tema, emprega-se uma pesquisa de natureza aplicada, de abordagem quanti-qualitativa, dedutiva, descritiva e bibliográfica. Além disso, a cristalização de novos valores sociais quanto ao papel da mulher no mundo contemporâneo, a compreensão da igualdade de gênero e a mudança de paradigma à sexualidade feminina e a superação de pontos de vista que restringem a legitimidade de suas atividades reprodutivas, são um componente básico desta nova situação axiológica e é completamente diferente da trama das leis repressivas editoriais, e agora está sendo considerado para revisão.

Palavras-chave: Aborto no Brasil. Descriminalização do aborto. Legalização do aborto. Direito Penal. Direito Constitucional.

Abstract: This article discusses abortion in Brazil, as well as the objections to its legalization, in view of the immersion of Brazilian society in a patriarchal scenario, which is decisive for the imprisonment of liberal evolutionary thought that, perhaps, intends to break with this paradigm. Thus, through the controversy surrounding the referred

[246] Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes – UCAM. Especialista em Relações de Consumo e em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial, ambos pela UCAM. Defensor Público Federal de 1ª categoria na Defensoria Pública da União do Tocantins e professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica.

object, the analysis in question will be substantiated in questions based on the inquiry of an elucidation for the dualism conceived from the discussion, and its respective foundations. In addition, it is pertinent to talk about the species of abortion listed by the Brazilian Penal Code, in view of the fact that these are hypotheses in which, especially, the fact acquires permissibility. In order to untie the controversies that permeate the theme, a research of an applied nature is used, with a quantitative-qualitative, deductive, descriptive and bibliographic approach. In addition, the crystallization of new social values regarding the role of women in the contemporary world, the understanding of gender equality and the paradigm shift to female sexuality and the overcoming of points of view that restrict the legitimacy of their reproductive activities, are a basic component of this new axiological situation and is completely different from the plot of repressive editorial laws, and is now being considered for review.

Keywords: Abortion in Brazil. Decriminalization of abortion. Legalization of abortion. Criminal Law. Constitutional right.

Sumário: Introdução; 1. A história do aborto frente ao ordenamento jurídico pátrio; 2. Aborto x Estado Democrático de Direito; 2.1 O aborto na perspectiva da Constituição Federal de 1988; 2.2 Laicidade do Estado, Democracia e Razões Públicas; 3. Saúde Gestacional E A Possível Constitucionalização Do Aborto, 3.1 A Proteção Constitucional à Vida do Nascituro; 3.2 O Direito à Saúde da Gestante; 3.3 Direito à Liberdade, à Privacidade e a Autonomia Reprodutiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As diferenças são de longo alcance e não se limitam a argumentos jurídicos, morais ou de saúde pública, mas também envolvem crenças religiosas. E, no Brasil, não haverá diferença. A Lei Penal promulgada em 1940 prevaleceu nessa questão e optou por criminalizar a prática do aborto. Atualmente, a revisão dessas normas é discutida. Nesse sentido, o governo brasileiro estabeleceu uma iniciativa louvável de uma comissão tripartite composta por representantes do Executivo, Legislativo e do Judiciário para reconsiderar a posição de nosso país sobre o aborto, com vistas a finalmente elaborar uma nova legislação sobre o aborto. Portanto, de acordo com as ideias preconizadas pelo movimento feminista brasileiro, é extremamente oportuno discutir a viabilidade constitucional da legalização do aborto nas fases iniciais da gravidez.

Nosso ponto de partida deve ser baseado em observações empíricas: a criminalização do aborto acabará por levar a milhares de mulheres brasileiras, principalmente as mais humildes, a realizar todos os anos procedimentos secretos e perigosos, sem o mínimo

de segurança e saneamento. Hoje, as consequências desses procedimentos são a quinta causa de morte materna no país, ceifando centenas de mulheres a cada ano, e essas vidas podem e devem ser salvas. Por outro lado, deve-se destacar que em países onde a interrupção voluntária da gravidez está legalizada, o número de abortos induzidos não aumentou significativamente, e não há motivos para acreditar que a situação seja diferente no Brasil.

Portanto, o efeito dissuasor da legislação repressiva é mínimo: quase nenhuma mulher não pratica o aborto voluntário porque é proibido por lei. Além disso, o índice de condenações criminais é absolutamente desprezível - na verdade, se assim não for, é necessário transformar todo o país em um enorme presídio para acomodar os milhões de brasileiros que fizeram aborto fora dos pressupostos permitidos por lei. Portanto, pode-se concluir que, do ponto de vista prático, a principal consequência da criminalização do aborto é que a saúde e a vida das mulheres brasileiras em idade fértil, principalmente das mais pobres, sofreram danos gravíssimos ao longo dos anos. Riscos graves podem ser totalmente evitados com a adoção de políticas públicas mais razoáveis. Portanto, a legislação atual não "salva" as vidas potenciais de fetos e embriões, mas tira vidas e prejudica a saúde de muitas mulheres.

Portanto, do ponto de vista jurídico, este caso parece envolver um pressuposto típico de ponderação do valor da Constituição, neste pressuposto deve-se buscar um equilíbrio, no qual o sacrifício de cada bem jurídico envolvido seja o mínimo possível, isso requer o máximo de consideração possível das implicações éticas do problema a ser resolvido e dos resultados pragmáticos da solução proposta. Com base nessas premissas, este estudo de pesquisa foi compilado para resolver o problema do aborto de uma perspectiva jurídico-constitucional, mas as contribuições da ética, da saúde pública e da sociologia explicaram e enriqueceram plenamente isso.

1.A HISTÓRIA DO ABORTO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO

Não obstante de ser um argumento que provoca intensa discussão na sociedade contemporânea brasileira, o aborto sempre esteve presente na vida das mulheres desde o início da sociedade, seja espontâneo ou induzido. Sabe-se que grandes filósofos, como Aristóteles e Hipócrates, já discutiam o tema em questão.

Aristóteles, um dos pensadores com maior influência na cultura ocidental, defendia a prática abortiva como forma de controle de natalidade, além de afirmar que, se não fosse permitido abandonar crianças nascidas com alguma anomalia, realizassem aborto nas genitora, mas diferenciava o que seria perdoável, do que seria desumano, alegando que o mesmo deveria ser realizado antes que o feto venha a ter sentimento,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ou seja, nas primeiras semanas.[247] Hipócrates, uma das figuras mais importantes da história da Medicina, por sua vez, em seu famoso juramento dizia: *"Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva"*[248]

Tendo em vista que o aborto sempre foi conduta utilizada pelas mulheres desde o início dos séculos, se faz imperioso abordar a reflexão de Del Priore (2009) sobre o controle do corpo feminino e o fenômeno do aborto na história de modo que possamos compreender a evolução do assunto em questão.

A referida autora alude que a sexualidade e o corpo da mulher, desde a Idade Média, sempre foram vistos como necessidade de adestramento com a finalidade de civilizá-las (PRIORE, Mary Del, 2009, p. 24). Além disso, a aceitação das mulheres na sociedade só era obtida através do matrimônio e sua prole, e mesmo assim, se tornavam objeto de função única, que se resumia em trabalho doméstico, educar as crianças e obedecer ao marido (PRIORE, Mary Del, 2009, p. 35).

Dessa forma, Del Priore compreende que a Igreja aproveitava o papel do homem dentro do casamento para estimular o controle sobre as mulheres, pois a Igreja além de demonstrar um enorme desprezo ao comportamento feminino demonstrava também um "sentimento arcaico de misoginia" (PRIORE, Mary Del, 2009, p. 100).

A curta passagem ao pensamento de Del Priore sobre formas de controle do corpo feminino, nos leva a pensar que essa dominação, opressão e domesticação que o homem obteve em nossos antepassados, originado na Idade Média, passando pela Era moderna, é refletido, ainda, na contemporaneidade no que tange às escolhas reprodutivas.

Assim, também converge a autora Simone de Beauvoir (1970), que aborda fatos e mitos sobre as mulheres apreciadas por diferentes perspectivas. A autora ratifica que o mundo sempre pertenceu aos homens. É evidente que o discurso é usado como forma de repulsa e indignação. Simone reforça em seu livro que a hierarquia dos sexos pode

[247] "Quanto a saber quais os filhos que se devem abandonar ou educar, deve haver uma lei que proíba alimentar toda criança disforme. Sobre o número de filhos (porque o número de nascimentos deve sempre ser limitado), se os costumes não permitem que sejam abandonados, e se alguns casamentos são tão fecundos que ultrapassam o limite fixado de nascimentos, é preciso provocar o aborto antes que o feto receba animação e vida. Com efeito, só pela animação e pela vida se poderá determinar se existe ou não existe crime." ARISTÓTELES, (2011, p. 146)

[248] Vide. Machado Filho C. **O juramento de Hipócrates e o código de ética médica**. Resid Pediatr. 2016;6(1)

ser compreendida à luz dos dados pré-históricos, filosóficos e etnográficos (BEAUVOIR, Simone, 1970, p. 81).

Para Beauvoir, quando buscou compreender a posição da mulher desde a origem da humanidade, chegou à conclusão que os homens sozinhos puderam se agregar à qualidade de seres superiores, isso devido aos seus privilégios biológicos. Com isso, o patriarcado não nasceu do acaso, e nem originou-se através de uma repressão violenta, simplesmente suas estruturas físicas lhe concederam tal vantagem (BEAUVOIR, Simone, 1970, p. 97).

"Assim sendo, a domesticação da mulher passara inelutavelmente pela maternidade dentro do casamento normatizado. Fora dele, era tida como um ser disposto a provar todas as irregularidades decorrentes de fluxos internos e não organizados para a procriação." (BEAUVOIR, Simone, 1970, p. 168).

Pelo que se nota, Beauvoir percebeu que a cultura patriarcal sempre esteve presente, naturalmente, desde o início dos tempos. *"Cabe-nos ver agora como essa situação se perpetuou e evoluiu através dos séculos."* (BEAUVOIR, Simone, 1970, p. 86).

Para Daniel Sarmento, o tratamento jurídico conferido ao aborto no Brasil, é um fator que não deixa escolha às mulheres – que por seus mais diversos motivos desejam interromper a gestação – a não ser, a realização dessa prática de forma clandestina[249], muitas vezes levando-as à morte por ser realizado em condições precárias e insalubres. Podemos solidar essa afirmação através de uma observação empírica de que, a quinta maior causa de mortalidade materna no Brasil, é decorrente das complicações de abortos clandestinos (SARMENTO, 2005).

Nesse sentido, acreditamos que a criminalização do aborto, atribuída às mulheres que desejam interromper a gravidez afetam-nas desigualmente, tendo em vista que as sequelas da clandestinidade incidem, sobretudo, às mais humildes, que muitas vezes perdem suas vidas ou contraem sequelas irreversíveis. Portanto, no que diz respeito aos efeitos dessa legislação repressiva, pela perspectiva do autor:

> "[...] quase nenhuma mulher deixa de praticar o aborto voluntário em razão da proibição legal. E a taxa de condenações criminais é absolutamente desprezível – aliás, se não fosse, seria necessário transformar todo o país numa imensa prisão, para comportar as

[249] Vide. Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.c

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> milhões de brasileiras que já praticaram abortos fora das hipóteses legalmente permitidas. " (SARMENTO, 2005).

Desta forma, pode-se constatar que o principal efeito que criminalização do aborto tem causado nas mulheres brasileiras ao longo dos anos, principalmente as mais humildes, é o sofrimento de ter que lidar sozinhas com a interrupção de uma gestação indesejada se submetendo à riscos que poderiam e deveriam ser afastados. Contudo acredita-se que a legislação não protege a vida do feto, mas expõe a saúde reprodutiva de milhares de mulheres (SARMENTO, 2005).

Vivenciamos na sociedade contemporânea, uma hipocrisia associada a esse sistema penal, qual seja, a ilusão de que o mesmo seria o meio eficiente e capaz de solucionar os conflitos sociais, como salienta FOUCAULT em sua obra Vigiar e Punir, que *"as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta"* (FOUCAULT, 1987, p. 292).

Comungando do pensamento do referido autor, acreditamos que a medida que o sistema penal adotou para solucionar o aborto, é desprezível e ineficaz, pois a forma repressiva do referido assunto, jamais surtiu efeitos ou cumpriu os supostos objetivos de proteção da vida do nascituro, e, além do mais, percebe-se que a lei só serve para uma parte da população. Assim, salienta Zaffaroni:

> "Basta lembrar que até hoje o sistema penal não conseguiu resolver o conflito gerado pelo aborto: o aumento da repressão sobre os médicos que o praticam não faz que aumentar o preço dos seus serviços, excluindo cada vez mais as mulheres das faixas economicamente mais carentes, que se vêem entregues a mãos despreparadas e desumanas, o que tem feito aumentar o número de mortes devido ao emprego de práticas primitivas, fazendo com que o aborto ocupe o primeiro lugar entre as causas de morte violenta." (ZAFFARONI, 2001, p. 220)

Se a questão do aborto envolve igualdade de gênero, o mesmo ocorre com a igualdade social, pois as mulheres pobres são as maiores vítimas do modelo legislativo adotado hoje. São as pessoas que abortam com mais frequência, seja porque não têm meios financeiros para criar futuros filhos ou porque é mais difícil obter educação sexual e métodos anticoncepcionais. Na hora de decidir pelo aborto, as gestantes de maior nível social ainda dispõem de meios para realizá-lo sob supervisão médica e em condições de melhor higiene e segurança, apesar das atividades ilegais. Por outro lado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mulheres necessitadas acabam passando por procedimentos mais instáveis e perigosos para interromper a gravidez.

No entanto, a experiência provou que o meio mais adequado de proteção para as vidas desses intrauterinos não é a repressão criminosa. Pelo contrário, outras medidas são muito mais eficazes e não terão os mesmos efeitos colaterais. Por exemplo, expandir o investimento em planejamento familiar e educação sexual para reduzir o número de gestações indesejadas; proteger o direito à creche e eliminar o preconceito contra as mulheres grávidas no local de trabalho, para que as grávidas não enfrentam a "escolha de Sofia" entre a maternidade ou o emprego e reforçar a rede de segurança social, para que para uma pessoa indefesa, um recém-nascido não seja sinônimo de carência. (DANIEL SARMENTO,2021)

No que se refere ao aborto, a banal criminalização das mulheres tem sido punida com a exclusão e o isolamento inerentes ao modelo contemporâneo de acumulação de capital social, sistema esse que só tem poder simbólico para comprovar o controle do corpo feminino. Desta forma, é urgente encontrar uma forma ou alternativa de superar este instrumento de resolução de conflitos, garantindo de fato os direitos de todas as pessoas de acordo com os documentos internacionais de direitos humanos fornecidos. (RULIAN EMMERICK,2007)

2.ABORTO X ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 O aborto na perspectiva da Constituição Federal de 1988

A Constituição Brasileira de 1988, dispõe no "caput" do artigo 5º o direito à vida a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. A carta magna versa acerca da inviolabilidade do direito à vida e, onde todo aquele que reside no país, tem o direito tutelado quando já considerado um ser com vida. *"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 (BRASIL, 1988)."*

A vida é o direito humano mais relevante, sem ela não haveria outros direitos. Russo (2009) ensina que o direito à vida é o bem mais importante da pessoa e que a dignidade humana é o alicerce da República Federativa do Brasil, aquela se sobrepõe à segunda, porque sem vida não há dignidade. Por sua vez, Branco (2010, p.441) diz que:

> "A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. "

O direito à vida em conter todos os apanágios é o mais fundamental por suceder pré-requisito de existência e do funcionamento de todos os demais direitos. Combinando o entender Tavares (2010, p. 559) fundamenta o direito à vida "*é o mais fundamental de todos os direitos, no modo de que emerge como fidedigno pré-requisito da existência dos outros direitos destacados constitucionalmente. É, por isto, o direito humano mais sagrado".*

Afora da Constituição, o Código da Criança e do Adolescente integra deliberadamente em seu artigo 7º que "a criança e o adolescente têm prerrogativa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência" (BRASIL, 1990, on-line).

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2010) menciona em sua magnífica obra de Direito Constitucional:

> "A existência do ser humano é o pressuposto básico de todos os demais direitos e liberdades estipulados na Constituição. Esses direitos têm a maior extensão da vida de todos. O direito à vida é o pré-requisito para os direitos declarados pelos membros tripartidos; se antes não há direito a vida para gozar deste direito, então não faz sentido declarar qualquer outro direito. Seu sentido abstrato é inerente à relevância capital e superior a qualquer outro benefício. "

Já ALEXANDRE MORAES (2003), aclara que o direito à vida é o mais básico de todos os direitos, porque é um pré-requisito para a existência e o exercício de todos os outros direitos.

Portanto, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (2010) afirmou que o fator decisivo para reconhecer e proteger o direito à vida é verificar a existência do ser humano a partir do conceito de vida (se ela ocorre naturalmente ou fora do corpo). O nascimento é um ser humano. Não há dúvida de que é um ser vivo, ao contrário da mãe que o produziu,

pertence à espécie biológica do homo sapiens, o que basta para lhe dar o direito à vida, privilégio de todos pela fecundação humana.

Portanto, a vida humana é o princípio mais importante da nossa Constituição, tornando-se um direito indispensável dos cidadãos, direito esse que se afirma no princípio constitucional da dignidade humana.

Há muita discussão sobre a descriminalização do aborto. Os que apoiam e se opõem a essa medida apresentam diversos argumentos, como o direito à vida do feto ou a liberdade e os direitos sexuais das mulheres.

Um dos argumentos dos que se opõem à liberação do aborto baseia-se no princípio do in dubio pro vita, porque algumas pessoas suspeitam que a vida humana deve ser protegida da gravidez, e essa suspeita é um padrão suficiente para proibir o aborto.

O autor Rouland (2003), acredita que a vida que é benéfica para os humanos deve ser tratada com cautela e a própria vida deve ser protegida pela proibição do aborto. Se houver dúvida sobre a natureza humana do conceito, não se deve arriscar a possibilidade de dano à vida humana, pois, para transformar o aborto em direito subjetivo, a possibilidade de banalização seria uma medida extremamente lamentável. O direito subjetivo da gestante de optar pela interrupção da gravidez se oporia ao propósito de proteção à pessoa e ao direito à vida.

Haverá, portanto, uma presunção sobre a vida do nascituro, presunção suficiente para evitar que a sociedade infrinja o direito à vida de outrem e para alertar sobre esse direito indisponível ao proibir a prática do aborto. A ministra Carmen Lúcia (2004) já escreveu que "se a proteção constitucional do direito à vida refere-se ao ser humano, ao humanum genus, nem se há duvidar que o embrião está incluído na sua proteção jurídica. O embrião é ser e é humano".

Nessa toada, o consenso efetivamente alcançado é que, enquanto uma pessoa é rebaixada a um objeto que é considerado uma coisa, a dignidade da pessoa pode será atingida. As coisas têm um preço mais do que dignidade. Em todas as obras que tratam do princípio da dignidade humana, as máximas kantianas foram repetidamente exauridas. Portanto, algumas pessoas falam sobre o rejuvenescimento humano como o oposto da dignidade.

Todos os princípios, independentemente de serem afirmativos no texto da Constituição, podem ser restringidos por outros princípios com os quais se contradizem, portanto, devem ser vinculados por regras de ponderação. Este equilíbrio constitui a adequada distribuição da Corte Constitucional que, através do juízo da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

racionalidade, irá comparar a relação entre os múltiplos valores envolvidos numa categoria e os meios e objetivos específicos estabelecidos pelo legislador no direito penal. Por outro lado, o aborto por motivos econômicos não tem justificativa no campo da ética e do direito, pois no ato de equilíbrio teremos as condições de vida da pessoa imaginada de um lado, e de um bem hereditário do outro. A situação das mulheres grávidas e a primazia conferida às mulheres pela ordem são certas e indiscutíveis. Agora, se a situação econômica coloca em risco a saúde mental da mãe, então vamos nos deparar com outra situação específica, que deve ser adequada e com inspeções especiais para se chegar à conclusão de interromper ou não a gravidez. Todas essas situações devem ser adequadamente consideradas quando da aplicação dos arts. 124 e 126 do Código Penal, de modo a se concluir em que hipóteses concretas a criminalização do aborto, quando provocado pela própria gestante ou com o seu consentimento, entrará em confronto com os valores consagrados no pergaminho constitucional.

O Direito Penal brasileiro proíbe claramente o aborto, mas deve ser relativizado de acordo com a formação social e as nuances de cada caso. Por exemplo, muitas mulheres interrompem a gravidez, mas apenas as mulheres mais pobres serão afetadas por essa prática, porque realizaram operações suspeitas onde não há infraestrutura necessária, resultando em amputações e mortes.

Este é um resumo do parecer do desembargador Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, conforme decisão dos Habeas Corpus 124.306 do dia (29/11). No voto de Barroso, o primeiro painel do tribunal foi aprovado por maioria, entendendo que a interrupção da gravidez até o terceiro mês de gravidez não pode ser equiparada ao aborto. Neste caso, duas pessoas foram presas por trabalharem em uma clínica de aborto. A decisão não é vinculativa.

Em relação às prisões – que foram formalmente isentos porque o HC é visto como substituto do Recurso Ordinário Constitucional - Barroso enfatizou que não há razão para detê-los porque todos têm endereço fixo, são os principais réus e não correm risco. Para ordem pública ou instruções criminais. O ministro destacou ainda que o réu participou da investigação e caso seja condenado, cumprirá o regime aberto.

Sobre o aborto, Barroso disse que criminalizar ações, como ser condenado, viola uma série de direitos básicos, incluindo os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. "O estado não pode forçá-lo a manter uma gravidez indesejada."

Principalmente no que diz respeito à condição social das mulheres que decidem fazer um aborto, Barroso criticou o impacto da criminalização do projeto de lei na classe mais pobre. “O fato de a legislação penal brasileira considerá-lo crime impede que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

essas mulheres que não têm acesso aos serviços de médicos e clínicas privadas utilizem o sistema público de saúde para realizar os procedimentos adequados. Com isso, aumentam as lesões autoprovocadas, lesões graves e mortes. ”

Para prevenir a gravidez indesejada, Barroso destacou que além de criminalizá-la, existem inúmeros outros meios, como educação sexual, distribuição de anticoncepcionais e apoio às mulheres que desejam ter filhos, mas não podem criá-los. “Na verdade, não existe nenhum país democrático e desenvolvido no mundo que considere crime a interrupção da gravidez no primeiro trimestre, incluindo Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, o Holanda e Austrália. "

2.2 Laicidade do Estado, Democracia e Razões Públicas

Talvez nenhum outro tópico suscite reações entusiasmadas como o aborto. Esse entusiasmo não se deve apenas à transcendência dos interesses envolvidos, mas também à necessidade de reconhecer o aspecto religioso de nossos problemas. Em particular, não é necessário lembrar a posição radical adotada pela Igreja Católica, que condena o aborto em todas as circunstâncias - mesmo no contexto do reconhecimento de uma legislação retrógrada no Brasil hoje. Não há dúvida de que o catolicismo ainda é a principal religião do país. (SARMENTO, 2005)

Nesse caso, a lei deve sucumbir à religião, mesmo que a maioria das pessoas não imponha uma confissão religiosa aos não crentes? O fato de o catolicismo prevalecer no Brasil constitui uma razão legítima para o país adotar medidas legislativas que apenas reconhecem os valores morais católicos? A resposta a esta pergunta só pode ser negativa. (SARMENTO, 2005)

A Constituição Federal de 88 não se limita a declarar a liberdade de religião como um direito fundamental (artigo 5º, inciso 6º). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I. O primeiro item são os princípios seculares do Estado, que impõe o poder público a posições absolutamente neutras em relação a vários conceitos religiosos.

Este princípio não significa que o indivíduo tenha qualquer malícia em relação aos fenômenos religiosos, mas expressa "uma hostilidade constitucional fundamental à coerção e à discriminação em assuntos religiosos, e ao mesmo tempo afirma o princípio da igual dignidade e liberdade para todas as pessoas". JONATAS MACHADO, 1996)

Levar a sério o secularismo do país não termina com a proibição do governo de adotar explicitamente uma determinada religião, nem com o apoio público ou o privilégio de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

confessar qualquer culpa. Vai mais longe e envolve as propostas do Partido Republicano para delinear um espaço apropriado e claro para o poder e as crenças políticas. No estado secular, a crença é um assunto privado. Por outro lado, o poder político exercido pelo Estado na esfera pública deve se basear nos mesmos motivos públicos, ou seja, sob o fundamento de que sua possibilidade de ser aceito pelo público independe de determinada religião ou crença metafísica.

O caráter laico do Estado é incompatível com o exercício do poder público baseado em crenças e dogmas (mesmo os da maioria das religiões), pois impõe ao poder estatal uma postura justa e equidistante em relação às diferentes crenças religiosas, moralidade, a cosmovisão e ideias por trás dos princípios.

Na verdade, uma das características básicas da sociedade contemporânea é a diversidade. No mesmo país, algumas pessoas apoiam religiões diferentes ou não adotam nenhuma religião. Pessoas que afirmam ter ideologias diferentes, têm conceitos morais e filosóficos diferentes e até hostis. Hoje, as pessoas entendem que o Estado deve respeitar essas escolhas e direções de vida, e não permitir que ele use métodos repressivos ou mesmo o poder simbólico para coagir os cidadãos a adaptarem seu comportamento aos conceitos sociais hegemônicos, e não deve insultar estranhos. (SARMENTO, 2005)

Diante da impossibilidade de se chegar a um consenso, o princípio da maioria é apenas um transplante do sistema político. Dada a impossibilidade de se chegar a um consenso sobre este princípio, as pessoas devem recorrer ao voto e dar igual importância a expressão de cada cidadão (uma pessoa, um voto), a ideia de igualdade inerente entre os indivíduos. No entanto, as pessoas são consideradas iguais apenas quando o país mostra o mesmo respeito por elas.

Portanto, não apenas do ponto de vista moral, mas também do ponto de vista jurídico e constitucional, é imperativo que as ações do Estado, como leis, medidas administrativas e decisões judiciais, sejam baseadas em argumentos aceitáveis para todas as pessoas sem distinção e debate racional - mesmo para aqueles que discordam dos resultados substantivos alcançados. Caso contrário, haverá um regime autoritário - em última análise, a ditadura da maioria sobre a minoria - mas nunca alcançará a verdadeira democracia.

3.SAÚDE GESTACIONAL E A POSSÍVEL CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ABORTO

3.1 A Proteção Constitucional à Vida do Nascituro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sem debater a proteção legal da vida humana no útero, não há como discutir a legalização do aborto. De fato, se a interrupção voluntária da gravidez significa a eliminação dessa vida, é preciso verificar se e em que medida ela está amparada pela Constituição brasileira.

A este respeito, como mencionado acima, o fundamento não pode ser baseado em conhecimentos religiosos ou metafísicos. Nossos temas devem ser testados usando argumentos morais, legais, científicos e seculares, não baseados em dogmas de fé. Portanto, considerando o momento imaginário em que a "alma" se implanta no feto, não faz sentido tentar resolver o problema do aborto. (SARMENTO, 2005)

O argumento a ser defendido aqui é que a vida no ventre do corpo humano também é protegida pela Constituição, mas a intensidade é bem menor do que a de uma pessoa nascida. Por outro lado, a proteção conferida à vida do feto que será mantida ao longo da gestação não é uniforme. Ao contrário, à medida que o embrião se desenvolve, esse monitoramento aumenta gradativamente, tornando-se um feto e, então, ganhando viabilidade extrauterina. Portanto, o tempo de gravidez é um fator de extrema importância na mensuração do nível de proteção física atribuído à vida pré-natal. (SARMENTO, 2005)

Por todas essas razões, diz-se que embora o nascituro já esteja vivo, ainda não é uma pessoa. Nesse ponto, convém esclarecer que falar da vida humana e do ser humano não é a mesma coisa. Pode-se dizer que o embrião pertence à espécie Homo sapiens e, portanto, é humano. De acordo com Sarmento (2005), por outro lado, embora o corpo da mãe tenha uma residência, obviamente não se deve confundir com os órgãos internos da mãe, o que é contrário ao que diziam os antigos romanos. O embrião possui características próprias, ou seja, constitui um novo sistema relacionado à mãe e possui um código genético único (exceto para gêmeos homozigotos), que já contém instruções para seu desenvolvimento biológico. Portanto, esta é uma vida humana real.

3.2 O Direito à Saúde da Gestante

Pode-se dizer que a legislação penal brasileira passou a criminalizar o aborto, o que tem um duplo impacto sobre o direito à saúde da mulher. Primeiro, quando as mulheres grávidas são forçadas a interromper uma gravidez que está em risco ou pode causar danos efetivos à sua saúde física ou mental, seus direitos são prejudicados. Isso ocorre porque os riscos à saúde não constituem uma hipótese de aborto autorizada pela legislação nacional.

No entanto, além disso, devido aos principais efeitos práticos das atuais regras repressivas, os direitos à saúde das mulheres em idade fértil no Brasil também foram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

coletivamente prejudicados. Se os efeitos preventivos dessas drogas forem mínimos e quase impossíveis de prevenir o aborto, eles terão efeitos colaterais bem conhecidos e absolutamente catastróficos: a cada ano, eles sujeitarão milhares de mulheres grávidas (especialmente as mais pobres) a operações secretas. Geralmente não há condições mínimas de segurança e saneamento, o que representa uma séria ameaça às suas vidas e saúde.

Sabe-se que o direito básico à saúde está consubstanciado no texto Constitucional nos artigos 6º e 196. Este último estipula que "a saúde é direito de todas as pessoas e responsabilidade do Estado, e é garantida por políticas sociais e econômicas que visam a redução dos riscos de doenças e outras enfermidades, assim como a igualdade, e o acesso universal à promoção, proteção e ações e serviços de reabilitação. " Pode-se dizer com certeza que a afirmação desse direito básico guarda grande relação com a proteção da dignidade humana na vida. Afinal, proteger a saúde muitas vezes é uma condição necessária para manter o direito à vida e à saúde física e mental do ser humano.

Porém, pelo menos do ponto de vista quantitativo, o que é mais grave é o risco de abortos ilegais. O estado não pode ignorar a realidade de que a legislação criminal é absolutamente ineficaz na prevenção do aborto e na proteção da vida pré-natal, e as consequências inevitáveis fazem com que muitas mulheres, especialmente a vida mínima das mulheres, enfrentem riscos graves e desnecessários para a classe social. Na verdade, o aborto não é um método simples de contracepção e não pode ser usado como um método simples de contracepção. Devido à vida do feto, isso será incompatível com a proteção.

No entanto, a experiência provou que o meio mais apropriado de proteção para as vidas desses intrauterinos não é a repressão criminosa. Pelo contrário, outras medidas são muito mais eficazes e não têm os mesmos efeitos colaterais. Por exemplo, expandir o investimento em planejamento familiar e educação sexual para reduzir o número de gravidezes indesejadas; proteger o direito à creche e eliminar o preconceito contra as mulheres grávidas No local de trabalho, para que as grávidas não enfrentem a "escolha de Sofia" entre a maternidade ou o emprego e reforçar a rede de segurança social, para que para uma pessoa já desamparada, um filho recém-nascido não seja sinônimo de carência. . (SARMENTO, 2005)

Portanto, o quadro da pesquisa é profundamente deprimente, mas também é muito claro: a proibição do aborto não salvará a vida do feto, mas matará muitas mulheres e causará graves consequências para muitas outras!

3.3 Direito à Liberdade, à Privacidade e a Autonomia Reprodutiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O reconhecimento da dignidade humana deve primeiro respeitar o direito de cada homem ou mulher à autodeterminação. Eles devem ter o direito de tomar decisões básicas sobre suas vidas e agir de acordo com seu próprio comportamento, sem interferência do Estado. A matriz desse pensamento é o conceito de que todo mundo é um sujeito moral dotado de racionalidade, pode decidir o que é bom ou ruim para ele, pode fazer planos de vida e fazer escolhas de sobrevivência e, em princípio, ele deve ter liberdade de acordo com sua própria vontade para se guiar. (CARLOS SANTIAGO, 1989)

Uma das escolhas mais importantes na vida de uma mulher é ter ou não um filho. Não é necessário enfatizar o impacto da gravidez e das mães subsequentes na vida de todas as mulheres. A gravidez e a maternidade podem mudar fundamentalmente suas vidas. Se por um lado podem dar um novo sentido à vida, por outro podem enterrar o projeto e inviabilizar certas escolhas básicas. Segundo Flávia Piovesan (2002), o feto está sendo gerado no corpo da mulher e, embora o mundo esteja passando por várias mudanças hoje, ainda é a mãe quem tem a maior responsabilidade na criação de seus filhos. Por todas essas razões, essa questão está intimamente relacionada à ideia de autonomia reprodutiva, cujo fundamento também pode ser encontrado no conceito de dignidade humana das mulheres (art. 1º, II, CF). Assim como os direitos básicos de liberdade e privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF).

Além de ter uma base constitucional clara, a autonomia reprodutiva também é um direito humano protegido internacionalmente. Nesse sentido, é eloquente a redação do parágrafo 95 da Quarta Conferência Mundial sobre a Plataforma da Mulher, que afirma os "direitos humanos de decidir com liberdade e responsabilidade sobre o número de filhos, o espaço para o parto e o intervalo entre os partos" e "Tomar decisões sobre a reprodução sem ser sujeito a discriminação, coerção ou violência."

Não parece totalmente aceitável que, como os legisladores criminais do Brasil, eles ignorem os componentes desta equação ao ignorar solenemente a autonomia reprodutiva das mulheres no tratamento de aborto. Aconteceu no início da década de 1940 - em um contexto social de forte machismo e em um período de política autoritária em que o liberalismo não recebeu a devida atenção - não é de surpreender. No entanto, o que as pessoas não conseguem compreender é que num contexto axiológico completamente diferente, e apoiado por uma constituição que dá liberdade com os valores mais elevados do liberalismo, a mesma equação legislativa foi mantida em meados do século XXI. Para enfrentar o aborto, é necessário utilizar outras ferramentas para promulgar leis de diferentes naturezas, ou seja, buscar outras formas de intervenção social fora do sistema penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

CONCLUSÕES FINAIS

Ao longo do processo de pesquisa, algumas pessoas acreditam que a vida e a saúde do feto, a privacidade, a autonomia reprodutiva e os direitos básicos de igualdade da mulher são todos interesses relacionados à Constituição e devem ser devidamente protegidos. Argumentou-se também que a antiga Lei Penal de 1940 não considerava integralmente esses bens constitucionais em sua solução jurídica para o aborto, porque não dava peso aos direitos básicos da mulher grávida acima mencionados, ou de fato não dava peso a esta problemática.

Em suma, é razoável adotar uma solução semelhante à da maioria dos países europeus no Brasil, que legaliza o aborto voluntário nas primeiras fases da gravidez, mas, por outro lado, acarreta pena excessiva. O mecanismo para evitar esses costumes triviais envolve a educação sexual, o planejamento familiar e o fortalecimento das redes de proteção social para as mulheres. Acredita-se que esta solução não entrará em conflito com a Constituição, mas promoverá seus princípios e valores de forma mais adequada e razoável.

Na verdade, a interrupção voluntária da gravidez não deve ser considerada um método anticoncepcional. Esta é uma medida mais séria, não só porque impede a pessoa de dar à luz, mas também porque faz com que as mulheres que aplicam o método em geral se sintam profundamente tristes.

Em qualquer caso, esta descoberta parece inevitável: um sistema repressivo como o nosso leva a um grande número de abortos ilegais, colocando em risco a vida e a saúde das mulheres, ao mesmo tempo que falha na proteção dos interesses opostos de manter a vida pré-natal. Portanto, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade têm mostrado que é preciso reformar a lei para torná-la mais compatível com o pensamento laico e pluralista nacional, sem deixar de lado a proteção à vida dos nascituros, os direitos das mulheres também devem ser valorizados, porque eles também são direitos humanos, afinal. E é necessário fazer isso o mais rápido possível para evitar mais mortes e traumas desnecessários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, 384-322 a.C. **A política / Aristóteles**; introdução de Ivan Lins; tradução de Nestor Silveira Chaves. – Ed. especial. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. E-book Kindle.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo – Fatos e mitos**. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo : Difusão europeia do livro,

1967.<https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2018/03/beauvoir-o-segundo-sexo-volume-11.pdf>. Acesso em 23 abr. 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anencefalia. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde**. Voto da Min. Carmem Lúcia. Plenário. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília-DF, j.11/04/2012a. Informativo do STF n. 661. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF%20e%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20de%20gravidez%20de%20feto%20anenc%C3%A9falo%20-%2026>. Acesso em 14 abr. 2021.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF**: Senado Federal.

Cf. NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos. 2ª ed**., Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 199-265.

Cf. PIOVESAN, Flávia. "**Os Direitos Reprodutivos como Direitos Humanos**". In: BUGLIONE, Samantha (Org.). Reprodução e Sexualidade: Uma Questão de Justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, pp. 61-79, p. 76.

CORPO E PODER: um olhar sobre o aborto à luz dos direitos humanos e da democracia / Rulian Ememrick; Orientador: João Ricardo Wanderley Dornelles. – Rio de Janeiro: PUC. Departamento de Direito, 2007. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:W9H9KleyNLIJ:https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/10063/10063_1.PDF+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 25 abr. 2021.

DEL PRIORE, Mary, 1952 – **Ao sul do corpo: condição feminina, maternidade e mentalidades no Brasil Colônia/Mary Del Priore**. – São Paulo: Editora UNESP, 2009. E-book Kindle.

DOSSIÊ Aborto: **Mortes Preveníveis e Evitáveis: dossiê**. – Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hp31luu8RdoJ:https://w

ww.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/manuais/081.pdf+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 25 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/centrocultural/foucault_vigiar_punir.pdf> Acesso em 26 abr. 2021.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade – A vontade de saber**. Trad. Maria T. C. Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. Disponível em: < História da sexualidade I: A vontade de saber (usp.br) >. Acesso em 19 abr. 2021.

MACHADO, Filho C. **O juramento de Hipócrates e o código de ética médica**. Resid Pediatr. 2016;6(1):45-46 DOI: Disponível em: <https://doi.org/10.25060/residpediatr-2016.v6n1-10>. Acesso em 19 abr. 2021.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais. 5ª Ed**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 47.

ROULAND, Norbert. **Nos Confins do Direit**o. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br.> Acesso em 23 abr. 2021

TAVARES, André Ramos**.** ***Curso de Direito Constitucional*****. 8ª Ed.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vania Romano Pedrosa. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Acesso em 28 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA: INSEGURANÇA JURÍDICA E A JURISPRUDÊNCIA ZIGUE-ZAGUE

KARINA PEREIRA NUNES: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA [250]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade demonstrar as mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação ao cumprimento antecipado da pena. Serão analisadas as decisões e argumentos proferidos ao longo dos anos na Suprema Corte, bem como as consequências geradas no Poder Judiciário e na sociedade devido às diversas mudanças. Pretende-se ainda citar os impasses que enfrenta o sistema prisional e as dificuldades dos detentos no processo de ressocialização. Logo, será necessário analisar as alterações nas jurisprudências da maior corte do Brasil, e entender como as indecisões do Supremo afetam de forma direta ou indiretamente todos os cidadãos, independentemente do Estado em que se encontram.

Palavras-chaves: Execução Provisória da Pena; Instabilidade; Sistema Prisional; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the great instability of the Federal Supreme Court with regard to the early fulfillment of the sentence. It will analyze the arguments and decisions that have been made over the years in the Supreme Court, as well as the consequences generated in the judiciary and in society due to the various changes. It is also intended to mention the impasses faced by the prison system and the difficulties faced by inmates in the re-socialization process. Therefore, it will be necessary to analyze the instability of the highest court in Brazil and understand how the Supreme Court's indecisions affect directly or indirectly all citizens, regardless of the state in which they find themselves.

Keywords: Provisional Execution of the Penalty; Instability; Prison System; Supreme Court.

250 Defensor Público Federal de 1º categoria no Estado do Tocantins. Professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sumário: Introdução. 1. Crise no Sistema penitenciário Brasileiro. 2. A prisão e seus impactos no sistema penal Brasileiro. 3. (in) constitucionalidade da execução provisória da pena e seus impactos sobre as mudanças de entendimento do STF. 4. Considerações finais. 5. Referências.

INTRODUÇÃO

O cumprimento antecipado da pena tornou-se um tema polêmico e um dos assuntos mais discutidos no ano de 2019, quando ocorreu o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 43, 44 e 54, nas quais o Supremo decidiu pela inconstitucionalidade da matéria, pois a antecipação da execução da pena seria uma violação ao princípio da presunção de inocência. Dessa forma, a prisão só será possível após todos os recursos cabíveis se esgotarem e o processo transitar em julgado.

Entretanto, a prisão após condenação criminal em segunda instância causou grandes impactos no Poder Judiciário, pois muitas foram as mudanças na jurisprudência acerca do assunto. Essas alterações ocasionaram diversos impasses na sociedade, como, por exemplo, a insegurança jurídica e o agravo na crise do sistema prisional. Diante disso, o presente artigo tem como objetivo principal demonstrar os impactos penais e sociais da instabilidade causada pela jurisprudência Zigue-Zague do Supremo Tribunal Federal na aplicabilidade da execução provisória da pena.

Inicialmente, o artigo apresenta os grandes problemas que são enfrentados dentro dos presídios brasileiros e as dificuldades que os detentos enfrentam no processo de ressocialização. Posteriormente, serão abordadas as diversas mudanças de interpretação do STF em relação ao cumprimento antecipado da pena, além de apresentar os impactos gerados em razão das modificações da Suprema Corte. Sendo assim, o tema é de suma importância social, pois circunda todo o Ordenamento Jurídico Brasileiro e se faz presente na vida de todos os cidadãos.

A pesquisa é de caráter descritivo, pois foi feita uma análise dos conceitos e decisões do Supremo Tribunal Federal, e de caráter bibliográfico, pois foi baseada em livros e artigos científicos, proporcionando, assim, a familiaridade do aluno com a área de estudo na qual está interessado. Como instrumento de coleta de dados foram utilizados revisão da literatura específica, obras de renomados juristas penais e constitucionais, legislação, artigos científicos, revistas, jurisprudências, entre outros.

1. CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Há muito tempo o sistema carcerário enfrenta diversos problemas, e a cada ano as estatísticas demonstram que esses impasses só aumentam. A superlotação nas

prisões vem crescendo muito, sendo que o Brasil está entre os cincos países com a maior população carcerária do mundo, ultrapassando, desta forma, a capacidade de presos para cada cela.

A superlotação produz várias dificuldades na ressocialização dos detentos, pois a maior parte das prisões não realizam a separação entre presos provisórios e definitivos, possibilitando, desta maneira, o aumento de facções que tendem a cometerem crimes mais graves, crescendo a violência no país e o número de reincidentes. "O objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos." (BITTENCOURT, 2011, p. 139).

Além disso, a lotação promove muitas outras consequências, como as condições desumanas que essas pessoas vivem dentro dos presídios, falta de higiene, propagação de doenças, brigas entre os detentos, entre outras dificuldades. A má estrutura demonstra o descaso do poder público para com esses indivíduos, que são esquecidos pela sociedade e pelas autoridades. Neste contexto, Greco afirma:

> *O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre as consequências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é fugir e voltar a delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajudá-lo" (GRECO, 2011, p. 501).*

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, atualmente, no Brasil, existem cerca de 42,5% de presos reincidentes. Dessa forma, o número de reincidentes certifica que as prisões não oferecem uma boa condição de ressocialização aos detentos, que ao sair, retornam à criminalidade.

A presença de educação básica e trabalho dentro dessas instituições são de suma importância, uma vez que através dessas atividades, os presos poderão voltar a sociedade com mais entusiasmo. Atualmente, os presos lidam com outros obstáculos, como a falta de assistência médica.

No momento, o mundo enfrenta uma pandemia e com isso a situação dos detentos é de mais vulnerabilidade diante desta doença. O Conselho Nacional de Justiça verificou que, no momento atual, existem cerca de 45.032 casos de Covid-19 entre os presos, além de outras doenças existentes que levam ao óbito por falta de tratamento básico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *Aqueles que já se encontravam presos e no curso do cumprimento de sua pena forem acometidos por doença, deverão receber tratamento adequado à curada enfermidade, devendo contar com a visita diária de um médico até que sua saúde seja restabelecida (PIRES, 2010, p.34).*

Vale lembrar que muitas detentas precisam de assistência médica durante o período de gestação. Porém, isso não vem acontecendo. O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) registrou que a maior parte das presas gestantes não realizam o pré-natal de forma correta, e por isso muitas detentas sofrem com problemas sérios durante este período. Portanto, é nítido a falta de uma boa admiração e investimento por parte do estado.

Os direitos e garantias dos presos são estabelecidos na legislação constitucional e infraconstitucional, como na Constituição Federal de 1988, na Lei de Execução Penal e também na Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir do momento em que um cidadão comete um crime e é preso, ele não perde apenas o direito à liberdade, mas também à sua dignidade e personalidade, como afirma Assis:

> *A partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007, p. 03).*

A maioria das cadeias não oferecem o básico para a existência desses indivíduos, como por exemplo: cama, higiene e alimentação. Desta forma, o estado acaba realizando duas punições, privando os indivíduos de sua liberdade e de seus direitos que lhes são assegurados. Assim como relata Barros:

> *O princípio da dignidade da pessoa humana assegura e determina os contornos de todos os demais direitos fundamentais. Quer significar que a dignidade deve ser preservada e permanecer inalterada em qualquer situação em que a pessoa se encontre. A prisão deve dar-se em condições que assegurem o respeito à dignidade (BARROS, 2006, p. 03).*

A Constituição Federal traz de forma expressa alguns direitos básicos para os detentos, como o direito à alimentação, vestimenta, ala arejada e higiênica, visitas, receber e escrever cartas, integridade física e moral, trabalho remunerado, assistência médica, judiciária, social, religiosa e educacional. A violação desses direitos muitas

vezes resulta em rebeliões dentro dos presídios, as quais levam à morte de vários presos.

Segundo a Constituição Federal, em seu Art. 5º, inciso III e XLIX, não importa a condição que estas pessoas se encontram, seus direitos e garantias devem ser prioridade. A falta de fiscalização do Ministério Público nos presídios vem dificultando a situação dos presos. Neste sentido, Greco discorre que o Poder Judiciário e o Ministério Público devem supervisionar estas instituições, para que não haja desrespeito com estes detentos, que já estão sendo punidos com a falta de sua liberdade. Assim, a fiscalização por parte dos poderes competentes é imprescindível para que estes desvios não ocorram.

> *A culpa por essa ineficiência não deve ser creditada somente ao Poder Executivo, ou seja, aquele Poder encarregado de implementar os recursos necessários ao sistema penitenciário. A corrupção, o desvio de verbas, a má administração dos recursos, enfim, todos esses fatores podem ocorrer se, para tanto, não houver uma efetiva fiscalização por parte dos órgãos competentes. (GRECO, 2015, p.227).*

Ou seja, a falta de fiscalização impossibilita que os recursos liberados cheguem ao seu destino correto.

2. A PRISÃO E SEUS IMPACTOS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A prisão é uma das formas que o Estado tem para repreender o agente condenado pela infração penal praticada, com intuito de restaurar a ordem jurídica que foi descumprida. Porém, para decretar a prisão, devem ser analisadas primeiro as regras que a Constituição Federal estabelece no Art. 5º, inciso LIV.

> ***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:*
>
> ***LVI*** *- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988, grifo nosso).*

O agente infrator só poderá ser privado de sua liberdade nas hipóteses previstas em Lei. Caso contrário, a prisão será ilegal. Ademais, a Constituição Federal traz no Art. 5º, inciso **LVII, que** ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Porém, existem prisões que poderão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

acontecer antes do trânsito em julgado, que são chamadas de prisões cautelares. São elas: prisão temporária, prisão preventiva e prisão em flagrante.

A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/89 e só será possível na fase de investigação, na qual o preso é mantido sob custódia da polícia, com a finalidade de obter informações que comprove a materialidade e autoria do crime. Neste contexto Demarcian e Maluly:

> *A prisão temporária representa um avanço no combate à criminalidade, máximo á organizada, na medida em que se assegura à Polícia Judiciária instrumento para, legalmente, custodiar suspeitos durante as investigações (evitando a execrada "prisão para averiguação", uma forma explícita de abuso de autoridade), embora o açodamento do legislador, diante dos emergentes reclamos sociais existentes, redundou numa lei que, no mínimo peca pela ausência de técnica processual penal. (MALULY; DEMARCIAN, 2005, p.1)*

O Art. 2º da Lei nº 7.960/89 dispõe que a decretação da prisão temporária só poderá ser realizada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, tendo o prazo de cinco dias, que poderá ser prorrogado por mais cinco, caso seja certificado sua necessidade.

A prisão preventiva, diferentemente da anterior, poderá ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal e sua disposição legal encontra-se nos Art.s 311 e 316 do CPP. O juiz só será capaz de decretar a prisão preventiva se for a requerimento do Ministério Público, do querelante, assistente ou por representação da autoridade policial.

> *Art. 311. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. (BRASIL, 1941)*

> *Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva 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. (BRASIL, 1941)*

Existem requisitos que precisam ser demostrados para decidir este tipo de prisão. São eles: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da

instrução criminal, e para assegurar a aplicação da lei penal sempre que houver provas que demostrem a materialidade e indícios suficientes de autoria em relação ao imputado, ou em caso de descumprimento de outras medidas impostas pelo juiz. Contudo, há outras condições que são necessárias para decretação da prisão preventiva, as quais se encontram no Art. 313 do CPP.

> ***Art. 313.*** *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
>
> ***I*** *- Nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
>
> ***II*** *- Se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;*
>
> ***III*** *- se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (BRASIL, 1941)*

O Art. 315 do Código de Processo Penal exige que para o juiz deliberar, rejeitar ou substituir a prisão preventiva, terá que apontar a existência de fatos novos para esclarecer a aplicabilidade da medida adotada. Portanto, esses são alguns elementos que devem ser considerados sobre esta ação.

Já a prisão em flagrante será cabível somente nas formas previstas em Lei. O Art. 5º, inciso LXI da Constituição Federal define 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.". Ao contrário das medidas anteriores, essa poderá ser decretada por qualquer pessoa do povo, não havendo necessidade de autorização judicial.

> *Prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever análise judicial em até 24h. (LOPES JR, 2018)*

O Art. 302 do CPP estipula algumas hipóteses que podem ser consideradas flagrantes: flagrante próprio (art. 302 I e II do CPP), quando o agente é pego cometendo o ato criminoso ou logo depois de cometê-lo; flagrante impróprio (art. 302

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

III do CPP), quando há perseguição, logo após o fato, o qual diante das circunstâncias presume-se ser o autor; e o flagrante presumido (art. 302 IV do CPP), quando o agente é encontrado logo após o acontecimento na posse de objetos que façam presumir ser a autor da infração. Vale ressaltar que quando o agente cometer o ato ilícito e se apresentar de forma direta às autoridades não será considerado flagrante, pois não está previsto nas hipóteses do Art. 302 do CPP.

O Art. 303 do CPP estabelece como será o flagrante para os crimes permanentes. Nesse sentido, Lopes Jr explica que este "se prolonga no tempo, fazendo com que exista um estado de flagrância igualmente prolongado. Enquanto durar a permanência, pode o agente ser preso em flagrante de delito, pois, considera-se que o agente está cometendo a infração penal" (2010, p, 80).

Embora essas medidas preventivas sejam muito importantes, podem ser substituídas por outras medidas contrárias ao encarceramento. Porém, segundo Santin, hoje, a privação de liberdade tornou-se uma forma de salvação para a sociedade contra os criminosos.

> *Em virtude de suas rotineiras intervenções, conjugadas com suas distorções da realidade, tem produzido uma evidente mudança comportamental nos cidadãos, que pretendem fazer da lei penal a salvação da sociedade contra os criminosos. (SANTIN, 2006, P.94)*

O Conselho Nacional de Justiça registra anualmente um número enorme de presos no Brasil. Segue abaixo uma tabela para demostrar esses números:

TABELA 1: QUANTIDADE DE PRESOS

Provisórios	407.443
Em execução provisória	196.943
Em execução definitiva	293.447

Fonte: Dados da Pesquisa (2021).

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça traz relatórios daqueles que se encontram pendentes de cumprimento. O número de foragidos hoje no brasil é de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

21.323 pessoas, e de procurados são 314.994 pessoas. Enfim, a cada ano esses índices só aumentam, resultando assim em celas cada vez mais lotadas.

3. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SEUS IMPACTOS SOBRE AS MUDANÇAS DE ENTENDIMENTO DO STF

A primeira discussão sobre a execução provisória da pena ocorreu na década de 90,quando foram impetrados no Supremo os Habeas Corpus 71.723/SP, 79.814/SP e 80.174/SP, que foram julgados todos juntos e obtiveram decisões favoráveis à execução provisória da pena. Diante dessas decisões, foram criadas duas súmulas:

> ***Súmula 716/STF**, segundo o qual "admite-se a progressão de regimede cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória".*
>
> ***Súmula 717/STF,** não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial (BRASIL, 2003, p. 6, grifo nosso).*

A partir da interpretação do Supremo, surge a discussão doutrinária sobre esse assunto, e muitos doutrinadores se manifestam expondo seus posicionamentos que versam entre favoráveis e contrários. Parte dos doutrinadores declaram que a execução provisória da pena violaria o Princípio da Presunção de Inocência, nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Melo elucida que:

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (MELLO, 2000, p. 747).

Em 2009, foi impetrado o Habeas Corpus 84.078/MG no Supremo, a fim de admitir que Omar Coelho Vitor recorresse da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, às instâncias superiores em liberdade. Omar foi condenado à pena de sete anos e seis meses de reclusão, pela tentativa de homicídio duplamente qualificado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de acordo com o Art. 121, parágrafo 2º, Inciso IV e Art. 14 Inciso II, do Código Penal. O Supremo julgou e decidiu por sete votos a quatro pelo não cumprimento imediato da pena após condenação em segunda instância, visto que violaria o Princípio da Presunção de Inocência.

> *Por sete votos a quatro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu, nesta quinta-feira (5), o Habeas Corpus (HC) 84078 para permitir a Omar Coelho Vítor – condenado pelo Tribunal do Júri da Comarca de Passos (MG) à pena de sete anos e seis meses de reclusão, em regime inicialmente fechado –que recorra dessa condenação, aos tribunais superiores, em liberdade (SUPREMO TRIBUNAL FEFERAL, 2009).*

Neste contexto, Celso de Mello dispõe acerca da decisão:

> *Há, portanto, um momento claramente definido no textoconstitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito emjulgado da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público, um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentese autoridades (MELLO, 2011, p. 14).*

Entretanto, a decisão supracitada foi contrária à Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, que apresenta expressamente em seu texto de lei que os recursos que não obtiverem efeitos suspensivos não impossibilitariam que o condenado em segunda instância comece a cumprir a pena. Os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes seguem a mesma linha de entendimento:

> *Viável a execução da pena privativa de liberdade depois de esgotadasàs duas instâncias ordinárias de jurisdição. Decisões proferidas pelo juízo de primeiro e/ou segundo graus de jurisdição, no sentido da condenação do réu, devem ser respeitadas e levadas a sério, pois, os órgãos judiciários prolatores de decisões de mérito são presumidamente idôneos para o ofício que lhes compete exercer. (BARBOSA, 2009).*

Em 2016, foi julgado o Habeas Corpus 126.292/SP, no qual mais uma vez o entendimento foi alterado com sete votos favoráveis ao cumprimento antecipado da pena, e apenas 4 votos contrários que foram proferidos pelos Ministros Celso de Mello, Rosa Weber, Marco Aurélio e Lewandowski.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira(17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (SUPREMO TRIBUNAL FEFERAL, 2016).*

O Ministro Teori Zavascki esclareceu que a sentença proferida em grau de apelação, mesmo que sujeito a recurso extraordinário ou especial, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência acolhido pelo Art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Em contrariedade a esse entendimento o Ministro Marco Aurélio expõe:

> *Eu me recordo que, daquela feita, naquela oportunidade, o Ministro Eros Grau, com muita propriedade, a meu ver, disse que nem mesmo constelações de ordem prática — dizendo que ninguém mais vai ser preso, que os tribunais superiores vão ser inundados de recursos — nem mesmo esses argumentos importantes, que dizem até com a efetividade da Justiça, podem ser evocados para ultrapassar esse princípio fundamental, esse postulado da presunção de inocência (MARCO AURÉLIO, 2016).*

Com base em todas essas mudanças de interpretação, percebe-se que a matéria geramuita discussão no Supremo. A cada ação impetrada na Suprema Corte sobre a execução provisória da pena, um novo posicionamento diferente é apresentado.

Em 2019, foram impetradas no Supremo as Ações Direta de Inconstitucionalidade nº 43, 44 e 54, as quais obtiveram a decisão favorável à inconstitucionalidade do cumprimento antecipado da pena.

> *O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidênciado Ministro Dias Toffoli. (SUPREMO TRIBUNAL FEFERAL, 2019).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ricardo Lewandowski declara sobre a importância de o réu começar a cumprir a pena apenas quando todos os recursos se findarem, pois, o respeito ao princípio da presunção de inocência é uma garantia dos cidadãos:

> *A presunção de inocência, com toda a certeza, integra a última dessas cláusulas, representando talvez a mais importante das salvaguardas do cidadão, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro, no bojo do qual tramitam atualmente perto de 100 milhões de processos a cargo de pouco mais de 17 mil juízes, obrigados, inclusive, a cumprir metas de produtividade, fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça (LEWANDOWSKI, 2019, p. 3).*

Indo de acordo, o Ministro também critica a decisão do Supremo em 2016, quando o Habeas Corpus 126.292/SP, foi julgado procedente, passando a permitir o cumprimento antecipado da pena. A partir dessa decisão, o número de presos cresceu consideravelmente. Assim explica Lewandowski:

> *Lamentavelmente, a partir desse entendimento precário e efêmero do STF, um grande número de prisões passou a ser decretado, após a prolação de decisões de segunda instância, de forma automática, sem qualquer fundamentação idônea, com simples remissão a súmulas ou julgados, em franca violação ao que dispõe o art. 5º, LXI, segundo o qual "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiaria competente". Esse retrocesso jurisprudencial mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, particularmente daqueles que militam na área acadêmica (LEWANDOWSKI, 2019, p. 4).*

Existem doutrinadores que divergem do pensamento anterior e esclarecem que os recursos nas instâncias superiores não impedem a execução provisória da pena, e afirmam que da sentença condenatória confirmada por Tribunal de Justiça ou Regional Federal já haveria o trânsito em julgado.

> [...] reafirmamos o entendimento de que tendo havido confirmação de condenação por tribunal (de Justiça do estado ou Regional Federal ou equivalente) já terá havido o trânsito em julgado, porque os recursos de natureza ordinária se esgotam. Recursos de natureza extraordinária e habeas corpus, substitutivos ou complementares a eles não deveriam sustar a execução". (BATISTI, 2012, p. 36-37).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ou seja, o acusado não precisaria esperar o recurso ser julgado nos tribunais superiores para começar a cumprir a pena. Ademais, as decisões tomadas nas instâncias inferiores deverão ser suficientes para o cumprimento imediato da sanção estabelecida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou diversas mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena, e expôs as consequências que essas modificações na jurisprudência do STF causaram na execução penal. Além disso, demonstrou como a instabilidade da Suprema Corte atinge de forma direta os presídios brasileiros e sua contribuição para a crise no sistema prisional.

Foram abordadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena e os argumentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade da execução antecipada. Além disso, ficou demonstrada como essa instabilidade gera insegurança para o sistema judiciário.

Nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas em 2019, o Supremo decidiu que o cumprimento antecipado da pena é inconstitucional, pois fere o princípio da presunção de inocência. Porém, é preciso deixar claro que com a entrada de novos Ministros esse entendimento poderá sofrer mais uma alteração. Vale ressaltar que, até o momento, não houve nenhuma mudança na jurisprudência. Portanto, por meio do presente estudo, se pôde verificar as mudanças na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na sociedade.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa. **Conjur**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-aponta-pesquisa#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20levantamento,com%2C%209%2C5%25>. Acesso em: 17 abr. 2021.

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário**, 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3481/A-realidade-atual-do-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 17 abr. 2021.

AURÉLIO. Marco. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-hc-126292.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BARBOSA, Joaquim. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**, 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. Direitos do preso. **Dicionário de direitos humanos**, 2006. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Direitos+do+preso>. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>

Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 12 mai. 2021.

_____. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 12 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta De Constitucionalidade nº 54**. Min. Dias Toffoli, 07 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/31763067>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**. Relator: Min. Eros Grau, 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=102869#:~:text=Por%20sete%20votos%20a%20quatro,inicialmente%20fechado%20%E2%80%93que%20recorra%20dessa>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292**. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 716**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=249>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 717.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=363>. Acesso em: 20 nov. 2020.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

DEMARCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 3. ed. Rio de janeiro: forense 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Constitucional Positivo. **Migalhas**, 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio?da-seguranca-juridica>. Acesso em: 17 mai. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **STF está sob ataque e sofre momento de descrédito, afirma Barroso**, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/stf-esta-sob-ataque-e-sofre-momento?de-descredito-afirma-barroso.shtml>. Acesso em: 17 nov. 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. Niterói: Impetus, 2011. 774 p.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à**

Privação De Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/10/lewandowski-entende-prisao-instancia.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na medida cautelar na reclamação 6.702-5**, 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl6702RL.pdf>. 20 nov. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTIN, Giovane. **Mídia e criminalidade: sistemas punitivos e direitos humanos na Ibero-América**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELLO, Celso de. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.078**, 2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. 20 nov. 2020.

MUNDIM, Marília. Sistemas prisional e socioeducativo já acumulam mais de 65,4 mil casos de Covid-19. **Agência CNJ de notícias**, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas-prisional-e-socioeducativo-ja-acumulam-mais-de-654-mil-casos-de-covid-19/#:~:text=Estabelecimentos%20do%20sistema%20prisional%20e,Nacional%20de%20Justi%C3%A7a%20(CNJ).&text=O%20CNJ%20mant%C3%A9m%20o%20registro,estados%20desde%20junho%20de%202020>. Acesso em: 17 mai. 2021.

PIRES, Agnaldo Rogério. **Da Assistência ao preso e ao internado**, 2010

PONTES, Felipe. CNJ constata situação precária de presas gestantes e lactantes. **Agência Brasil**, 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-03/cnj-constata-situacao-precaria-de-presas-gestantes-e-lactantes>. Acesso em: 17 mai. 2021.

SANTOS, Maria Alice de Miranda dos; RODRIGUES, Gustavo Bernardes. **A ressocialização do preso no Brasil e suas consequências para a sociedade**. E-civitas, vol. III, n. 1, jul-2010. ISSN: 1984-2716. Disponível em: <https://revistas.unibh.br/dcjpg/article/view/64/39>. Acesso em: 17 mai. 2021.

ZAVASCKI, Teori. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 964.246**, 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>. Acesso em: 17 jan. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO AMBIENTAL, CADASTRO AMBIENTAL RURAL (LEI 12.651) COMO SOLUÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA AMAZÔNIA E RESOLUÇÃO DE CONFLITOS AGRÁRIOS EM RONDÔNIA

THIAGO LIMA DE SOUZA: Bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná RO

RESUMO: Pesquisarmos o direito ambiental e agrário, sempre é de grande importância por que ajuda a entender o que vem acontecendo com a destruição da floresta amazônica, será que as leis beneficiam a cultura da devastação? Os estudos do Direito ambiental é uma das formas de dimensiona os impactos que a floresta vem sofrendo e com tudo isso verificar a violência e os conflitos agrários que vieram desde a colonização de Rondônia até a contemporaneidade. O Cadastramento ambiental rural é um instrumento da lei 12651/12, importante ferramenta para mensurar as áreas de preservação, e assim de maneira pratica e individualizada verificar o quanto vai ser reservado de cada propriedade para preservação inibindo assim ações de devastação, por que através da demarcação das áreas de preservação permanentes mais conhecido como app e reserva legal o satélite acusa o afrontamento contra a natureza e possível turbação.

Direito ambiental, Preservação, CAR,

1. INTRODUÇÃO

1.1 Breve Histórico ocupação Amazônica e CAR.

A intenção da ocupação da floresta Amazônica começa desde os tempos da coroa portuguesa que tinha como intuito ocupar as terras além do tratado de Tordesilhas, a de se falar que a ameaça dos holandeses e ingleses em invadir a floresta intensificou o movimento de ocupação portuguesa para proteção do potencial da região na exploração de riquezas minerais, ouro, prata, castanha do pará dentre outras fortunas cobiçadas . (PEIXOTO, 2009) .

Após a independência do Brasil o marco da reforma agrária no país foi a criação da lei 601/50 mais conhecida como lei da terra, site info escola 2021 "Lei de Terras**,** como ficou conhecida a lei nº 601 de 18 de setembro de 1850, foi a primeira iniciativa

no sentido de organizar a propriedade privada no Brasil" Acesso em 10/03/2021 – 17:10

A década de 60 teve uma organização campesina no brasil rural que começou a reivindicar os direitos agrários durante o governo de João Goulart onde ganhou mais impulso cessando a ascensão almejada pelos agricultores com o governo militar em seguida.(IANNI, 1979).

A colonização Amazônica para fins de colonização intensificou com a promulgação do estatuto da terra em 1964, no governo militar tinha o lema ocupar para não entregar, entretanto as questões de reforma agraria já eram debatidas desde da década de 1950 , "A política dos governos militares para a Amazônia, utilizou o lema "ocupar para não entregar", como se aquela imensa região fosse um "vazio demográfico". Essa política de ocupação da Amazônia pós 1970, foi pensada e gerada a partir da "Doutrina de Segurança Nacional"" (SANTANA, 2009)

O Estado de Rondônia teve diversos ciclos migratórios mas na década de 1970 o imigrante paranaense exemplificando mas vieram nordestinos, capixabas, paulistas, veio com intuito de aprofundar suas raízes CUNHA 2015 "a onda migratória tem um caráter diferente das demais, [...], em que o migrante chegava e tinha como principal objetivo, obter um pecúlio e voltar para a terra natal; nesta, o migrante recém-chegado tem como objetivo adquirir um pedaço de chão", Sendo que o principal intuito era colonizar a terra ainda nua para desbravar com a ideia do governo militar de colonizar a região amazônica.

Os direito Ambientais de terceira geração ganhou destaque em nossa pátria com a nossa atual constituição de 1988 que reserva um artigo para falar do assunto no artigo 225 da Constituição Federal, BRASIL 1988. "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial e sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações".

Enquanto propriedade rural a constituição vem colocando no artigo 5° XXI, e artigos 184 ao 186, revelam vários princípios implícitos, como por exemplo garantia do direito a propriedade .

O CAR cadastro ambiental rural e um artificio da lei 12.651 que tem como objetivo a proteção e controle da origem dos produtos vegetais, para o desenvolvimento rural da propriedade e região. Lei 12.651 art 1 "A Lei estabelece normas gerais sobre a

proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o [...] dos incêndios florestais [...]"

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Direito Ambiental, terceira dimensão dos direitos fundamentais e Função social do CAR.

O direito Ambiental no ordenamento jurídico brasileiro não está disposto em forma de códigos, mas sim em diversas leis soltas, de acordo Amado 2014 explica " Antes, apenas existiam normas jurídicas ambientais setoriais, mas não um Direito Ambiental propriamente dito, formado por um sistema harmônico de regras e princípio" ou seja a legislação tem um infinidade de leis exemplos Artigo 225 da Constituição Federal de 1988; Lei 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 5.197/1967 (Proteção à Fauna); Lei 9.433/1997 (Política Nacional de Recursos Hídricos); Lei 9.605/1998 (Crimes e Infrações Ambientais); Lei 9.985/2000 (Sistema Nacional das Unidades de Conservação) e muito mais ainda mas não se trata do objeto do estudo. Reforçando o entendimento, RODRIGUES 2016 "Surgiu, então, uma infinidade de leis destinadas à tutela do meio ambiente, [...]", não é nenhum exagero sustentar que temos hoje, verdadeiramente, um ordenamento jurídico ambiental"

A Constituição de 1988 em seu artigo 170 inciso VI também traz a iniciativa do direito ambiental BRASIL 1988 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente;" Além do outros incisos que trazem no artigo BRASIL 1988 "tais como I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; vIII - busca do pleno emprego;IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. Fechando o artigo que corrobora com a atividades da inciativa do mercado ou seja da iniciativa priva, BRASIL 1988 Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

Leis anteriores a constituição que 1988 na qual a mesma recepcionou Rodrigues 2016 "A partir do surgimento da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) e, acima de tudo, após o advento da Carta magna de 1988, o equilíbrio ecológico passou a receber tutela jurídica imediata e autônoma, pelo valor que representa em si

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mesmo" , onde o decreto 99.274/90 que trouxe a lei de politicas nacional do meio ambiente a valer após advento da carta magna de 1988.

Logo o direito ambiental não tem somente a natureza pública de acordo afirma Amado 2014 "ramo do direito público composto por princípios e regras que regulam as condutas humanas que afetem, potencial ou efetivamente, direta ou indiretamente, o meio ambiente, quer o natural, o cultural ou o artificial " também tem haver com direito econômico por que se trata de um ramo de caráter de produção e geração de riquezas, Amado 2014 explica,

> Aliás, é nítida a natureza econômica das normas ambientais, que acaba importando em intervenção estatal na economia, existindo, inclusive, instrumentos econômicos de efetivação da Política Nacional do Meio Ambiente, a exemplo do seguro, da servidão e da concessão ambiental, pois muitos recursos ambientais também são recursos econômicos.

O Licenciamento ambiental outro exemplo da influência do estado utilizando o direito ambiental para que o privado se sujeite, Amado 2014 "Ademais, o próprio licenciamento ambiental se revela como um condicionante da livre iniciativa para o trabalho, pois as atividades impactantes ao meio ambiente devem se sujeitar previamente ao referido processo administrativo", complementando Rodrigues 2016 "Dentre esses princípios, destacam-se o da "propriedade privada" (inciso II) e o da "função social da propriedade" (inciso III). Portanto, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, estabelece limitações ao conteúdo e ao exercício desse direito.

Logo e importante equilibrar os temas por que é perigoso atender integralmente o poder econômico por que a visão é somente o lucro de poucos, e o meio ambiente ecologicamente equilibrado beneficia toda uma coletividade, por isso essa tutela do poder estatal na proteção do ambiente .

Por tanto o direito ambiental contempla os direitos de terceira dimensão que considera o bem estar da coletividade e como consequência a proteção da ecologia o constitucionalista Gilmar Mendes 2012 aborda o tema,

> "terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural"

Para o doutrinador Noberto Bobbio 2004 os direitos de terceira geração surgiram juntos com os direitos sociais chamados de direitos de segunda geração, " Hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga,[...] O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído".

Os direitos de terceira dimensão levaram uma reflexão na sociedade ainda mais no contexto internacionais por que a sociedade teve seu desenvolvimento tecnológico e cientifico que levou uma modificação econômica-sociais. Lenza 2016 afirmando "Novos problemas e preocupações mundiais surgem, tais como a necessária noção de preservacionismo ambiental, [...] O ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade".

No ordenamento jurídico brasileiro os direitos de terceira geração abrangem também o meio ambiente equilibrado conforme conceito do 225 da constituição federal de 1988, conforme explana Amado 2014 " Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no artigo 225, § 4, da Constituição. Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração", de acordo a definição o direito ambiental é enquadrado como um direito de terceira geração. Para Rodrigues 2016,

> o advento da Constituição de 1988 trouxe o arcabouço jurídico que faltava para que o Direito Ambiental fosse içado à categoria de ciência autônoma. Isso porque é no Texto Maior que se encontram insculpidos os princípios do Direito Ambiental (art. 225). A CF/88 deu, além do status constitucional de ciência autônoma, o complemento de tutela material necessário à proteção sistemática do meio ambiente. Assim, seguindo a tendência mundial, a tutela do meio ambiente foi içada à categoria de direito expressamente protegido pela Constituição, tendo o legislador reservado um capítulo inteiro para o seu tratamento (art. 225).

Reforçando o entendimento que os direitos de terceira geração foram trazidos para nova constituição texto de 1988, Lenza 2016 "O texto de 1988, por sua vez, muito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

embora já tivesse sido insinuado no texto de 1946 e na Carta de 1967, consagra a proteção aos direitos de terceira geração ou dimensão, marcados pelo lema da solidariedade ou fraternidade, evidenciando, assim, os direitos transindividuais"

Não somente na constituição brasileira os direitos de terceira dimensões foram abordado mas em outras conforme explica Bulos 2015 "tais direitos têm sido incorporados nos ordenamentos constitucionais positivos e vigentes de todo o mundo na constituição do chile artigo 19 da Coreia 35 e do Brasil artigo 225"

O cadastramento ambiental rural faz parte do quebra cabeça desses direito de terceira geração por que é uma forma de minimizar os impactos ambientais diminuir a devastação que ocorria nas décadas anteriores, por que os estado vai auferir em cada propriedade as reservas e áreas de preservação. De acordo artigo 1° da lei 12.651/12,

> Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

A constituição de 1988 vem falando em seu artigo 225 que todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo assim o cadastro ambiental rural vem para consagrar esse direito pétreo, por que o CAR vem com a política de preservação com as criações das chamadas app, área de preservação permanentes e reserva legal, o mínimo que a propriedade tem que ter para enquadrar é possível emissão do CAR, documento que serve por exemplo para o proprietário da terra solicitar financiamento em instituições bancarias. Conforme versa o artigo 1° da lei 12.651/12

> Art. 1º-A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com estatuto da terra 4504/64 o poder publico cria mais um mecanismo de influência na propriedade privada onde tem o poder da desapropriação mas entretanto tem que indenizar, se a propriedade não tem função social, pode ser desapropriada para fins de reforma agraria, logo a a função social foi recepcionado pela nossa constituição de 1988. Explicando Rodrigues 2016,

> Para tanto, visando fixar o homem no campo e evitar o êxodo rural, foi que, já em 1964, com o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64) criou-se a possibilidade de o Poder Público desapropriar a propriedade rural improdutiva para fins de reforma agrária, mediante justa e prévia indenização ao proprietário. É daí, portanto, que nasce a figura da função social da propriedade rural como meio para se implementar a política agrária. A partir de então, ganha peso constitucional a necessidade de se dar função social à propriedade rural, quando se estabelece no art. 184 da CF/88 que é um dos instrumentos da política agrária e de reforma agrária do nosso país a desapropriação da propriedade rural improdutiva.

O Cadastramento ambiental também resgata a função social da propriedade aquela descrita no artigo 186 da constituição apreciamos o aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, todos pré-requisitos em consonância com o CAR.

O registro da propriedade rural no car é obrigatório conforme a lei 12.651/12, tudo é feito através de um portal que o poder público colocou a disposição para os detentores de imóveis rurais, o acompanhamento a regularização tudo é gerido por este site. (CAR 2021. https://www.car.gov.br acesso em 06/04/21.)

2.2 Cadastro ambiental rural na prática.

Um dos principais motivos para regularização ambiental é o acesso ao crédito rural, conforme versa site CAR 2021 "Obrigatoriamente, a partir de 1º/1/2019, a concessão de crédito rural para o financiamento de atividades agropecuárias ficará condicionada à apresentação de recibo de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), instituído pela Lei nº 12.651". Logo e importante estar atualizado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O objetivo dessa medida de acesso ao credito somente para quem possui o CAR é para compelir a adequação ao código florestal brasileiro que relativamente é uma lei nova de 2012, corroborando site CAR "Para dar continuidade à implantação do Código Florestal e apoiar os órgãos competentes nas unidades federativas, o Serviço Florestal Brasileiro está trabalhando em ferramentas para dinamização do fluxo da análise das informações declaradas no CAR,"

O possuidor ou proprietário que tem o dever de fazer a inscrição ou seja que estiver na posse, lembrando que o car não é titulo de propriedade, conforme site CAR 2021 "A inscrição no CAR poderá ser feita por um cadastrante, pelo próprio proprietário / possuidor do imóvel rural ou por um representante legal, pessoa física que estará habilitada pelo proprietário / possuidor a representá-lo em todas as etapas do CAR. Para povos ou comunidades tradicionais exemplos silvícolas e quilombolas a regra e diferente no caso o poder público tem a responsabilidade, site CAR 2021 "As áreas e territórios de uso coletivo, tituladas ou concedidas a povos ou comunidades tradicionais deverão ser inscritas no CAR pelo órgão ou instituição competente pela sua gestão [...] É de responsabilidade do órgão fundiário competente a inscrição no CAR dos assentamentos de Reforma Agrária."

O cadastramento e feito no sistema de cadastro rural o SICAR, é um porta que contém a maioria da informações necessária para o envio para autoridade analisarem a situação de primeiro momento é preenchido formulário informado as coordenadas geográficas, para pequenas propriedade rurais a informação é somente declaratória. Conforme atesta o site SICAR SP 2021 é um cadastro eletrônico,[...] As informações do cadastro serão declaratórias, de responsabilidade do proprietário ou possuidor rural, e farão parte do [...] SiCAR, que ficará sob responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente e do Ibama.

As implicações da não inscrição vão da inibição do acesso ao credito rural ao impedimento de retirada de outras licenças ambientais, não existe pena por enquanto de maneira explicita no ordenamento o que ocorre é o que foi dialogado site Sicar 2021 exclareceNão está regulamentada em norma federal explicitamente a previsão de sanções para a não adesão ao CAR. No entanto, existem sanções para o descumprimento da manutenção da área com cobertura de vegetação nativa a título de Reserva Legal. Site SICAR 2021 esclarece,

> Está prevista na Lei 12.651/12, como consequências para a não inscrição do imóvel no CAR, a impossibilidade de acesso ao crédito rural a partir de 31 de dezembro de 2017, impedimento no acesso a autorizações de supressão de

> vegetação e outras licenças, bem como restrições ao ingresso em programas de apoio e pagamentos por serviços ambientais governamentais. Além disso, a inscrição no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA. Essas são as consequências conforme legislação Federal existente, podendo existir outras restrições, ou até sanções, em âmbito Estadual, Distrital ou Municipal.

Em Rondônia o órgão responsável por monitorar o CAR, é o SEDAM, secretaria de estado do desenvolvimento ambiental, um órgão da esfera estadual, que oferecem vantagens para que efetivar o cadastramento, corroborando site car.sedam 2021 " comprovar que está em dia com a legislação, acessar crédito rural e demais programas oficiais de incentivo à produção, oportunidade de suspender multas ambientais cometidas até 22 de julho de 2008, desde que assuma o compromisso de regularizar,"

Ou seja oferece uma segunda chance ao produtor rural fazer da maneira correta, não como foi incentivado nas décadas passadas, para derrubar todo o lote que tinha ganhado do INCRA.

2.3 Metodologia

O método a ser utilizado será o dedutivo, uma vez que, marcha do geral para as distinções em particular. O processo a ser usado será pesquisas bibliografias, revisão da lei 12651/12.

Para Galliano (1986) o método dedutivo é:

> O raciocínio que parte do geral para chegar ao particular, do universal para chegar ao singular. Em outras palavras, a dedução consiste em tirar uma verdade particular de uma verdade geral na qual ela esta implícita. Seu argumento lógico é que um fato geral encerra em si a explicação de outro semelhante, porém menos geral.

As metodologias a serem empregadas no estudo serão baseadas em livros em PDF com o conteúdo, artigos científicos, que serão pesquisados pela internet, utilizaremos por ventura voltar o acesso a biblioteca pesquisa em livros físicos .

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme Lakatos (1995) as técnicas:

> São consideradas um conjunto de preceitos ou processos de que se serve uma ciência; são, também, a habilidade para usar esses preceitos ou normas, na obtenção de seus propósitos. Corresponde, portanto, à parte prática de coleta de dados.

Para o autor Gil 1988" entende que "A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos".

3 - Conclusão

O cadastramento ambiental rural, abrange um direito constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado, sendo assim colocando em prática os direitos de terceira geração, postulados lá atrás em constituições estrangeiras que levam o bem de toda uma coletividade.

A historia das leis ambientais ganharam força mais recentemente com promulgação da constituição cidadã, o car foi introduzido através da lei 12651/12.

Em Rondônia o cadastramento ambiental e importante para que os produtores rurais tenham acesso ao crédito rural e leva a cultura da preservação, por que o documento tem sua emissão com as áreas regularizadas.

Conclui que foi importante passear através do histórico da leis ambientais e chegando nos dias atuais porque ajuda a entender o que ocorre no passado não muito distante o de conflitos agrários, com o car não há brechas para o grileiro, por que o satélite está fiscalizando é o financiamento é inibido.

4. REFERÊNCIAS

Bobbio, Norberto, 1909- **A era dos direitos** / tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015

Amado, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado** – 5.ª ed. São Paulo : MÉTODO, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Constituição (1988**). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Ano CXLIX, n. 102, 28 maio 2012. Seção 1, p.1. Disponível em . Acesso em 11 março de 2021

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Institui o novo código florestal brasileiro**

CUNHA, Elton Alves. **A recente ocupação: migração e territorialização em Rondônia.** Disponível em http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1434397453_ARQUIVO_ARECENTEOCUPACAO-editado.pdf. Acesso em 11 março de 2021

GALLIANO, A. Guilherme. **O método científico**. São Paulo: Harbra, 1986.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2007

IANNI, Octavio. **Colonização e contra reforma Agrária na Amazônia. Coleção Sociologia Brasileira**; vol. 11. Petrópolis: Vozes, 1979. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8136/tde-18072006-132037/publico/CapituloFinal.pdf

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 1995

Lenza, Pedro Direito constitucional esquematizado. – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Mendes, Gilmar Ferreira / Paulo Gustavo Go net Branco. **Curso de direito constitucional** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

PEIXTO, Fabrícia. **Entenda como ocorreu a ocupação da Amazônia.** Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090722_amazonia_timeline_fbdt#primor. Acesso em 10 março de 2021

Rodrigues, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado coordenação Pedro Lenza**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SANTANA, Arthur Bernardy. **BR-163: "ocupar para não entregar", a política da ditadura militar para a ocupação do "vazio" Amazônico.** Disponível em encontro2014.rj.anpuh.org/resources/anais/anpuhnacional/S.25/ANPUH.S25.1230.pdf . Acesso em 11 março de 2021

_____. **Lei da terra.** Disponível em https://www.infoescola.com/historia/lei-de-terras. Acesso em 10 março de 2021

_____**. SICAR**. Disponível https://www.car.gov.br/#/. Acesso 09 abril de 2021

_____. Infraestrutura. Disponível https://www.infraestruturameioambiente.sp.gov.br/sicar/2013/03/o-que-e-o-car/ Acesso 09 abril de 2021

_____.O que é o CAR?. Disponíve car http://car.sedam.ro.gov.br/#/site. Acesso 09 abril de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

EQUIPARAÇÃO DE CÔNJUGES E COMPANHEIROS: O RECONHECIMENTO DO POLIFORMISMO FAMILIAR NA SOCIEDADE BRASILEIRA

HELITON OLIVEIRA DE LIMA JÚNIOR: bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

LUIZ DE SOUSA LEÃO NETO[251]

(coautor)

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA[252]

(orientador)

RESUMO: O estudo trata da equiparação dos institutos da União Estável e do casamento, expondo a importância desse fato para o reconhecimento do pluralismo familiar presente na sociedade brasileira. Ademais, o presente artigo busca fazer uma análise completa dos princípios que atuam diretamente sobre a entidade familiar, passando por aspectos históricos que influenciaram os legisladores, até recentes posicionamentos jurídicos que contribuíram para o reconhecimento dos direitos dos companheiros, inclusive no âmbito sucessório. Nesse sentido, por meio de pesquisas bibliográficas e um método de abordagem dedutivo, o conteúdo deste trabalho científico faz uma reflexão acerca da segurança jurídica gerada quando há a adequação do ordenamento jurídico à realidade social no âmbito do Casamento e da União Estável.

Palavras-chave: equiparação, casamento, união estável, pluralismo familiar, realidade social.

ABSTRACT: The study addresses the equalization of the institutes of stable union and marriage, exposing the importance of this fact for the recognition of family pluralism present in Brazilian society. Moreover, this article seeks to make a thorough analysis of the principles that act directly on the family entity, through historical aspects that influenced the legislators, until recent legal positions that contributed to the recognition of the rights of partners, including in the succession. In this sense, through

[251] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

[252] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

bibliographical research and a deductive approach, the content of this scientific paper makes a reflection about the legal security generated when there is an adequacy of the legal system to the social reality in the context of marriage and stable union.

Keywords: equalization, marriage, stable union, family pluralism, social reality.

Sumário: 1 Introdução - **2** As famílias no contexto contemporâneo: 2.1 Princípios norteadores das famílias; 2.2 A evolução da composição das famílias na sociedade brasileira - **3** A união estável na experiência pátria: 3.1 O tratamento legislativo civil e constitucional; 3.2 Os direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro - **4** Conclusão – Referências

1 INTRODUÇÃO

Embora o instituto da União Estável tenha se concretizado como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro e contribuído para o pluralismo das relações, o casamento, como entidade familiar mais tradicional do direito, há pouco tempo, ainda era tratado com primazia pelo Código Civil, tendo em vista a clara positivação legal dos direitos e obrigações dos nubentes quando comparados aos outros institutos familiares.

Em conformidade com o posicionamento majoritário da sociedade no que se refere ao tema, os modelos de casamento e família tradicional sempre contaram com certa vantagem em relação à regulamentação e aquisição de direitos, o que gera debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da equiparação com outros institutos, em especial com o da União Estável, o qual foi negligenciado por muito tempo.

Entretanto, em maio de 2017, no âmbito do direito civil referente às sucessões, houve uma mudança de panorama, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça (STF) aprovou a inconstitucionalidade da diferenciação entre cônjuges e companheiros no julgamento do recurso extraordinário n° 878.694, devendo ser aplicado para ambos, a redação presente no artigo 1829 do Código Civil.

No período que antecede a decisão da corte citada anteriormente, é sabido que o companheiro recebia tratamento diferenciado do cônjuge no tocante à transferência de herança de bens deixados por pessoa falecida, por força do art. 1.790 do Código Civil (CC). Porém, ao decidir sobre a inconstitucionalidade do artigo em questão, o Superior Tribunal de Justiça (STF) observou a violação de princípios como o da

igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e o de vedação ao retrocesso, os quais regem o direito sucessório, bem como diversas áreas do Direito.

Partindo da premissa de que o Brasil é um país laico e o casamento é comumente associado à figura cristã, mais especificamente, à Igreja Católica, não há lógica em oferecer vantagens jurídicas somente a um tipo de entidade familiar, uma vez que a aderência de muitas pessoas a esse instituto mais tradicional ocorre somente pelas seguridades legais oferecidas. O fato de ser casado não torna um indivíduo mais ou menos merecedor de herdar determinado patrimônio ou ser tratado de forma especial pela lei. Além disso, os estilos de vida apresentam-se na sociedade de forma subjetiva e são resguardados pela Constituição Federal com o intuito de preservar os direitos e garantias individuais, na medida em que o outro não é prejudicado.

Dessa forma, uma vez constatada a nítida presença do aspecto plural nas formas de se relacionar, o tratamento especial dado ao Casamento ainda é cabível na sociedade brasileira atual? Através de um estudo bibliográfico e um método de abordagem dedutivo, o presente estudo tem como objetivos, ressaltar a importância de dar um tratamento legal equiparado aos institutos familiares, por meio de comparativos históricos e evolutivos acerca do Casamento e da União Estável, revisando a bibliografia Constitucional e Cível, bem como apresentar jurisprudências e entendimentos atualizados que reafirmam a tese de equiparação.

2 AS FAMÍLIAS NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

Símbolo fundamental da democracia brasileira, a Constituição Federal de 1988 representa um marco de transição da ditadura militar, regime autoritário que durou de 1964 a 1985, para o Estado Democrático de Direito que dura até os dias atuais. A Carta Magna fundamenta em seu artigo 3º mostra a concepção de uma sociedade igualitária, fundamentada na dignidade da pessoa humana. Com isso, devido às diversas transformações sociais, leis e normas precisaram se adequar como forma de acompanhar tais transformações, e assim, respeitar os fundamentos descritos no referido artigo.

A família, detentora de ramificação própria dentro do direito, sempre foi fruto de transformações sociais, e sempre coube ao legislador realizar adaptações na norma, com objetivo de se adequar aos fatos da vida real. As transformações sociais atravessaram incontáveis sociedades e povos, sendo indispensáveis para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

desenvolvimento da humanidade e, representando uma quebra de inúmeras barreiras de preconceito, o que inclusive dá novas caras às formas de composição familiar, que atualmente não se encontram necessariamente ligadas ao casamento.

O reconhecimento da família sem o elemento do casamento como pré-requisito representou uma quebra de paradigmas arcaicos, em que a obrigatoriedade de um modelo ideal de família composto por marido, mulher e filhos, deu lugar a relações que têm como base o afeto. O poder pátrio deu lugar ao poder familiar, o qual não restringe direitos e deveres somente ao patriarca, mas a todos que vivem no âmbito familiar. Isso amplia a compreensão de família, e garante um tratamento isonômico entre seus membros. Como dito por Azevedo (2013, p. 9)

> [...] iniciou-se a edificante tarefa de "democratização da família" como "base da sociedade", com o acolhimento, entre outros, do instituto da união estável, da igualdade de direitos e de deveres entre cônjuges e entre filhos, inclusive adotivos.

No período que antecede a Carta Magna vigente, a família era patriarcal, tendo a figura do homem como centro da entidade familiar, o chamado chefe de família. Nesse mesmo plano, a mulher era muitas vezes objetificada e considerada propriedade do marido. Além disso, cabe destacar a existência de diversas leis discriminatórias que consolidavam e acentuavam tal desigualdade. Nesse sentido, a constituição de 1988 representou um marco para a ruptura desse paradigma, desfazendo tal hierarquia, consolidando o modelo de família constitucionalizada e igualitária que se tem hoje, em que homens e mulheres passaram a ser iguais na forma da lei. Apesar disso, observa-se nos dias atuais situações que remetem ao passado patriarcal, o que demonstra que ainda precisa-se evoluir em diversos sentidos.

No âmbito civil, o código de 1916 determinava que toda família era casamentária, ou seja, a entidade em questão era fruto apenas do casamento, e não possuía qualquer outra forma de ser consolidada. Com as diversas configurações de família que surgiram no decorrer dos anos, o Estado criou mecanismos para seu reconhecimento e proteção. Dessa forma, além da possibilidade do casamento civil, surgiram a união estável e a família monoparental, que são as três entidades reconhecidas pela constituição brasileira atual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O casamento civil, entidade familiar mais conhecida e tradicionalmente aceita, surgiu em 1891, e atualmente está previsto no artigo 226 da Constituição Federal, bem como regulamentado pelo código civil, no subtítulo I, o título I do Livro IV. Tal código, estabelece no seu artigo 1511 o casamento como a comunhão plena da vida, baseado na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. Por ser uma das formas de entidade familiar, possui proteção fundamental do Estado.

A família monoparental, também reconhecida como entidade familiar, está positivada no artigo 226 da Constituição Federal. Diferentemente da chamada família tradicional, a família monoparental surge quando apenas um dos pais se responsabiliza pelos filhos, ou seja, é formada unicamente pela ligação de apenas um dos pais e a criança. Tal entidade familiar ganhou destaque com a inserção da mulher no mercado de trabalho, pois as mulheres passaram a ser autossuficientes, superando o patriarcalismo. Desse modo, as famílias compostas por um dos pais e filhos passaram a se tornar cada vez mais frequentes e ganhar visibilidade. Dessa forma, surgiu a necessidade de inserir essa entidade no ordenamento jurídico, como forma de dar amparo e de reconhecimento da existência da família monoparental.

Já na união estável, os artigos 1723 e 1724 do código civil de 2002, elencam alguns requisitos que devem ser cumpridos, que são: I-dualidade de sexo (que apesar de previsto no CC/02 e CR/88 , foi superado em virtude do reconhecimento da união homoafetiva); II- publicidade; III-continuidade; IV- durabilidade; V- objetivo de constituição de família; VI- ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; VII-observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. Segundo Fux (2017, em seu voto na ADPF 132),

> Existe razoável consenso na ideia de que não há hierarquia entre entidades. Portanto, entre o casamento e a união estável heterossexual não existe, em princípio, distinção ontológica; o tratamento legal distinto se dá apenas em virtude da solenidade de que o ato jurídico do casamento – *rectius*, o matrimônio – se reveste, da qual decorre a segurança jurídica absoluta para as relações dele resultantes.

Sendo assim, é notável a evolução do ordenamento brasileiro nesse sentido, pois além de reconhecer o pluralismo familiar, garante um tratamento igualitário entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

as entidades familiares presentes na nossa sociedade, englobando fatos que já eram vivenciados no mundo social e que passaram a ser fatos do mundo jurídico.

2.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS FAMÍLIAS

Os princípios norteadores permitem um melhor entendimento sobre as normas, adaptando o direito às constantes mudanças existentes na sociedade. O cenário atual do Direito de Família, conforme previsto na Constituição, envolve princípios mais amplos, alcançando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal); isonomia (artigo 5º, I da Constituição Federal); e a afetividade que, nesse contexto, ganha dimensão jurídica.

Apesar de não estar expressamente descrita no ordenamento jurídico brasileiro, a afetividade é aceita de forma tácita na constituição, pois permite que o sistema de protecionismo estatal alcance todas as comunidades familiares, repersonalizando os sistemas sociais, e assim dando maior enfoque ao afeto, que em sua definição, dentro do âmbito das entidades familiares, pode-se citar como exemplo as relações de amor, sentimento e afeto. O afeto, na doutrina contemporânea, passou a ter um valor jurídico. Segundo Cancelier (2017, p. 10)

> É graças também à afetividade que nos ligamos aos outros, ao mundo, a nós mesmos. É, na verdade, a afetividade que dá aos nossos atos e aos nossos pensamentos o encanto, a razão de ser, o impulso vital. É o fundamento da nossa personalidade, o que temos de mais íntimo. Não é, porém, um mundo fechado, porque é a mesma afetividade que nos liga aos outros.

Dessa forma, é notório que o princípio da afetividade é indispensável na formação das famílias atuais, pois a família moderna tem sua composição baseada no afeto, pois esta não pode ser criada e nem imposta pelo legislador como regra *erga omnes*, mas sim construída pela convivência entre pessoas e reciprocidade de sentimentos, independente de vinculação sanguínea.

Outro princípio de suma importância no âmbito familiar é o princípio da dignidade da pessoa humana, que está especificado pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 1°, inciso III. Tal princípio atua como mecanismo de proteção e garante a integridade tanto das famílias quanto de seus membros. A dignidade da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

humana fortalece e efetiva os membros da comunidade familiar, assim como o seu desenvolvimento.

Segundo pontua Gonçalves (2012, p. 22), pode-se inferir que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos seus filhos. À vista disso, nota-se a importância das relações familiares para o Direito, visto que seus membros, na maioria das vezes, as têm como base. A dignidade é inerente à pessoa desde o seu nascimento, e deve ser respeitada perante a sociedade e o Estado.

Por fim, o princípio da igualdade surge como uma forma de colocar todas as pessoas em um mesmo patamar perante a lei. O citado princípio está disposto na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, *caput*, que garante que mulheres e homens são iguais em obrigações e direitos. Além disso, e o artigo 226, § 5º dispõe que os direitos e deveres na sociedade conjugal são exercidos em igualdade pelo homem e pela mulher; dessa forma, com essa igualdade de direitos, o modelo de família patriarcal foi extinto, que perdurou por séculos no Brasil, na qual somente o marido era o chefe da família. Dessa forma, não é aceitável qualquer tratamento desigual entre casamento, união estável e família monoparental, e não se podem legislar de forma diferente institutos que foram classificados pela Constituição como iguais.

Na visão de Coelho (2016, p.145), é correto afirmar que entre as famílias constitucionais não há hierarquia: a fundada no casamento não é merecedora de maior proteção que as outras. Muito pelo contrário, não pode a lei discriminar essas três entidades familiares conferindo aos membros de qualquer uma delas direitos negados aos das outras. Assim, constata-se que o discurso da igualdade está intrinsecamente vinculado à cidadania, outra categoria da contemporaneidade, que pressupõe também o respeito às diferenças. Se todos são iguais perante a lei, todos devem estar incluídos no laço social.

2.2 A EVOLUÇÃO DA COMPOSIÇÃO DAS FAMÍLIAS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Visando um melhor entendimento acerca da importância da equivalência dos institutos da união estável e do casamento, é necessário pontuar o que os diferencia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em linhas gerais no ordenamento jurídico. Para tanto, faz-se mister a abordagem de alguns aspectos históricos, bem como a citação de mudanças relevantes no âmbito da união estável, desde a sua concretização com o advento da Constituição de 1988, até os dias atuais.

Em relação ao casamento, é correto afirmar, com base no direito brasileiro, que esse instituto sofreu algumas modificações ao longo dos anos. Até 1891, ano em que surgiu o casamento civil, não se aceitava nenhuma outra forma de convivência entre homens e mulheres que não tivessem como base o casamento religioso, mesmo para os não católicos. Iniciando o século XX, para o código civil brasileiro de 1916, o casamento permanecia sendo a única forma legítima de constituir família, e esse conceito se mantinha atrelado ao modelo conservador de "*pater familia*", herdado pelos romanos e gregos e consolidado na Idade Média com base no canonicismo.

Sob essa ótica, dados os fortes indícios de conservadorismo e raízes religiosas ligadas ao instituto do casamento, o preconceito e o negacionismo social perante situações adversas a esse instituto dificultavam o reconhecimento da união estável (popularmente chamada de concubinato) pela justiça. Dessa forma, havia um total descaso em relação aos direitos dos concubinários, sobretudo no que toca ao patrimônio, alastrando a reprovabilidade social aos meios legais.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, houve uma quebra de paradigma acompanhada de grandes transformações sociais, bem como a ampliação do conceito de família, e por isso características como a afetividade e o respeito mútuo acabaram se sobrepondo ao modelo patriarcal hierarquizado, no qual as tradições eram tratadas como prioridade, independentemente da felicidade de seus membros. Assim, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e no artigo 226 da Constituição Federal, a união estável se concretizava como entidade familiar, trazendo o aspecto da pluralidade às relações familiares e adequando-se à realidade social.

Com o passar dos anos, houve uma mudança no conceito de união estável e no momento presente pouco se fala sobre a real diferença em relação ao casamento. Anteriormente, para que houvesse o reconhecimento do instituto já citado, fazia-se necessário o preenchimento de alguns requisitos: período mínimo de cinco anos juntos, somado à existência de filhos entre o casal, e também a coabitação. Entretanto, com a vigência do código civil de 2002, esses fatores passaram a não ser mais exigidos. O art. 1.723 do código citado traz em sua redação: "É reconhecida como entidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família".

Apesar da não formalização da união estável, é permitida às partes a extinguirem de forma consensual, de maneira extrajudicial, por meio de escritura pública. Tendo isso em vista, o Código de processo civil estabelece em seu artigo 733 que deverá ser lavrada uma escritura pública de dissolução perante o cartório de notas, títulos e documentos, contanto que as partes estejam devidamente assistidas por um advogado e que não haja filhos incapazes. Em oposição, somente é permitida a dissolução da união estável através de uma ação judicial, que exigirá a participação de um membro do Ministério Público na defesa e promoção dos interesses dos menores e incapazes envolvidos.

Os institutos do casamento e união estável assemelham-se quanto à inexistência de prazo de convivência fixado em lei, porém, em relação à mudança do estado civil, este somente é alterado quando há casamento, não havendo nenhuma mudança no caso de união estável. Em síntese, o casamento apresenta-se de maneira mais formal, pois necessita do Registro Civil, e então é emitida uma Certidão de Casamento. Já na união estável pode existir ou não formalização.

3 A UNIÃO ESTÁVEL NA EXPERIÊNCIA PÁTRIA

Influenciado por Portugal, o Brasil sempre teve a igreja católica como peça-chave no que diz respeito à disciplina social. Esse fato pode ser comprovado, uma vez que, no império brasileiro, a Constituição de 1824 estabeleceu que a religião católica apostólica romana deveria ser reconhecida como religião oficial. Dessa forma, ao exaltar o casamento como base da instituição familiar e condenar outras formas de constituir família, a igreja acaba contribuindo de forma expressiva para o atraso do reconhecimento da união estável.

Com o reconhecimento do casamento civil no ano de 1891 e sua ratificação na carta civil de 1916, foram dados os primeiros passos da união estável no contexto legal. Porém, o referido código não regulamentou o concubinato na sua forma pura ou impura, e ao invés disso fez questão de deixar clara a sua preferência legal pelo instituto do casamento, dispondo em sua redação, como no caso do artigo 248, inciso IV, mecanismos para que a mulher casada reivindicasse bens doados ou transferidos à concubina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse mesmo contexto é sabido que, por força do artigo 1.777, a doação do cônjuge adúltero à concubina poderia ser anulada pelo cônjuge ou pelos herdeiros necessários até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal.

Durante o século XX, algumas decisões judiciais contribuíram para que a união estável começasse a ter algum tipo de reconhecimento. Em 1944, o Decreto-lei n° 7.036, que regulou o acidente de trabalho, estabeleceu que além de não haver distinção entre filhos, a companheira que, por meio de qualquer ato solene de manifestação de vontade, comprovasse ser beneficiária no acidentado em vida, detinha os mesmos direitos do cônjuge legítimo.

Além disso, a lei n° 4.242 de 1963 estabeleceu que, mediante comprovação de convivência mínima de cinco anos, servidores civis, militares ou autárquicos poderiam incluir os gastos com a concubina em seu imposto de renda. Entretanto, tal hipótese só poderia ocorrer em casos de desquite, não podendo, os referidos agentes públicos, responderem pelo sustento da esposa, ou seja, a lei referia-se ao concubinato em sua forma pura.

Em 1964, o STF, por meio do enunciado da Súmula 380, versou sobre a necessidade de diferenciar duas situações no concubinato. Primeiramente, nos casos em que a mulher tivesse contribuído, com seu esforço ou trabalho pessoal, para compor o patrimônio comum, teria o direito de partilhar o patrimônio formado por ambos. Segundamente, havendo a comprovação de serviços domésticos ou de qualquer natureza, prestados ao companheiro a fim de organizar o lar, a mulher teria direito à retribuição devida pelos serviços prestados, como se fosse um contrato civil de prestação de serviços.

Nesse contexto, quando houvesse o rompimento do relacionamento *more uxorio* e a devida comprovação de contribuição da concubina para a formação do patrimônio comum, ocorreria então a tutela jurídica.

3.1 O TRATAMENTO LEGISLATIVO CIVIL E CONSTITUCIONAL

Como já visto anteriormente, as evoluções ocorridas na sociedade precisaram ser normatizadas pela legislação brasileira, com o objetivo de dar uma maior proteção jurídica àquelas famílias que não possuíam seus direitos amparados e nem sequer eram reconhecidas como entidade familiar. Assim, a união estável, que passou a ser reconhecida, ganhou um tratamento legislativo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No código civil em vigor, a união estável é reconhecida como entidade familiar pelo artigo 1.723, necessitando de alguns requisitos cumulativos para configurá-la. Esses requisitos podem ser elencados como: convivência contínua e duradoura, pública e com o objetivo de constituir família.

A convivência pública significa que o casal precisa expor e desfrutar da sua relação perante a sociedade, ou seja, nos círculos sociais que o casal se faz presente, as pessoas precisam ter conhecimento da relação. Já em relação à convivência contínua e duradoura, a lei estabelece que o vínculo requer estabilidade, bem como um prazo de duração razoável.

O último requisito trata-se do mais subjetivo, uma vez que se refere ao objetivo de constituir família. Nesse contexto, embora o casal tenha planos de constituir futuramente uma família, a simples intenção não é suficiente para caracterizar união estável, tendo em vista a necessidade de materializar esse desejo na prática, como se já fossem casados.

A união estável, diferentemente do casamento, apresenta-se como um ato-fato jurídico, isso significa que o instituto não requer manifestação ou declaração de vontade para produzir efeitos, bastando sua configuração fática para que haja a aplicação da lei. Todavia, apesar de ser menos formal que o casamento, a união estável, diante dos pré-requisitos necessários para o seu reconhecimento, necessita de alguns documentos para a sua comprovação, tais como: certidão de nascimento dos filhos em comum, prova de mesmo domicílio, disposições testamentárias, conta bancária conjunta, entre outros.

À vista disso é importante pontuar que para configuração de união estável, era necessário transcorrer um prazo de 5 anos ou a existência de prole. Porém, tais critérios são dispensáveis atualmente, pois se necessita apenas o preenchimento dos requisitos presentes no artigo 1.723, já citado anteriormente, bem como nenhum impedimento constante no artigo 1.521, do mesmo dispositivo legal.

Outrossim, ainda no âmbito de configuração da união estável, o advento do código de 2002 preencheu algumas lacunas, como por exemplo a garantia de que pessoas casadas, mas separadas de fato, deverão ser reconhecidas como união estável. Na mesma linha de raciocínio, a ordem civil brasileira veda com força no artigo 1927 a existência de união no caso de relações simultâneas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como entidade familiar, as relações pessoais entre os companheiros deverão cumprir os mesmos deveres dados ao casamento, sendo eles: lealdade, respeito e assistência de guarda, sustento e educação dos filhos, conforme dispõe o artigo 1924 do código civil. Tal artigo tem como principal objetivo estabelecer deveres pessoais matrimoniais aos companheiros.

Em seu artigo 226, a Constituição Federal também reconhece a união estável como entidade familiar, dando-lhe a devida proteção estatal. Além disso, facilita sua conversão em casamento e também a define como entidade familiar, e a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes pode ser conhecida como família monoparental. Ademais, também dá proteção aos contraentes e seus filhos, já que garante direitos iguais e qualificações e proíbe discriminações quanto à origem da filiação.

3.2 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Uma vez apresentados em um contexto mais geral os principais aspectos que diferenciam a união estável do casamento, doravante serão tratados aspectos de suma relevância para o tema, como o tratamento do cônjuge e do companheiro no âmbito do direito sucessório e patrimonial e a importância de sua equiparação como ferramenta essencial e geradora de segurança jurídica, tal como decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça (STF).

O código civil de 1916, faz referência às restrições impostas aos adeptos do concubinato. Em sua redação, o referido dispositivo legal proibia doações, benefícios testamentários do homem casado em relação à concubina, bem como a sua inclusão como beneficiária do seguro de vida.

Durante grande parte do século XX, muitos casais mantiveram a união estável com o intuito de constituir família, porém sem que houvesse amparo legal necessário aos companheiros sobreviventes. Durante esse período acumularam-se várias ações judiciais decorrentes do descaso estatal acerca do tema, comprovando a necessidade de regulamentá-lo, em razão da grande demanda social.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a união estável finalmente se concretizou como entidade familiar à luz do artigo 226. Todavia, sua redação mostrava-se incompleta, ao passo que não disciplinava sobre sucessão e alimentos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que são conteúdos de extrema importância para a complementação dos direitos dos companheiros.

No ano de 1994, a lei 8.971, além de mencionar alguns requisitos para viver em união estável, foi a primeira a dispor sobre as matérias citadas no parágrafo anterior. No que diz respeito à sucessão, existia a necessidade de que os companheiros estivessem vivendo juntos no momento de sua abertura. A lei também determinou o direito de usufruto legal, o qual seria intransferível e adquirido somente pelo companheiro, sem a possibilidade de que ele pudesse iniciar uma nova união.

Ao longo do processo de regulamentação da sucessão dos companheiros, houve várias chances de encerrar o assunto, de forma que o conteúdo foi tratado de forma completa. Porém, mais uma vez, em 1996, com a vigência da lei 9.278, o legislador deixou escapar pontos importantes.

Em seus estudos, Silvio de Salvo Venosa observa que o diploma legal citado anteriormente poderia ter aclarado definitivamente a questão, mas ainda confunde, pois se limitou, laconicamente, a atribuir o direito real de habitação ao companheiro com relação ao imóvel destinado à residência familiar, enquanto não constituísse nova união.

Com o advento do código civil de 2002, a transferência de herança e bens do companheiro falecido passou a ser tratada com mais profundidade pelo artigo 1.790. Entretanto, sabe-se que o tratamento diferenciado, no sentido da existência de menor aquisição de direitos, ainda se fazia presente.

De acordo com as diferenciações promovidas pelo artigo 1.790, o companheiro só teria direito a herdar bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, de forma que o regime de bens só seria levado em consideração para separar a meação. Além disso, o companheiro, independente do regime adotado, não teria direito aos bens particulares ou que tivessem sido transmitidos a título gratuito para o finado, ainda que tivesse escolhido o regime de comunhão universal na união estável.

Referente à concorrência com os descendentes do falecido, o companheiro somente herdaria de maneira igualitária, se os descendentes fossem comuns, do consorte com o falecido. Ademais, ele também concorreria com os parentes do falecido, cabendo-lhe apenas 1/3 da cota adequada. A totalidade dos bens só poderia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ser herdada em hipótese bastante remota, caso inexistissem parentes da pessoa falecida.

Após longa caminhada, em meio a uma sociedade conservadora, leis tratando do assunto de forma genérica e de consequências sociais irreparáveis causadas pela falta de amparo financeiro aos companheiros sobreviventes, o STF, em decisão recente, pautando-se em princípios como igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e vedação ao retrocesso, aprovou para fins de repercussão geral a seguinte tese: no sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do código civil.

Em razão dessa decisão, o artigo 1.790 do código civil de 2002 deve ser considerado inconstitucional pois fere os princípios citados anteriormente, em que o companheiro é tratado de maneira inferior na sucessão. Ademais, a decisão também se aplica a casais homoafetivos, os quais poderão usufruir dos mesmos efeitos da decisão.

Conforme as regras do artigo 1.829, a sucessão legítima se dará primeiramente aos descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro(a), dependendo do regime de bens do casamento ou da união, logo após será aos ascendentes em concorrência com o cônjuge ou companheiro(a), e em terceiro lugar, exclusivamente ao cônjuge ou companheiro(a), caso não haja ascendentes e descendentes. Não existindo nenhum deles, a sucessão legítima se defere aos colaterais.

É importante salientar que, apesar de figurarem na mesma ordem de vocação e submeterem-se aos mesmos critérios concorrenciais em relação aos ascendentes e descendentes, o Supremo não elidiu a possibilidade de exclusão da sucessão legítima por meio de testamento público ou particular.

No código civil de 1916, o cônjuge apresentava-se em terceiro lugar, logo atrás dos ascendentes e dos descendentes, além disso era considerado herdeiro facultativo, podendo fazer parte ou não do testamento. Entretanto, com o advento do código civil de 2002, somada à decisão recente do STF, houve uma mudança significativa em relação ao tema, e atualmente a ascensão do companheiro ao *status* de herdeiro necessário representa uma tendência em via de consolidação.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, notam-se diversas transformações sofridas pela sociedade brasileira ao longo dos anos. A quebra de dogmas religiosos, como o reconhecimento do casamento civil em 1891, bem como a ruptura gradativa do conceito de patriarcalismo atrelado à família, que enaltece a afetividade como ferramenta primordial das relações familiares, concretizam a necessidade de mudança. Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro foi buscando meios para se adequar à realidade social e diminuir as desigualdades existentes.

Especificamente no que se refere aos direitos adquiridos pelos companheiros, a evolução é evidente, visto que a lei passou a tratar de forma clara os requisitos para se constituir uma união estável, assim como o rito necessário para a sua dissolução. Dessa forma, milhares de pessoas que decidiram não optar pelo instituto do casamento passaram a ter mais segurança jurídica ao se relacionarem.

Ademais, a equiparação no plano sucessório, recentemente reconhecida pelo STF, complementou de uma vez por todas o conteúdo anteriormente exposto pelas leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, que na época, já buscavam diminuir o abismo normativo presente entre os institutos colocados em foco pelo presente artigo. Ao ser tratado como herdeiro necessário, o companheiro passou a ter os mesmos direitos patrimoniais do cônjuge.

Nesse sentido, é correto afirmar que, durante muito tempo houve uma tentativa de camuflar e adiar o reconhecimento de outras entidades familiares, as quais sempre existiram, mas que por motivos conservadores, atrelados a conceitos historicamente reprováveis, permaneciam negligenciadas do ponto de vista legal. Entretanto, com o passar dos anos, os valores sociais e os costumes foram se flexibilizando, o que possibilitou, juntamente com a Constituição de 1988, o surgimento de decisões judiciais cada vez mais condizentes com os princípios que norteiam a vida do indivíduo no âmbito familiar.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da família de fato**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Lei nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. **Diário Oficial**: seção 1, Brasília, DF, ano 132, n. 248, p. 21041, 30 dez. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8971.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3° do art. 226 da Constituição Federal. **Diário Oficial**: seção 1, Brasília, DF, ano 134, n. 91, p. 8149, 13 maio 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9278.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Arts. 1.521, 1.723-24 e 1.927 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 56-71, 11 de jan. de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1891)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal, 2015. Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_226_.asp. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944**. Reforma a lei de acidente de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCiVil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del7036.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8971.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula n. 380 do STF. Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum. 3 abr. 1964. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482. Acesso em: 18 maio 2021.

CANCELIER, Sandra Regina. **Afetividade:** ferramenta para redução da violência escolar. Secretaria de Estado da Educação. Superintendência da Educação: programa de desenvolvimento educacional. Três Barras - PR, 2017. Disponível em:

http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_unioeste_edfis_artigo_sandra_regina_cancelier.pdf. Acesso em: 17 maio 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: família; sucessões. v. 5, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; p.145.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Vitória Dall'Osso. A união estável e o direito sucessório. **Correio Forense**, 19 abr. 2017. Disponível em: https://www.correioforense.com.br/direito-de-familia/a-uniao-estavel-e-o-direito- sucessorio/. Acesso em: 10 maio 2021.

FERREIRA, Dillyanne de Vasconcelos. União estável: das leis especiais à edição do novo código civil. **Âmbito Jurídico**, 5 out. 2005. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/ revista-23/uniao-estavel-das-leis-especiais-a-edicao-do-novo-codigo-civil/. Acesso em: 15 abr. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSBRASIL. Artigo 1.777 da Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11365300/artigo-1777-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916. Acesso em: 26 maio 2021.

JUSBRASIL. Artigo 733 da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/topicos/28890392/artigo-733-da-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015 Acesso em: 21 fev. 2021.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Apontamentos sobre o reconhecimento da união estável. **Consultor Jurídico**, 17 jun. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun- 17/mp-debate-apontamentos-reconhecimento-uniao-estavel. Acesso em: 05 abr. 2021.

MAGALHÃES, Lincoln Mattos. A sucessão do companheiro segundo o STF. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, 27 abr. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1396/A+sucess% C3%A3o+do+companheiro+segundo+o+STF. Acesso em: 05 abr. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SILVA, David G. de Andrade. A decisão do STF e a sucessão na união estável. **Migalhas**, 19 jun. 2017. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/260572/a-decisao-do-stf-e-a- sucessao-na-uniao-estavel. Acesso em: 25 abr. 2021.

STF - Supremo Tribunal Federal. **Voto na ADPF 132. Reclamante: A. N. Reclamado: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux.** Disponível em: **https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769815076/recurso-extraordinario-re-646721-rs-rio-grande-do-sul/inteiro-teor-769815086.** Acesso em: 26 maio 2021.

VENOSA, Silvio Salvo de. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2001. p. 49

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: ESTUDO DE CASO NO ESTADO DO AMAZONAS

WODLEY GABRIEL ROCHA ALVES: Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: O objetivo desse artigo é realizar uma breve contextualização sobre o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual no Amazonas. Pautada em uma pesquisa bibliográfica, apresentando o histórico sobre o do tráfico humano e as relações de gênero direcionado à mulher. O tráfico de seres humanos é um fenômeno criminal de alta complexidade e violação aos direitos humanos, onde grupos criminosos exploram o ser humano de variadas formas em troca de capital, tornando-o objeto de um grande negócio comercial de alta rentabilidade. Essas práticas criminosas tornaram-se ferramentas modernas de escravidão e violência, tanto é assim, que hoje é considerada uma das atividades ilícitas mais rentáveis do mundo segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Palavras-Chave: Tráfico Humano. Mulher. Exploração Sexual.

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide a brief background on the trafficking of women for the purpose of sexual exploitation in Amazonas. Based on a bibliographic research, presenting the history of human trafficking and gender relations directed at women. Human trafficking is a highly complex and human rights violation criminal phenomenon, where criminal groups exploit human beings in various ways in exchange for capital, making them the object of a large, highly profitable commercial business. These criminal practices have become modern tools of slavery and violence, so much so, that today it is considered one of the most profitable illicit activities in the world according to data from the International Labor Organization (ILO).

Key-Word: Human Trafficking. Woman. Sexual Exploitation.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa abordará o tráfico humano para fins sexuais, dando ênfase à categoria mulher, pois o tráfico humano para fins de exploração sexual transforma as vítimas em mercadorias, comercializando para atividades sexuais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É importante mencionar que os aliciadores possuem diversas maneiras de convencer a vítima e na grande maioria das vezes despontam através de convites de agências de modelos, empresas aéreas ou agências de turismo. Quando a vítima se depara com a realidade, observando que seu sonho se tornou uma fraude e que, na verdade, foi enviada para ser explorada sexualmente.

Para dar elemento a elaboração do artigo foi utilizado uma pesquisa bibliográfica a partir de livros que tratam sobre o conceito de tráfico humano, e legislações que coíbem tal prática. O uso da internet se fez essencial, posto que o tema ainda possua uma base bibliografia escassa, bem como os dados pertinentes a problemática é alcançada por meio de pesquisas divulgadas nos sites da Secretaria de Estado de Justiça e de Direitos Humanos – SEJUS, a Organizações das Nações Unidas – ONU, Ministério da Justiça, para subsidiar nossas análises.

Portanto, a sequência de trabalho é a seguinte: no primeiro momento foi discutido o conceito de tráfico e suas finalidades: na segunda parte será tratada a exploração sexual de mulheres no Tráfico Humano; e por último apresentará índices estatísticos sobre as rotas do tráfico de mulheres, e sobre as formas de exploração sexual no Brasil e no Amazonas.

2. O QUE É TRÁFICO DE PESSOAS?

A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (mais conhecida como Convenção de Palermo) define, em um de seus Protocolos Adicionais, o Tráfico de pessoas como "o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos".

O tráfico de pessoas acontece em grande parte dos países do mundo: dentro de um mesmo país,entre países fronteiriços e até entre diferentes continentes. Historicamente, o tráfico internacional acontecia a partir do hemisfério Norte em direção ao Sul, de países mais ricos para os menos desenvolvidos.Atualmen- te, no entanto, acontece em todas as direções: do Sul para o Norte, do Norte para o Sul, do Leste para o Oeste e do Oeste para o Leste. Com o processo cada vez mais acelerado da globalização, um mesmo país pode ser o ponto de partida, de chegada ou servir de ligação entre outras nações no tráfico de pessoas.

Em 2005, com a publicação do relatório "Uma Aliança Global Contra o Trabalho Forçado", a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estimou em cerca de 2,4 milhões o número de pessoas no mundo que foram traficadas para serem submetidas a trabalhos forçados. A OIT calcula que 43% dessas vítimas sejam subjugadas para exploração sexual e 32% para exploração econômica —as restantes (25%) são traficadas para uma combinação dessas formas ou por razões indeterminadas.

De acordo com o relatório, o lucro total anual produzido com o tráfico de seres humanos chega a 31,6 bilhões de dólares. Os países industrializados res- pondem por metade dessa soma (15,5 bilhões de dólares), ficando o resto com Ásia (9,7 bilhões de dólares), países do Leste Europeu (3,4 bilhões de dólares), Oriente Médio (1,5 bilhão de dólares), América Latina (1,3 bilhão de dólares) e África subsaariana (159 milhões de dólares). Estima-se que o lucro das redes cri- minosas com o trabalho de cada ser humano transportado ilegalmente de um país para outro chegue a 13 mil doláres por ano, podendo chegar a 30 mil doláres no tráfico internacional, segundo estimativas do escritório da Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC).

O tráfico de pessoas é uma atividade de baixos riscos e altos lucros.As mu- lheres traficadas podem entrar nos países com visto de turista e as atividades ilícitas são facilmente camufladas em atividades legais, como o agenciamento de modelos, babás, garçonetes, dançarinas ou, ainda, mediante a atuação de agências de casamentos. Onde existem, as leis são raramente usadas e as penas aplicadas não são proporcionais aos crimes. Traficantes de drogas recebem penas mais altas do que as dadas para aqueles que comercializam seres humanos.

O baixo risco que o tráfico de pessoas representa para criminosos também pode ser ilustrado pelo número de condenações que são feitas. Em 2003,cerca de 8.000 traficantes de seres humanos foram levados à Justiça em todo o mundo. Desses, apenas 2.800 foram condenados, segundo o governo norte-americano.

Dentro desse contexto, é fácil entender por que parte do crime organizado está mudando seu foco de atuação das drogas e armas para o comércio de seres humanos ou então passando a atuar também nessa área. Qualquer política eficaz de combate ao crime organizado não pode negligenciar seus esforços contra o tráfico de pessoas.

3. O TRÁFICO HUMANO E SUAS FINALIDADES

O tráfico de seres humanos ocorre com a finalidade da exploração de alguém em diversos setores do mercado de trabalho. Essa exploração se refere ás condições de trabalho às quais as pessoas são submetidas e como se desenvolve a relação trabalhista, muitas vezes se submetendo o trabalhador a horas extenuantes de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

trabalho, desenvolvido de modo forçado, em condições inadequadas, restringido sua liberdade de locomoção, recebendo baixo ou nenhum pagamento e sem a observância da legislação trabalhista.

As formas de exploração, segundo o Protocolo de Palermo, podem se dar por meio da exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, de trabalhos trabalhos ou serviços forçados, da escravatura ou práticas similares à escravatura, da servidão ou para a remoção de órgãos.

A primeira finalidade constitui-se na exploração da prostiuição de outrem ou outras formas de exploração sexual: é o meio pelo qual o indivíduo obtém lucro financeiro por conta da prostituição de outra pessoa ou de violência sexual exercida contra outra pessoa. É a unica modalidade de tráfico de pessoas prevista na legislação penal brasileira. Neste caso, o exercício da prostituição pode se dar de diversas maneiras, tais como em casas de prostituição, na rua, boates, bares, apartamentos, casas de massagem, hotéis, serviços de acompanhantes, empresas de produtos pornográficos (filmes, revista etc). No entanto, a exploração sexual não se restringe à exploração da prostituição de outra pessoa.

A segunda finalidade constitui-se no trabalho forçado / redução a condição análoga à de escravo: trata da modalidade de exploração prevista no artigo 149 do Código Penal Brasileiro. Adota-se o conceito de trabalho escravo ou redução análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva; quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho; quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; quer cerceando o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; quer mantendo vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderando de documentos ou objetos pessoais do trabalhador com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Terceira finalidade constitui-se na servidão: toda e qualquer forma de servidão, como por exemplo a servidão doméstica (submeter uma pesoa a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, sujeitá-la a condições degradantes de trabalho no âmbito doméstico). Também conhecida como casamento servil, quando a pessoa traficada se casa com alguém que promete uma relação conjugal saudável, mas acaba por obrigá-la a realizar as tarefas domésticas e/ou ter relações sexuais com o mesmo, ainda que contra sua vontade. De acordo com a legislação brasileira, tais situações podem ser também interpretadas como formas de trabalho escravo, estupro etc.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quarta finalidade constitui-se da remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano: é o transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano em desacordo com o disposto na Lei 9.434/97.

Apesar disso e não obstante, este estudo tem como objetivo central o tráfico de mulheres para fins de exploração sexual que é configurada, segunda a Pesquisa sobre tráfico de pessoas para fins de exploração sexual (OIT, 2005), O tráfico de pessoas é uma atividade de baixos riscos e altos lucros. As mulheres traficadas podem entrar nos países com visto de turista e as atividades ilícitas são facilmente camufladas em atividades legais, como o agenciamento de modelos, babás, garçonetes, dançarinas ou, ainda, mediante a atuação de agências de casamentos. Onde existem, as leis são raramente usadas e as penas aplicadas não são proporcionais aos crimes. Traficantes de drogas recebem penas mais altas do que as dadas para aqueles que comercializam seres humanos.

Desse modo, para estruturar a discussão sobre o tráfico de mulheres para fins sexuais, é necessario fazer uma breve reflexão a respeito da imagem da mulher em outras sociedades, levando em consideração toda a sua trajetória de conquistas, e de como é tida a sua relação dentro do tráfico.

4. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES NO TRÁFICO HUMANO

O tráfico de pessoas, embora extremamente perverso, é uma das atividades ilegais mais lucrativas no mundo. Tratando-se de grave crime, articulado internacionalmente em uma estrutura de crime organizado, é importante notar que os dados existentes sobre o tema nem sempre representam fielmente a realidade, sendo possível que haja sub-mapeamento dos casos.

Segundo pesquisa realizada pelo Escritório das UNODC – Nações Unidas Sobre Drogas e Crime, concluída em 2009, sabe-se que 66% das vítimas do tráfico são mulheres, 13% meninas e apenas 12% homens e 9% meninos. De acordo com um estudo norte-americano (Protection Project), cerca de dois milhões de mulheres e crianças são traficadas anualmente. Há dados que apontam para o fato de que no mínimo 120 mil mulheres são levadas ilegalmente à Europa Ocidental com a finalidade de serem sexualmente exploradas, inclusive comercialmente.

De acordo com estimativas da Federação Internacional Helsinque de Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, o Brasil contribui para agravar o panorama do Tráfico e exploração sexual com cerca de 75 mil mulheres que são levadas para a União Europeia, representando 15% do total de mulheres exploradas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

nesses países. Por isso, o Brasil detém o título de maior "exportador" de mulheres para fins de exploração sexual da América do Sul.

As relações sociais de gênero e as assimetrias decorrentes, portanto, assumem papel relevante para a configuração desse crime, pois o tráfico de seres humanos para fins de exploração sexual tem como principais vítimas mulheres e meninas, indicando que essa grave violação aos direitos humanos afeta desproporcionalmente pessoas do sexo feminino, expondo-as a maior risco.

Pesquisas demonstram que as mulheres, as crianças, os adolescentes e as travestis16 são os principais alvos do crime de tráfico de pessoas, quando a prática tem por fim a exploração sexual. Em todas as modalidades do tráfico de pessoas, as vítimas têm em comum o fato de serem, em sua maioria, pessoas jovens, de baixa renda, pouca escolaridade, sem oportunidade nem perspectiva de melhoria de vida e provenientes de lugares e de regiões pobres.

As mulheres, crianças e adolescentes são introduzidas no universo do tráfico para fins de exploração sexual, geralmente, por aliciadores, que, em muitos casos, são pessoas próximas às vítimas, como familiares, amigos ou colegas. Elas são deslocadas para outras regiões ou países mais prósperos, para trabalharem em boates e casas noturnas como prostitutas. Muitas dessas pessoas, especialmente crianças e adolescentes, são raptadas para esses lugares, presas e drogadas, enquanto outras são enganadas com promessas de atividades diversas da prostituição, como garçonete, manicure, empregada doméstica, babá etc. Há, ainda, aquelas mulheres que embarcam com o intuito de exercer a prostituição em ambientes mais ricos, no entanto, lá encontraram um contexto bastante diferente daquele prometido pelos aliciadores.

Um dos primeiros estudos já feitos no país sobre o tema, a Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, crianças e adolescentes para fins de Exploração sexual no Brasil (PESTRAF), dos casos identificados de mulheres e adolescentes traficadas dentro do Brasil, 53% eram adultas — sendo a faixa etária de maior incidência entre 23 e 24 anos — e 47% eram adolescentes, com idade predominante entre 16 e 17 anos. Segundo a Pestraf os principais fatores que levam as adolescentes a aceitarem as propostas dos aliciadores são a necessidade de sobrevivência e a perspectiva de fuga de situações de violência intrafamiliar.

A Pestraf indicou uma estreita relação entre a pobreza e a exploração sexual, na medida em que as rotas de tráfico se apresentam em maior número nas regiões menos favorecidas e desenvolvidas econômica e socialmente do Brasil. A pesquisa revelou que a região Norte apresenta a maior concentração de rotas (76 rotas), seguida pela região

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nordeste (69 rotas) e, com maior diferença, das regiões Sudeste (35 rotas), Centro-Oeste (33 rotas) e Sul (28 rotas).

5. TRÁFICO DE MULHERES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL NO AMAZONAS

Na Amazônia, a mulher sempre foi percebida em segundo plano. Os programas de desenvolvimento, os investimentos, as políticas socioeconômicas sempre foram direcionadas para o agronegócio e mineração, que procuram trabalhadores masculinos. A presença da mulher e as questões da sua sobrevivência foram consideradas uma consequência do trabalho masculino. Nesta lógica, as mulheres migraram para dentro da Amazônia atrás dos homens pioneiros, seringueiros, garimpeiros, trabalhadores de construção, marinheiros e caminhoneiros para ocupar os serviços por eles desejados: trabalhadoras domésticas, prostitutas e/ou para um eventual casamento, muitas vezes através de aliciadores e traficantes. Este dinamismo fragilizou a posição da mulher na Amazônia e produziu uma cultura permissiva à exploração da mão de obra feminina no mercado de sexo e no âmbito doméstico.

É este contexto que contribui para a configuração do crime do tráfico de mulheres, do qual este artigo pretende expor uma de suas múltiplas facetas, apresentando alguns desses sujeitos do tráfico, mulheres amazônicas, cuja história pessoal e familiar revela uma realidade de violência, exploração, migração e trabalho precoce, todas características relacionadas tanto a problemas econômicos quanto a marcadores simbólicos de gênero, contextualmente situadas que determinam as trajetórias dessas mulheres.

No mais, essas mulheres repetem as mesmas características da população pobre: baixa escolaridade, experiência de trabalho informal ou subemprego (bicos ou trabalho doméstico predominantemente), baixíssimos rendimentos. É muito comum elas sobreviverem da pouca e irregular ajuda dos pais de seus filhos, ajuda esta que não é obtida sem certo esforço ou sacrifício (elas precisam pedir várias vezes, ir atrás, etc.).

Elas moram em bairros da periferia, bem afastados do centro, ou em pequenos municípios do interior do Estado. Suas casas estão em condições bastante precárias. Poucos cômodos em que se distribuem várias pessoas com relações de parentesco bem diversificadas. A vontade de mudar de vida, ter uma vida melhor é a marca comum.

> Por uma grande extensão territorial o Estado do Amazonas é sim uma rota para fins de tráfico internacional de pessoa, o Estado serve de rota para outros Estados da Federação, assim como para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

outros países como: Suriname, Venezuela, Suíça e Espanha, conforme casos denunciados (BENTES, 2016).

Quem afirma é a secretária executiva de Política para Mulheres da Secretaria de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (SEJUSC), Keith Bentes. De acordo com Keyth, de 2011 a 2014 foram registrados 20 casos de tráfico humano na região, sendo 18 com fins de exploração sexual e dois de trabalho análogo à escravidão.

Os municípios de Iranduba, Parintins e São Gabriel da Cachoeira são as localidades com a maior incidência de tráfico de pessoas na Região Norte, segundo dados da Conferência dos Religiosos do Brasil (CRB) apresentados em 2014 na Câmara Municipal de Manaus (CMM), durante a instalação da Frente Parlamentar dePrevenção e Combate ao Tráfico Humano.

De acordo com relatório da Conferência dos Religiosos do Brasil (CRB) a CMMde Manaus, metade dos casos de tráfico humano registrados no País estão na zona norte. "Há fortes indícios de que as rotas possuem conexões com o crime organizado, sobretudo com o tráfico de drogas" (CRB, 2014).

O relatório ainda informou que em Manaus também é grande o aliciamento de pessoas traficadas. "Os bares e boates, embarcações turísticas, Porto da Manaus Moderna, Praça da Matriz, salões de beleza, porta das escolas e praias ao longo do Rio Negro são os pontos escolhidos para o aliciamento" (CRB, 2014).

QUADRO 1 - FLUXO DE TRÁFICO INTERESTADUAL, MUNICIPAL E INTERMNACIONAL DO ESTADO DO AMAZONAS

ORIGEM (AM)	ESTADO/ PAÍS/ CIDADE DE DESTINO	PESSOAS TRAFICADAS
Manaus/Destino nacional	Mato Grosso(MT), Mato Grosso do Sul(MS), Belém(PA) / Paritins (AM), Boa Vista(RR), Borba(AM), Vila Iracema(RR),Porto Velho(RO),Rio de Janeiro(RJ), Recife(PE) , Fortaleza(CE) e	Mulheres e adolescentes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

	Salvador(BA)	
randuba/Destino nacional	Belém(PA) / Paritins (AM), Boa Vista(RR) e Borba(AM)	Mulheres e adolescentes
Parintins/Destino nacional	aneiro(RJ), Fortaleza(CE) eSalvador(BA)	Mulheres e adolescentes
Manaus/Destino Internacional	Berlim (Alemanha), Paramaribo (Suriname), Cayena (Guiana Francesa), Holanda (Holanda), Galícia e Pontevedra (Espanha), Santa Elena do Uairém, Puerto Ordaz, Lecheira e Puerto la Cruz (Venezuela)	Mulheres e adolescentes

Fonte: Elaborado pela autora com base em PESTRAF, (2002) e CRB (2014).

No estado do Amazonas os principais municípios que sofrem com o tráfico de pessoas são a capital Manaus, Iranduba e Parintins, e os destinos nacionais são os estados de Mato Grosso (MT), Mato Grosso do Sul (MS), Belém (PA), Parintins e Borba (AM), Boa Vista e Vila Iracema (RR), Porto Velho(RO), Rio de Janeiro(RJ), Recife(PE) , Fortaleza(CE) e Salvador(BA). Já os destinos internacionais são para ascidades de Berlim (Alemanha), Paramaribo (Suriname), Cayena (Guiana Francesa), Holanda, Galícia e Pontevedra (Espanha), Santa Elena do Uairém, Puerto Ordaz, Lecheira e Puerto la Cruz (Venezuela) (PESTRAF, 2002).

Segundo Oliveira e Torres (2012) existem elementos importantes que fragilizaram as mulheres em sua condição feminina na Amazônia. Isso é fato. Também é fato que na sequência do Ciclo da Borracha, as mulheres continuaram sendo traficadas na Amazônia para fins de exploração sexual nos garimpos e nas casas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

noturnas de Manaus, no apogeu da Zona Franca.

TORRES (2012) afirma que a faixa etária dessas mulheres varia 18 a 30 anos com um índice maior entre mulheres de 18 a 20 anos, essa prática criminosa infringe a lei levando à falsificação dos documentos das vítimas.

TABELA 2- ROTAS DE TRÁFICO NO BRASIL

REGIÕES	Nº DE POBRES (X MIL)	PROPORÇÃO DE POBRE (%)	ROTAS DE TRÁFICO NACIONAL E INTERNACIONAL
REGIÃO NORTE	2.220	43,2	**76**
REGIÃO NORDESTE	18.894	45,8	**69**
REGIÃO SUDESTE	13.988	23,0	**35**
REGIÃO SUL	4.349	20,1	**28**
REG CENTRO-OESTE	2.469	24,8	**33**
BRASIL	**41.919**	**30,2**	**241**

Fontes: PESTRAF – Banco de Matérias Jornalísticas / 2002; Relatórios Regionais. Da PESTRAF; Departamento de Polícia Federal - DPF - SAIP/CGMAF/DPJ/DPFMJ– Brasília/DF e IBGE - 1999/2000.

A tabela acima, segundo pesquisa da PESTRAF (2002), identifica a existência de 241 rotas de tráfico de pessoas, em face disso verifica-se uma facilidade no comércio do tráfico dentro dessas rotas. A PETRASF (2002) identifica que a região norte apresenta um índice considerável de pessoas traficadas para fins de exploração sexual,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

trazendo em seu contexto histórico uma grande relação com a vulnerabilidade social de mulheres que são traficadas. A região apresenta também, segundo a tabela abaixo, o maior número de rotas de tráfico, somando o quantitativo de 76 rotas.

Recentemente, um importante o estudo de Oliveira (2008) aponta para novas dinâmicas do tráfico internacional na Amazônia, onde Manaus aparece como rota intensa de mulheres levadas para a prostituição nos garimpos e nos cassinos da Venezuela. O estudo indica que 73% das mulheres prostituídas na região caribenha da Venezuela são provenientes da Amazônia e que a grande maioria se encontra em situação irregular. Esta rota facilita o envio de mulheres para prostituição na Espanhae Holanda, saindo pelo Suriname.

Para a prevenção do tráfico de pessoas o estado do Amazonas fez a implementação da política de enfrentamento ao tráfico de pessoas no estado que teve início com a formalização do Convênio nº 7.535/2010, firmado entre o Ministério da Justiça e a Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos (SEJUS/AM).

A Coordenadora Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas do Ministério da Justiça, Renata Braz, disse que um dos grandes desafios é levar o conhecimento desse crime à sociedade porque ele não tem uma materialidade comooutros crimes como o tráfico de drogas, que pode ser visualizado. "São situações e émultifacetário. O crime acontece desde o aliciamento ao transporte dessa pessoa até a exploração, que muitas das vezes é sexual, mas nem sempre é, exclusivamente,exploração sexual" (BRAZ, 2016).

No que se refere ao Tráfico Humano, o Brasil ainda deixa muito a desejar no tocante da efetivação de sua legislação pertinente à problemática. Tendo em vista que o tema em questão apresenta como principal causa o desrespeito aos direitos humanos básico de qualquer pessoa, podemos perceber que muitos direitos são violados dentre eles o direito à liberdade. Partindo dessa perspectiva, é relevante mostrar alguns normativos utilizados na punição desses autores e na defesa dos direitos humanos das vítimas.

6. INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS CONTRA A EXPLORAÇÃO SEXUAL

Os desafios para o enfrentamento a esta questão ainda são muitos e vão da necessidade de instrumentos legais mais adequados às diretrizes internacionais e capazes de adotar os agentes públicos de ferramentas para o seu enfrentamento; de alertar a sociedade brasileira que tal crime existe e é recorrente em nosso contexto; de provocar distintas políticas públicas para respostas integradas a esta questão; de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

produzir informações mais qualificadas para compreender melhor a expressão do tráfico humano, entre tantos outros.

Consequentemente, somente em 2004, ratificou o Decreto nº 5.017/2004, que fornece o atual conceito de Tráfico Internacional de Pessoas (usado neste trabalho para definir tráfico de pessoas). Inclui, ainda, qualquer forma de exploração.

Também em 2004, após ratificar o Protocolo de Palermo, o Brasil lançou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), via Decretonº 5.948/2006. Por meio deste, cria Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráficode Pessoas, abrangendo um processo participativo, o qual é chefiado pelo Ministérioda Justiça.

Abordando especificamente a legislação interna brasileira, o Código Penal tipifica o tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual no Art. 231: "Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro: Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa." Antigamente, somente a prostituição era a conduta típica. Inclusive, falava-se apenas em tráfico de mulheres. Os artigos referentes ao tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual foram revogados do Código Penal em 2016 e sua redação passou a constar da Lei nº 11.106/2005 e, posteriormente, da Lei nº 12.015/2009 (que trata dos crimes hediondos e da corrupção de menores), sendo assim tipificada:

> Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
>
> § 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

Em maio de 2013, o Brasil se conectou a dez países na campanha Coração Azul, atuante contra o tráfico de pessoas. Trata-se de uma parceria entre o Ministério da Justiça e o UNODC. No Brasil essa ação recebeu o slogan *Liberdade não se compra. Dignidade não se vende*, que exprime "o princípio base do trabalho que vem sendo realizado no enfrentamento ao tráfico de pessoas e reforça a luta contra este crime no País" (BRASIL, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em 2016, a Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania do Ministério da Justiça publicou o *Guia de enfrentamento ao tráfico de pessoas*, elaborado a partir das experiências vivenciadas por profissionais da Unidade de Repressão ao Tráfico de Pessoas da Divisão de Direitos Humanos do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Migrações, de modo a prevenir, reprimir e responsabilizar os autores, bem como para o atendimento às vítimas do tráfico de pessoas.

Este guia traz maneiras de identificar: se está havendo tráfico de pessoas; como proceder em caso positivo; em quais tipos penais o traficante incorrerá; como fornecer assistência à vítima a partir de cada espécie de tráfico; sem excluir os casos de irregularidade administrativa envolvendo contrabando de migrantes e migração irregular ou nos casos de refúgio.

7. CONCLUSÃO

O tráfico de mulheres para fins de exploração sexual na contemporaneidade tornou-se um assunto extremamente complexo, pois se mostra como um crime de prática sigilosa e que afeta diretamente aos direitos humanos. Embora o assunto seja muito sério e grave, ainda é bastante restrito no que se refere ao debate acerca desta problemática.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas apesar de reconhecer a possibilidade de homens figurarem como vítimas desse crime refere-se, especialmente, à mulheres e crianças. Isso acontece devido ao paradoxo antigo e ainda atual de inferiorização de gênero e geração, obstáculo que dificulta a consolidação cotidiana destas pessoas como verdadeiros sujeitos de direitos e as torna vulneráveis aos diversos tipos de exploração dentro e fora do país.

Apesar da crescente publicização do assunto e o aumento de inquéritos policiais e processos judiciais, o deslinde dos casos refletidos é lento e o baixo número de condenações dá a sensação da existência de falhas na teia institucional de segurança e justiça que, por sua vez, provocam certa impressão de impotência e de resultados insuficientes do combate ao crime. Além disso, a conivência das vítimas (que não se consideram vítimas) e de suas famílias dificulta a apuração dos delitos em fase administrativa e judicial.

O combate ao crime em estudo é um grande desafio para o sistema de garantia de direitos visto que, assim como estabelece o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, deve englobar ações de prevenção, atenção às vítimas, repressão e responsabilização, promovendo principalmente o incentivo às denúncias, a retirada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

das vítimas em potencial da situação de vulnerabilidade em que se encontram através de ações adequadas às especificidades de cada indivíduo, o esclarecimento da população sobre a tipicidade da conduta dos aliciadores e qual o verdadeiro valor que a lei procura proteger, políticas de fomento da atividade turística, acompanha as condições do fluxo migratório em busca de oportunidades profissionais no exterior e divulgação dos endereços e telefones de embaixadas, consulados e pontos de apoio ao estrangeiro, por exemplo.

Não obstante, o monitoramento e avaliação das atividades implementadas são essenciais para que seja possível primar pela qualidade das estratégias garantidas pela legislação nacional e internacional, assim, adequando-se às especificidades que determinarão uma atuação mais incisiva em uma ou outra frente de combate ao crime.

Portanto, há a necessidade de elaboração de um Plano Estadual de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas que contenha prioridades, ações, metas e atividades para combater o crime de acordo com as características do delito no Amazonas, levando em consideração que as mulheres vítimas de exploração sexual, diferentemente de outras regiões do Brasil, já trabalham no mercado do sexo dentro das fronteiras do país e são captadas, principalmente, através de pessoas que utilizam a aparelhagem turística. Essa descentralização legislativa deverá significar não apenas o aumento no número de documentos normativos, mas um maior comprometimento orçamentário estadual, fortalecimento das articulações locais e ampliação nos debates e ações de direitos num espaço territorial ainda dotado de discursos que vitimizam e criminalizam, majoritariamente, mulheres brasileiras que procuram o tão sonhado “lugar ao sol”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Lei, de 07 de agosto de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 de agosto de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 6 mai. 2021.

BRASÍLIA, Organização Internacional do Trabalho. Tráfico de Pessoas para Fins de Exploração Sexual. Brasília, 2005.

FATO Amazônico. Manaus, ano 2014, 2 dez. 2014. Cidades. Disponível em: https://www.fatoamazonico.com.br/regiao-norte-registra-maior-numero-de-casos-de-trafico-humano-do-brasil/. Acesso em: 2 mai. 2021.

FERREIRA, Lorena Rodrigues. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA, Brasília, 2019. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13400/1/21501549.pdf. Acesso em: 8 mai. 2021.

JORNAL Acrítica . Manaus, ano 2016, 28 jul. 2016. Disponível em: https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/sexta-feira-trafico-de-pessoas. Acesso em: 2 mai. 2021.

JORNAL Acrítica. Manaus, ano 2016, 28 jul. 2016. Disponível em: https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/sexta-feira-trafico-de-pessoas#:~:text=A%20coordenadora%20nacional%20de%20Enfrent-mento,droga%20que%20pode%20ser%20visualizado. Acesso em: 6 mai. 2021.

MACEDO, Geisa Luísa Salazar de. **Tráfico de Mulheres para Fins de Exploração Sexual**, f. 82. Monografia (Relações Internacionais) - UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA, Boa Vista, 2017. Disponível em: http://ufrr.br/relacoesinternacionais/index.php/component/phocadownload/category/17-2017?download=146:monografia-geisa-luisa-salazar-de-macedo-trafico-de-mulheres-para-fins-de-exploracao-sexual-na-regiao-norte. Acesso em: 2 mai. 2021.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Tráfico Internacional de Mulheres para Fins de Exploração Sexual**: **Estratégias Nacionais e Locais de Enfrentamento**. 27 p. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/premios-e-concursos/livia-xerez.pdf. Acesso em: 14 mai. 2021.

Ministério da Justiça. **Tráfico de Pessoas uma Abordagem para os Direitos Humanos**. Brasília, 2013. 576 p. Disponível em: https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/anexos/cartilha_traficodepessoas_uma_abordadem_direitos_humanos.pdf. Acesso em: 5 mai. 2021.

Ministério da Justiça. **CADERNOS TEMÁTICOS SOBRE TRÁFICO DE PESSOAS**: **TRÁFICO INTERNO NO BRASIL**. Brasília , 2014. 108 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2008_politica_nacional_TSH.pdf. Acesso em: 8 mai. 2021.

Ministério da Justiça. **POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS**. Brasília, 2008. 90 p. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2008_politica_nacional_TSH.pdf. Acesso em: 8 mai. 2021.

OLIVEIRA, Márcia Maria de. **TRÁFICO INTERNACIONAL DE MULHERES NA AMAZÔNIA**: **DESAFIOS E PERSPECTIVA**. 2010. 8 p. Disponível em: http://www.fg2010.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1268240201_ARQUIVO_TraficodemulheresnaAmazonia.pdf. Acesso em: 9 mai. 2021.

PESQUISA SOBRE TRÁFICO DE MULHERES, CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL NO BRASIL. Brasília, 2002. 280 p. Disponível em: http://www.namaocerta.org.br/pdf/Pestraf_2002.pdf. Acesso em: 7 mai. 2021.

ROLLEMBERG, Lucicleia Souza e Silva; RIBEIRO, MARCOS Leôncio Souza; MENEZES, Raul Miranda. Guia de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. **Ministério da Justiça**, Brasília, p. 41, 2016.

Senado Federal. **COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO**. Brasília, 2012. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4219530. Acesso em: 19 mai. 2021.

United Nations Office on Drugs and Crime. **TRÁFICO DE SERES HUMANOS**: **CAMPANHAS**. UNODC. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/campanhas.html. Acesso em: 6 mai. 2021.

ZEVALLOS, Juanita Cavalcante; MENEZES, Ana Paula de Souza; MELO, Janaina Kelly Souza de. 40 Anos da Virada do Serviço Social: Breve Contextualização Sobre O Tráfico de Mulheres Para Fins de Exploração Sexual no Amazonas. *In:* 16° CONGRESSO BRASILEIRO DE ASSISTENTES SOCIAIS. 2019, Brasília.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LEI MARIA DA PENHA: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA CONCEDIDA PELA AUTORIDADE POLICIAL ATRAVÉS DA LEI N. º 13.827/09

JÉSSICA GOMES DA SILVA: Discente do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica e estagiária no gabinete da 24ª Defensoria Pública do Estado do Tocantins.[253]

IGOR DE ANDRADE BARBOSA[254]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo consiste na análise da (in) constitucionalidade da aplicação da medida protetiva de urgência pela autoridade policial após a vigência da Lei n. º 13.827, de 13 de maio de 2019, na qual ampliou o rol de legitimados para sua aplicação, sendo acrescentado o artigo 12-c, na Lei Maria da Penha. Inicialmente, o estudo aborda o contexto da violência doméstica e familiar sob o enfoque da medida protetiva e o atendimento fornecido pela autoridade policial. Por último, desta forma abordou a (in) constitucionalidade da referida lei, sob ótica do questionamento da referida Lei quanto sua inconstitucionalidade por afetar o princípio da reserva de jurisdição, em contrapartida há quem afirma que a Lei é constitucional visto que a Lei preserva que a última palavra seja do magistrado. Assim, o estudo foi pautado pela revisão bibliográfica, caracterizado pela análise de doutrina e legislação, sendo utilizado o método indutivo na sua elaboração.

Palavras-chaves: Autoridade Policial. Inconstitucionalidade. Lei n. º 13.827/2019. Medidas Protetivas de Urgência. Violência doméstica e familiar.

[253] Discente do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica. E-mail: jessica.gsilva@a.catolica-to.edu.br.

[254] Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes – UCAM. Especialista em Relações de Consumo e em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial, ambos pela UCAM. Defensor Público Federal de 1º categoria na Defensoria Pública da União do Tocantins e professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCatólica. E-mail: igor.barbosa@catolica-to.edu.br.

ABSTRACT: The present study consists of the analysis of the (in) constitutionality of the application of the urgent protective measure by the police authority after the validity of Law No. 13,827, of May 13, 2019, in which it expanded the list of legitimized for its application, being added Article 12-c, in the Maria da Penha Law. Initially, the study addresses the context of domestic and family violence under the approach of the protective measure and the care provided by the police authority. Finally, in this way addressed the (in) constitutionality of that law, from the perspective of questioning the said law and its unconstitutionality due to affecting the principle of reservation of jurisdiction, on the other hand there are those who affirm that the Law is constitutional since the law preserves that the last word is the magistrate. Thus, the study was guided by the literature review, characterized by the analysis of doctrine and legislation, and the inductive method was used in its elaboration.

Keywords: Domestic violence and family. Emergency Protective Measures. Law N. º. 13.827/2019. Police authority. Unconstitutionality.

SUMÁRIO: Introdução – 1. As faces da violência silenciosa e as medidas de proteção prevista na lei nº 11.340/06; 2. As Medidas Protetivas de Urgências (MPU's); 2.1 As Medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor; 3. A delegacia de polícia e a Lei Maria da Penha: panorama da atuação da autoridade policial na medida protetiva de urgência; 4. Atuação da autoridade policial nos casos de violência doméstica e familiar; 5. O papel policial: nas Medidas Protetivas de Urgência; 6. (In) constitucionalidade da lei 13.827/2019 na aplicação da medida protetiva de urgência; 6.1 A concessão da Medida Protetiva de Urgência; 6.2 Análise da constitucionalidade da medida protetiva de urgência após vigência da lei 13.827/2019; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos séculos as mulheres sofrem diversos tipos de violência, no seu seio familiar e doméstico, em razão de uma discriminação de gênero, que ocorre devido os estigmas de superioridade que a figura masculina impõe na sociedade.

Nesse sentido, com a criação da Lei Maria da Penha (11.340/2006), nasce o instrumento legal para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, além de ter como propósito preservar os direitos da mulher, sendo o marco histórico na sua proteção. A criação da Lei visa romper com o modelo social da discriminação de gênero, tornando-se um efetivo mecanismo de proteção a ofendida.

Desse modo, a violência doméstica contra a mulher está presentes de forma habitual em suas próprias residências em decorrência de uma relação de afeto, que em

muitos casos as vítimas acabam sofrendo agressões dos seus próprios parceiros. Por essa razão, foi necessário a criação Medidas Protetivas de Urgência contra o agressor disposto no art. 22 da Lei n. º 13.340/2006, para proporcionar uma maior proteção paras as vítimas, como também seus familiares.

Com a criação das Delegacias da Mulher em conjunto com a Lei, a atuação da autoridade policial nas medidas protetivas de urgência contra o agressor busca aspecto de combate violência sofrido pela mulher no seu seio doméstico e familiar, em divergência ao modo anterior em que o Juiz era a única autoridade competente para aplicar das medidas.

No entanto, o legislador em 13 de maio do ano de 2019, foi editada novas normas, como, por exemplo, a criação da Lei n. º 13.827/2019, acrescentando o art. 12-C na Lei Maria da Penha, atribuindo competência à autoridade policial na sua aplicação, a partir desse momento, busca-se conter a violência em face a mulher. Diante disso, pretende-se analisar, portanto, por meio deste artigo, as críticas legislativas e doutrinárias do referido dispositivo, sendo verificado os pontos positivos e negativos.

O dispositivo acrescentado é um importante diploma legal, na qual autoriza, em determinadas hipóteses específicas, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial (juiz) ou policial (delegado de polícia), em casos de municípios que não forem sedes de comarcas ou não houverem delegados no momento, pode qualquer autoridade policial aplicar tal medida.

Objetiva-se, assim, discutir-se, sobre a possível (in) constitucionalidade da norma, em razão da autorização, supostamente violaria o princípio constitucional da reserva jurisdicional, em contrapartida, há entendimento que não violaria o princípio pelo fato da necessidade de homologação pelo magistrado, ou seja, de qualquer forma o juiz deve se manifestar sobre a medida imposta.

Dessa forma, o estudo abordou as principais vertentes da Lei n. º 13.340/06, na qual discorreu sobre os tipos de violência contra a mulher sob o enfoque das medidas protetivas de urgência disposto no art. 22 e a atuação da autoridade policial, no atendimento oferecido à vítima de violência doméstica e familiar.

O método de abordagem utilizado foi o qualitativo, tendo em vista a natureza qualitativa desta pesquisa, que se propõe a analisar seus dados, sendo este o método mais recomendado é adequado a este tipo de análise, sobretudo por considerar a complexidade do presente estudo, haja vista os conflitos de princípios, por fim foi utilizado o método de estudo indutivo para melhor análise dos dados coletados. No que lhe concerne, os instrumentos de coleta de dados foram bibliográficos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

documentais, baseado no que vêm assegurando sobre a referida vertente de (in) constitucionalidade.

1. AS FACES DA VIOLÊNCIA SILENCIOSA E AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO PREVISTA NA LEI N. º 11.340/06

Diante das diversas violências que existentes contra a mulher, que ocorrem nos diferentes âmbitos, a de maior ocorrência e impacto são as que acontecem no âmbito privado por haver um vínculo entre o agressor e a vítima, sendo a característica e atributo da violência doméstica e familiar, em razão de ser discreta e rotineira. A violência doméstica e familiar é caracterizada por Angélica Basthi (2011) como o ato de violência que envolve as pessoas com algum vínculo de afetividade ou aproximação no seu âmbito privado. Geralmente ocorre em casa, no ambiente doméstico, ou na relação de familiaridade, afetividade ou coabitação.

Em razão disso, se torna difícil a contabilização, por conta de casos não denunciados ou aplacados pelo agressor, pelo fato de muitas vezes essas violências acabam por atingir somente a mulher. Nesse contexto, conforme a Convenção de Belém do Pará (1994), a violência contra a mulher, sob o enfoque de uma conduta baseada no gênero, é a conduta que cause algum sofrimento à mulher seja físico, sexual ou psicológico, tanto na esfera pública como na privada.

Devido à ocorrência de violência em diversos aspectos na vida cotidiana de uma mulher, principalmente doméstico e familiar, houve a necessidade da criação de uma Lei própria, como também políticas públicas para coibir a violência de gênero. Assim, surge a Lei n. º 11.340/2006, conhecida como "Maria da Penha", como instrumento legal e apropriado para o enfrentamento da violência doméstica e familiar, diante de uma demanda social urgente.

A Lei, no seu artigo 5º, conceitua que a violência, pode ser qualquer ação ou omissão baseada simplesmente em razão do gênero, que tem por objetivo causar morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial. Ainda de acordo com a Lei, no artigo 7º, há um rol exemplificativo dos tipos de violência nesse âmbito, que pode ser física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, vejamos:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> I - A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos 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, ridicularizarão, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos 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, ridicularizarão, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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

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

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse entendimento, segundo Marcelo Yukio Misaka (2007) para conceituar a violência doméstica e familiar é necessário a conjugação dos artigos 5º e 7º, devido à Lei a primeiro momento conceituar e depois definir o seu campo de abrangência. A violência de gênero que ocorre nesse âmbito possui como pressuposto o sujeito ativo que merece maior respaldo à mulher, entretanto, a Lei n. º 11.340/2006 admite que o sujeito passivo, neste caso o agressor, seja um homem como outra mulher. Para Renato Brasileiro (2019), a violência doméstica e familiar perpetrada pelo sujeito passivo homem contra a mulher entende-se que há presunção absoluta de vulnerabilidade.

No entanto, a mesma violência sendo o sujeito passivo uma mulher está presunção de vulnerabilidade se torna relativa. Para ocorrer à proteção da parte mais vulnerável, necessitou a criação de mecanismos repressivos para maior efetividade da Lei n. º 11.340/2006, como a criação das Medidas Protetivas de Urgência (MPU's).

2. AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIAS (MPU'S).

O surgimento das medidas protetivas de urgência se deu através da Lei n. º 11.340/2006, onde busca a maior efetividade na proteção à vítima e seus familiares, contudo, anteriormente a criação dessa, existia o artigo 69, parágrafo único da Lei n. º n. º 9999/95 que possibilita ao Juiz a aplicação de algumas medidas. De acordo com Maria Berenice Dias (2019, p. 171), "o rol de medidas elencadas tem como propósito assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência, bem como reprimir os agressores e garantir a segurança da vítima, de seus filhos e de seu patrimônio".

As Medidas Protetivas de Urgência (MPU's), estabelecidas no Título IV, capítulo II, da Lei Maria da Penha, prevê um rol meramente exemplificativo, podendo ser concedidas outras que não estejam elencadas, logo todas as medidas podem ser revistas a qualquer tempo sendo deferida forma cautelar.

Dessa forma, essas medidas são estipuladas para o agressor, como também a vítima e seus dependentes, sendo sua natureza híbrida, por essa razão os efeitos não ocorrem de forma automática com a prática da infração penal. Conforme a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID[255]), firmou inicialmente o seguinte entendimento sobre a Medida Protetiva de Urgência:

> Enunciado n. º. 004/2011: Às Medidas de Proteção foram definidas como tutelas de urgência, *sui generis,* de natureza cível e/ou criminal, que podem ser deferidas de plano pelo Juiz, sendo

[255] [1]composta por membros do Ministério Públicos dos Estados e da União.

dispensável, a princípio, a instrução, podendo perdurar enquanto persistir a situação de risco da mulher.

As medidas estão condicionadas a presença de elementos que comprovem sua real necessidade para aplicação, sendo que sua legitimidade poder ser a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida no querer a tutela antecipada (art. 19, caput da Lei n. º 11.340/2006), por essa razão o processo cautelar tem por objetivo assegurar a efetividade da tutela jurisdicional. Logo, o seu procedimento próprio ocorre autos apartados do demais processo.

Os elementos essenciais para deferimento das medidas e a presença do *fumus boni iuris e periculum in mora* como sede de cognição sumária. Segundo Renato Brasileiro (2016), o *fumus boni iuris* e análise judicial da medida, através de uma cognição sumária dos elementos disponíveis, que possa prever a existência do fato ou o mero indício suficiente para ensejar à persecução penal, já *periculum in mora* se faz necessário pelo fato da demora do processo principal, razão da tutela ser concedida e se torna ineficaz, pelo perigo da demora da entrega da prestação jurisdicional.

Desse modo, o tempo de duração da medida não foi determinado em Lei, depende do entendimento do Juiz no caso concreto, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo pelo fato de não forma coisa julgada material de acordo com art. 19, §2.º e 3.º da Lei n. º 11.340/2006. Segundo Alice Bianchini (2014, p.180), "o legislador separou as medidas protetivas de urgência entre os artigos 22 a 24 da Lei n. º 11.340/06, considerando as condutas comumente praticadas pelos agressores em sede de violência doméstica". Ademais, as medidas que são determinadas no art. 22, tem por finalidade regular determinada conduta do agressor, para impedir a perpetuação da violência doméstica e familiar.

2.1 As Medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor:

a) Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

A medida visa preservar a saúde física e psicológica da mulher, diminuindo o risco de uma suposta e provável violência que a ofendida possa continuar a sofrer, visto que, com o agressor fora da residência, o patrimônio da ofendida também é preservado, já que seja bastante comum a destruição, por parte do agressor, segundo preconiza (BELLOQUE).

Para Porto (2014, p. 122), "o afastamento do agressor do lar é uma das medidas mais eficazes para prevenir consequências danosas que a convivência sob o mesmo teto pode permitir e até mesmo encorajar". A medida se torna bastante útil na busca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de preservar uma maior proteção à ofendida, sendo somente aplicada quando ambos residem no mesmo lar, têm o mesmo domicílio ou convivem no mesmo local.

b) Proibição aproximação da ofendida, seus familiares e testemunhas:

Objetivo dessa medida é possibilitar ao Juiz a proibição que o agressor se aproxime limitando o mínimo de distância a manter da ofendida, seus familiares e de testemunhas, sendo mais, sendo mais dificultoso nominar quais lugares a ser evitados, uma vez que seria fácil o não cumprimento da medida.

c) Proibição de contato (com a ofendida, seus familiares e testemunhas) e de frequentar determinados lugares:

Nos casos de violência doméstica e familiar à perpetuação do contato da ofendida com o agressor, na maioria das vezes a expõem ao risco de novas agressões, seja por uma ameaça ou ofensa, sendo que estes conflitos são capazes de se estender aos familiares e testemunhas. Por essa razão, a medida é direcionada aos locais de frequência comum da ofendida e de seus familiares, como o local de trabalho ou estudo, dentre outros dependendo da especificidade do caso.

Esta proibição pode alcançar qualquer tipo de contato, seja por telefone, *e-mail*, redes sociais dentre outras, esse contato é justamente para evitar exposição da ofendida a uma provável violência moral ou psicológica, bem como o agressor não poder intimar a ofendida. Segundo Juliana Garcia Belloque (2011, p. 312) "a Lei Maria da Penha buscou proteger os espaços públicos nos quais a mulher vítima de violência desenvolve sua individualidade".

d) Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar

A violência doméstica e familiar gera um ambiente desagradável para todos que convivem, principalmente os dependentes menores, portanto, a presente medida tem por objetivo restringir ou suspender o direito de visita, seja a perda temporária ou supervisionada. Segundo Alice Bianchini (2018, p. 180) "Quando tal medida é deferida, normalmente ela vem acompanhada da proibição de frequentar espaços de convivência dos filhos". Logo, antes do deferimento da medida é necessário o parecer técnico da equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.

e) Prestação de alimentos provisórios ou provisionais:

Segundo o art. 1.694 do código civil, visa prestar alimentos quando seja conferida a necessidade dos alimentados e a possibilidade do alimentante, podemos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

conferir essa possibilidade quando a ofendida e os filhos menores sejam totalmente dependentes econômicos do agressor.

f) Suspensão de posse ou restrição do porte de armas:

Esta medida tem como propósito restringir o uso de arma de fogo, nos casos onde o agressor está sugestivo a praticar algo que ofenda a integridade física da mulher. De acordo com art. 22, inciso I da Lei n. º 11.340/2006 em conjunto com a Lei n. º 10.826/2003, a suspensão ou a restrição deve vir acompanhada da comunicação ao órgão competente.

Para Renato Brasileiro (2016), na hipótese de aplicação da suspensão, o agressor será privado temporariamente de adquirir, possuir ou manter sob sua guarda uma arma de fogo, ou seus acessórios, já a restrição limitar ou diminuir com que o agressor mantenha a posse da arma no lar em convívio com a ofendida.

g) Comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e acompanhamento psicossocial do agressor por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio

A Lei n. º 13.984/2020 acrescentou dois incisos no art. 22 da Lei n. º 11343/06, para trazer mais aparato de recuperação e reeducação do agressor, para poder evitar que este agressor volte a praticar violência contra a mulher, sendo que o seu comparecimento nesses programas possa tornar a aprendizagem é uma forma de evitar uma reincidência desse tipo de violência.

O Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins publicou através do Diário Oficial, uma recomendação n. º 7 de 22 de março de 2019, em virtude da Portaria n. º 15 de 8 de março de 2017 do Conselho Nacional de Justiça, na qual faz recomendações para os magistrados da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, veja:

> Art. 1º RECOMENDAR aos senhores (as) magistrados (as), atuantes na Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que:
>
> II – Determinem a participação dos supostos agressores nas oficinas da palavra como forma de medida protetiva de urgência, considerando o rol não taxativo expresso no artigo 22, §1º da Lei n. º 11340/2006.

Dessa maneira, os presentes Medidas Protetivas de Urgência (MPU's) determinar no art. 22 da Lei n. º 11.340/2006, trata-se de medidas suma importância

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

no sentido traz uma proteção a mulher em situação de vulnerabilidade e evitar a prática de uma violência ou a sua reiteração, tendo como papel de grande importância a atuação da autoridade policial para coibir esse tipo de violência de gênero.

3. A DELEGACIA DE POLÍCIA E A Lei Maria da Penha: PANORAMA DA ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL NA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

O atendimento pela autoridade policial está regulamentado no Capítulo III da Lei n. º 11.340/2006. Além das atribuições do Poder Judiciário, a autoridade policial tem como competência realizar o registro de ocorrência policial e inquéritos policiais como instrumento de apuração das responsabilidades nos ilícitos penais que se enquadram na referida Lei, como também deve atuar para que sejam aplicadas as medidas protetivas de urgência, sempre que for solicitado.

Dessa maneira, houve a necessidade da criação da delegacia especializada para mulher, esta surge como um instrumento de combate a qualquer tipo de violência baseada no gênero, sendo que seu objetivo a primeiro momento é criar um ambiente confortável, que a vítima possa se sentir segura, além de poder ser tratada com mais atenção.

Dessa forma, segundo o Ministério da Justiça (2010) essas delegacias são responsáveis pela investigação de crimes de violência contra a mulher, em especial os homicídios passionais e violência doméstica e sexual, que geralmente são praticados na intimidade e muitas vezes sem a presença de testemunhas.

Em São Paulo no ano de 1985 através do decreto n. º 2.170 surge a primeira delegacia da Mulher (DEAM), dessa maneira sua repartição passou a ter ações voltadas para prevenção e investigação de casos que envolvessem mulheres vítimas de alguma forma de violência, com a criação dessas delegacias o seu atendimento passou a ser especializado conforme o inciso IV do artigo 8º da Lei n. º 11.340/2006. Ao discorrer sobre a relevância do atendimento policial à vítima violência, asseguram Maria Berenice Dias (2012, p. 07):

> A violência contra a mulher tem um perverso efeito multiplicador, pois suas sequelas não se restringem à pessoa ofendida. Comprometem todos os membros da entidade familiar, principalmente os filhos, que terão a tendência de reproduzir o comportamento que vivenciam dentro de casa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Adilson Barbosa e Léia Tatiana Foscarini (2014), o termo "autoridade policial" utilizado na Lei Maria da Penha, pode ser para polícia civil, como também para a polícia militar, tendo em vista que o conhecimento acerca da ocorrência de violência chega ao conhecimento de ambas, dessa maneira a policial militar atua na atividade ostensiva de prevenção, já a polícia civil após a ocorrência da violência, sendo voltada para investigação dos fatos.

4. ATUAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

O atendimento pela autoridade policial e estabelecido no Título III, Capítulo III, da Lei Maria da Penha, são elencadas as providências que devem ser adotadas quando tomar conhecimento da prática de violência doméstica e familiar ou na sua iminência independente de qual seja a autoridade policial.

No seu artigo 10, a Lei determina que no caso de violência doméstica ou familiar sejam tomadas medidas cabíveis para cessar a violência. De acordo com Maria Berenice Dias (2008) diante da iminência, ou prática de violência doméstica, cabe à autoridade policial adotar de imediato as providências legais cabíveis, nos casos de situação iminência de violência pode se configurar a prática de contravenção de perturbação do sossego ou vias de fatos.

Esse atendimento realizado pela autoridade policial tem como preferência que seja prestado por servidores de sexo feminino, conforme art. 10-A, além de serem previamente capacitados, tendo em vista para melhor atender a vítima de violência e proporcionar um tratamento especial com um ambiente mais confortável e seguro.

Em continuação, a Lei determina no seu art. 11 que a autoridade policial deve garantir a proteção da vítima, logo encaminha a vítima a serviços médicos e ao Instituto Médico-legal e caso necessitar para um local seguro como a casa de abrigo ou casa de parentes, sendo se necessário acompanhar a vítima para retirada dos seus pertences do local que convivia com o agressor.

Ademais, o art. 12 traz um rol exemplificativo das providências cabíveis à autoridade policial quando tomar conhecimento de uma doméstica, familiar e feito o registro da ocorrência, vejamos:

> Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - Ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II - Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III - remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

IV - Determinar que se proceda ao exame de corpo de delito da ofendida e requisitar outros exames periciais necessários;

V - Ouvir o agressor e as testemunhas;

VI - Ordenar a identificação do agressor e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes criminais, indicando a existência de mandado de prisão ou registro de outras ocorrências policiais contra ele;

VI-A - verificar se o agressor possui registro de porte ou posse de arma de fogo e, na hipótese de existência, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte, nos termos da Lei n. º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento);

VII - remeter, no prazo legal, os autos do inquérito policial ao juiz e ao Ministério Público.

Nesse sentido, segundo Renato Brasileiro (2020), as providências elencadas no art. 12 trata-se de um rol meramente exemplificativo, sendo algumas de caráter obrigatório como a oitiva da vítima, lavratura do boletim de ocorrência, representação e a verificação se o agressor possui arma de fogo.

5. O PAPEL POLICIAL: NAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

No que se refere a atuação da autoridade policial nas medidas protetivas, essa atua de forma imediata em duas frentes de intervenção, seja a primeiro momento no

pedido da medida protetiva, conforme disposto no art. 12 no inciso III da Lei n. º 11.340/06, trata-se da remessa do pedido da medida protetiva formulado pela vítima.

Deste modo, percebe-se a atuação conjunta da Autoridade Policial e da Autoridade Judicial no que tange às medidas protetivas em benefício das mulheres que sofrem abusos por parte de seus companheiros ou de seus cônjuges (SALEH; SOUZA, 2012).

A autoridade policial dispõe do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para remeter os autos ao juízo competente para avaliação do pedido, seja deferir, indeferir ou designar audiência de justificação (art. 18).

Os requisitos para a solicitação da medida devem conter a qualificação da ofendida e do agressor, o nome e idade dos dependentes, descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas, bem como os copias documentos pessoais e as provas que estejam disponíveis com a ofendida nos termos do art. 12 §2º da Lei n. º 11.340/06, contudo, não é necessário a oitiva do agressor ou de testemunhas, nem o exame de corpo de delito, pelo fato desses sem elementos que irão instruir o inquérito policial, sendo a segunda forma de intervenção da autoridade policial (art.12, VII).

Os pedidos de medidas protetivas possuem o trâmite rápido, devido às circunstâncias da gravidade que tem a violência de gênero, segundo Maria Berenice Dias (Dias, 2016. P. 1):

> É indispensável assegurar à autoridade policial que, constatada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, aplique provisoriamente, até deliberação judicial, algumas das medidas protetivas de urgência, intimando desde logo o agressor.

Logo, a Lei n. º 11.340/2006 determina que o requerimento da concessão da medida protetiva de urgência pode ser encaminhado pelo Delegado de Polícia, seja pelo Defensor Público, Ministério Público ou Advogado da vítima.

A medida protetiva for de natureza cível, essa vítima tem a opção de eleger o foro de competência, exercendo o seu direito de escolher a comarca a ser enviado o pedido conforme o art. 15. Ademais, a autoridade policial frente ao delito de violência doméstica e familiar, nos casos de flagrante pode-se decretar a prisão do agressor,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

como também a possibilidade da prisão preventiva, nos casos de descumprimento das medidas protetivas de urgência. [256]

Outrossim, em 13 de maio de 2019 houve a atualização na Lei Maria da Penha, com a criação da Lei n. º 13.827/2019 que acrescentou o art. 12-C disciplinando que na situação Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida, ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o autor/agressor dos fatos pode ser retirado de sua residência, inicialmente por determinação judicial, depois pela autoridade policial e, em último caso, por um policial (BRASIL, 2019).

A Lei n. º 11.340/06 traz aspectos para melhor proteção da mulher vítima de violência doméstica e familiar, sendo conforme bem explanado, a autoridade policial exercer o papel de grande importância no sistema de proteção à vítima, este primeiro ampara e garante os direitos da ofendida.

6. **(IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. º 13.827/2019 NA APLICAÇÃO DA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA**

6.1 A concessão da Medida Protetiva de Urgência

As medidas protetivas possuem o objetivo de proteger as vítimas de seus agressores, tentando deste modo coibir, reprimir o agressor para que ele não venha mais a agredir, por essa razão exerce o papel que maior garante, a primeiro momento, a proteção da ofendida.

Nesse contexto, a sua concessão é de imediato, logo após o pedido ou requerimento, por essa razão houve recente alteração legislativa promovida pela Lei n. º 13.827 de 13 de maio de 2019. O diploma legal altera a Lei n. º 11.340, de 7 de agosto de 2006, para autorizar, nas hipóteses específicas, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes.

[256] 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

Entretanto, a aplicação da Medida protetiva de urgência pela autoridade policial é estudada desde o ano de 2016, com o projeto de n. º 7 (n. º 36/15 Câmera dos Deputados), na qual deu origem à Lei n. º 13.505/17, que acrescentaria o Art. 12-B, a proposta era de permitir que a autoridade policial aplicasse provisoriamente algumas medidas dispostas no art. 22 da Lei n. º 11.340/06. Contudo, o art. 12-B foi vetado pelo Presidente da República, vejamos as razões do veto:

> Os dispositivos, como redigidos, impedem o veto parcial do trecho que incide em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis.[257]

Posteriormente, o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 94/2018, foi aprovado no Senado em abril de 2019 sem vetos, com o resultado entra em vigor com a Lei n. º 13.827/2019 que modifica a proteção à vítima de violência doméstica, autorizando à aplicação das medidas protetivas de urgência o delegado de Polícia ou o Policial Civil, ou ainda o Policial Militar.

Sendo assim, ao verificar a existência de risco atual ou iminente à vida ou, à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida.

O afastamento do agressor do lar, a primeiro momento é determinado pela autoridade judicial, neste caso o Juiz, contudo, em situações onde o Município não seja comarca, o Delegado será competente para determinar essa medida contra o agressor. Logo, em última hipótese, locais onde não for sede comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia, o Policial Civil ou Militar pode estabelecer a medida disposta no art. 22, II da Lei n. º 11.340/06.

Dessa forma, às duas hipóteses mencionadas, o juiz competente será comunidade no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, esse decidirá, por igual

[257] BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação Informatizada - LEI N. º 13.505, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2017- Veto,2017.Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/Lei n. º/2017/Lei n. º-13505-8-novembro-2017-785700-publicacaooriginal-154164-pl.html> Acesso em: 19 abril. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prazo, sobre a perpetuação da medida ou a sua revogação, devendo ainda dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.[258]

6.2 Análise da Constitucionalidade da Medida Protetiva de Urgência após vigência da Lei n. º 13.827/2019

O dispositivo 12-C acrescida à Lei Maria da Penha trouxe diversos questionamentos acerca de sua constitucionalidade, o ordenamento jurídico brasileiro até o presente momento tinha a concepção de que as medidas cautelares eram somente deferidas pela autoridade judicial, seja o Juiz ou Desembargador, esse entendimento versa sobre o Princípio Constitucional da Reserva de Jurisdição.

Por essa razão, conforme o dispositivo supramencionado, a autoridade policial, seja o Delegado, os policiais civis ou militares, em determinadas situações estabelecidas pela Lei, possam conceder a medida do art.22, II da Lei Maria da Penha, essa possibilidade gerou questionamento se iria ao encontro do princípio constitucional da Reserva de Jurisdição.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, afirma que a alteração ocorrida na Lei n. º 11.340/2006, não foi ao encontro do Princípio da Reserva da Jurisdição, pois, a Autoridade Judicial dá a última palavra, conforme o § 1º do art. 12-c da Lei n. º 13.827/2019, ao estabelecer que o juiz decidirá sobre a referida medida concedida pela autoridade policial, sendo que essa medida busca, a dignidade humana da vítima, para depois verificar, com a devida precaução a medida aplicada (NUCCI,2019).

Além disso, Eduardo Luiz (2013) aponta que a medida visa trazer mais segurança à vítima de violência de gênero, pode-se entender que a implementação desse dispositivo se trata de uma jurisdição ou jurisdicionalidade postergada, em razão da reiteração do §1º do art. 12-C.

A presente norma deve ser interpretada fazendo uma ponderação dos interesses protegidos, pelo fato da cláusula de jurisdicionalidade das medidas cautelares existirem como uma garantia do investigado/agressor, em decorrência do

[258] Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida: I - pela autoridade judicial; II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. § 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

devido processo legal, entretanto, a presente legislação trata-se de uma situação em que ocorre em um Município que não seja sede de comarca, a exigência de jurisdicionalidade nessa situação pode ocasionar dano irreversível ao bem jurídico tutelado, na qual seja a vida da ofendida.

De acordo com Nucci (2019), este entende não haver usurpação de jurisdição, ao contrário, o que se privilegia é a proteção da mulher, a dignidade da pessoa humana, pois em um país de extensa dimensão não se pode deixar escapar o agressor porque naquela localidade não existe um representante estatal, como também somente ocorre a separação compulsoriamente a vítima e seu agressor, sendo uma medida de proteção necessária e objetiva, para assim poder evitar algo mais prejudicial à ofendida.

Em sentido diverso, há entendimentos que a presente Lei n. º 13.827/2019 seja inconstitucional por ir de encontro com o Princípio da Reserva de Jurisdição, como também pelo fato de afetar a liberdade de ir e vir da do agressor, com maior ou menor grau de intensidade.

De acordo com Pinto (2009), ao se fazer menção à expressão "reserva de jurisdição", tem-se que a primeira percepção evidenciada é relativa às competências explicitamente atribuídas aos órgãos judiciários para a prática de atos jurisdicionais específicos, que normalmente possuem previsão constitucional, e que exigem o afastamento da possibilidade de prática de tais atos por outras autoridades, órgãos ou pessoas.

Dessa maneira, apesar da referida Lei tem a intenção de coibir e evitar a violência doméstica e familiar, não é cabível que uma medida que pode resultar na prisão do agressor/acusado seja decretada por uma autoridade que não, seja um juiz competente

Segundo Renato Brasileiro, toda e qualquer espécie de provimento cautelar está condicionado à manifestação fundamentada do Poder Judiciário, vejamos:

> Pelo princípio da jurisdicionalidade, a decretação de toda e qualquer espécie de provimento cautelar está condicionada à manifestação fundamentada do Poder Judiciário (...)
>
> Se a Constituição Federal enfatiza que 'ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 5º, LIV), que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente' (art. 5º, LXI), que 'a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juízo competente' (art. 5º, LXII), que 'a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária' (art. 5º, LXV) e que 'ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a Lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança' (art. 5º, LXVI), fica evidente que a Carta Magna impõe a sujeição de toda e qualquer medida cautelar à apreciação do Poder Judiciário.
>
> Não por outro motivo, dispõe o art. 19, caput, da Lei Maria da Penha, que as medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. Em face desses dispositivos, depreende-se que a restrição à liberdade de locomoção do agressor inerente à aplicação dessas medidas deve resultar não simplesmente de uma ordem judicial, mas de um provimento resultante de um procedimento qualificado por garantias mínimas, como a independência e a imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, a publicidade e, sobretudo, nessa matéria, a obrigatoriedade de motivação (jurisdicionalidade em sentido estrito).Destarte, considerando que todas essas medidas protetivas de urgência afetam, direta ou indiretamente, a liberdade de locomoção, ora com maior, ora com menor intensidade, podendo inclusive ser convertidas em prisão preventiva diante do descumprimento das obrigações impostas (CPP, art. 313, III), não se admite que possam ser decretadas por outras autoridades que não o juiz competente (v.g., Comissões Parlamentares de Inquérito).[259].

Além disso, de acordo com a Presidente da Comissão de Gênero e Violência Doméstica do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Adélia Pessoa (2019), outro ponto negativo do artigo 12-C e o inciso III, ao referir-se a Lei que a medida poderá ser concedida pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. Sendo assim, muito genérica,

[259] LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4ª ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 928

muito abrangente, como que isentando o Estado da obrigação de disponibilizar delegados em todos os municípios.

Ademais, devido a grande mudança que ocorreu através da Lei n. º 13.827/2019, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) interpôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6138), argumentando que os dispositivos inseridos pela referida Lei, criam hipóteses legal para a autoridade policial pratique atos da competência do Poder Judiciário, ofendendo de forma clara o princípio da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade do domicílio (incisos XII, LIV e XI do artigo 5º da Constituição Federal):

> Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e, no caso, o dispositivo legal está admitindo que um delegado de polícia ou um policial restrinjam essa liberdade do agressor, sem que tenha sido instaurado um processo e proferida uma decisão judicial. Ao invés de fazer com que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário, mediante o incremento de um maior número de magistrados, passa-se a atribuir atividades do Poder Judiciário a agentes públicos do Poder Executivo desprovidos do dever funcional de imparcialidade, com ofensa ao princípio da separação de Poderes.

Desse modo, a entidade de classe, acredita mesmo que a nova Lei tenha previsto a submissão da medida imposta pelo delegado ou pelo policial no prazo de 24 horas à autoridade judicial para sua manutenção, revogação ou alteração, tal situação não afasta a inconstitucionalidade, pois se trata de hipótese de reserva absoluta de jurisdição.

Observa-se, então, diferentes pontos de vistas sobre a constitucionalidade da Lei n. º 13.827/2019, no entanto o que prepondera é a divergência entre qual princípio deve-se seguir, seja o princípio da reserva de jurisdição ou da dignidade humana, resta claro a prevalência da proteção à mulher em situação de vulnerabilidade em razão da violência doméstica e familiar. Sendo assim, o presente dispositivo visa preservar, ao máximo possível, sua integridade física e psíquica, desse modo sua vida levando em conta o princípio da dignidade humana, neste caso a da mulher.

CONCLUSÃO

As mulheres sempre foram vítimas dos mais diversos tipos de violência, ao longo de décadas, por essa razão em muitos casos esse tipo de comportamento torna-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

se invisível por acontecer no âmbito privado, além disso, existe um vínculo entre o agressor e a vítima, diante desse cenário, surge no ordenamento jurídico a Lei Maria da Penha (11.340/2006), sendo instrumento legal para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar, além de ter como propósito preservar os direitos da mulher.

Desse modo, a Lei Maria da Penha trouxe diversos mecanismos para coibir qualquer tipo de violência contra a mulher, visando romper com o modelo social da discriminação de gênero, tornando-se um efetivo mecanismo de proteção a ofendida, como também o seu familiar, em decorrência de uma relação de afeto, foi necessário a criação Medidas Protetivas de Urgência contra o agressor disposto no art. 22 da Lei n. º 13.340/2006.

Como visto neste artigo, em razão do agravamento da violência enfrentada pelas mulheres, foi editada a Lei n. º 13.827 de 13 de maio de 2019 que alterou o diploma legal da Lei n. º 11.340, de 7 de agosto de 2006, acrescentando o art. 12-C, para autorizar, nas hipóteses específicas, a aplicação de medida protetiva de urgência, mais especificamente conceder o afastamento do agressor do âmbito doméstico, a medida teve como objetivo garantir que esse afastamento não seja tardio, para não ocorrer consequências irreversíveis à vítima e seus familiares, por isso sua importância para o ordenamento e para sociedade.

Nesse contexto, a nova alteração trouxe divergências doutrinárias, visto que alguns autores, conforme explanado no presente artigo argumentaram pela inconstitucionalidade da norma, pois, tal autorização violaria o princípio da reserva jurisdicional por possibilitar que o agente de polícia aplique a medida, entretanto, há doutrinadores que defendem que a presente alteração não é inconstitucional em razão da necessidade da homologação do Juiz no prazo de até 24 horas após a imposição.

Do exposto, há posicionamentos divergentes, contudo, a presente alteração é um importante avanço na evolução ao combate à violência doméstica e familiar, o presente dispositivo visa preservar, ao máximo possível, sua integridade física e psíquica da mulher, apesar da celeuma doutrinária, resta saber como os tribunais analisaram a aplicabilidade da norma e sua constitucionalidade, considerando o princípio da reserva de jurisdição ou da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Adilson José. FOSCARINI, Léia Tatiana. **Do atendimento da autoridade policial – artigos 10 a 12.** In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014. p. 247-63. Disponível

em:<http://revistacientifica.pm.mt.gov.br/ojs/index.php/semanal/article/view/413/pdf >. Acesso em: 26 de janeiro de 2021.

BASTHI, Angélica. **Guia para Jornalistas sobre Gênero, Raça e Etnia.** São Paulo: Atual, 2011. Disponível em:<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/01/guia_jornalistas.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2021.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Das medidas protetivas que obrigam o agressor** – artigos 22. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em:< https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/2_artigos-22.pdf >. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei n. º 11.340/2006:** aspectos assistenciais, 18 protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203900/cfi/202!/4/2@100:0.00 >. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

BRASIL. ADI com **Pedido de Medida Cautelar**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <https://www.amb.com.br/amb-alteracao-maria-dapenha/?doing_wp_cron=1566841878.4097750186920166015625>. Acesso em: 05 de maio. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados**. Legislação Informatizada - Lei n. º 13.505, de 8 de novembro de 2017**- Veto,2017.Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/Lei n. º/2017/Lei n. º-13505-8-novembro-2017-785700-publicacaooriginal-154164-pl.html> Acesso em: 19 abril. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Artigo n. º 1694, de 10 Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Lei_n._ºs/1950-1969/L1694.htm>. Acesso em: 17 de novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de outubro de 2020.

BRASIL**. Lei n. º n.13.827 de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei n. º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei n. º/L13827.htm>. Acesso em: 28 jan.2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins.** D.O.U Recomendação n. º7 de 22 de março de 2019, em virtude da Portaria n. º 15 de 8 de março de 2017 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível em: < http://wwa.tjto.jus.br/diario/diariopublicado/3451.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Lei n. º 12.403 Comentada- Medidas cautelares, prisões provisórias e liberdade provisória**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013, p. 23.

COMISSÃO de Gênero e Violência Doméstica do IBDFAM participa de campanha pelo fim da violência contra a mulher. **Instituto Brasileiro de Direito da Família**. 2013. Disponível em:<https://ibdfam.org.br/noticias/5198/Comiss%C3%A3o+de+G%C3%AAnero+e+Viol%C3%AAncia+Dom%C3%A9stica+do+IBDFAM+participa+de+campanha+pelo+fim+da+viol%C3%AAncia+contra+a+mulher>. Acesso em: 04 de maio 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha na Justiça.** Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 7. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em: <https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

MAZZON, JOSE A. **Análise do programa de alimentação do trabalhador sob o conceito de marketing social.** 1981. Tese (Doutorado). Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo.

MISAKA, Marcelo Yukio. **Violência doméstica e familiar contra a mulher.** v. 3, n. 13, p. 83–87, Caxias do sul: Ed. Plenum, jan. 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultados positivo**. Consultor Jurídico. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>. Acesso em: 18 abril. 2021

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer Pesquisa Qualitativa.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 181 p.

PINTO, Guilherme Newton do Monte. **Reserva de jurisdição**. 2009. Dissertação (Mestre em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. p. 133.Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp125225.pdf>. Acesso em: 18 abril. 2021.

POLASTRI, Marcellus. **A tutela cautelar no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2014.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher:** análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS; Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico:** métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: <http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf>. Acesso em: 25 de março de 2020.

SALEH, Sheila Martignago; SOUZA, Juliana Machado de**. Medidas protetivas cíveis da Lei n. º 11.340/06 e sua apreciação judicial**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/5653/3053>. Acesso em: 21 abril. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POLÍCIA FEDERAL E A PEC N. 412/09: IMPLICAÇÕES DE UMA POSSÍVEL AUTONOMIA CONCEDIDA AO BRAÇO ARMADO DO ESTADO

HÍVINA COELHO MONTEIRO:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins

IGOR BARBOSA DE ANDRADE[260]

(orientador)

RESUMO: O estudo tem como objetivo identificar as implicações que podem resultar de uma possível autonomia concedida ao braço armado do Estado através da PEC n. 412/09, e ainda, mapear o braço armado do Estado, discutir sobre as autonomias administrativa, funcional e orçamentária e apresentar a Proposta de Emenda à Constituição n. 412/09 como instrumento de busca pela concessão da autonomia. Para atingir esses objetivos contou-se com o levantamento bibliográfico de pesquisas documentais nas instituições competentes, análises da legislação em vigor e da Proposta de Emenda à Constituição n. 412/09 que versa sobre a autonomia da Polícia Federal. Portanto, a conclusão deste trabalho é fruto de uma investigação científica baseada em revisão de literatura específica e em consulta às leis brasileiras, com uma abordagem qualitativa.

Palavras-chaves: Autonomia; Braço armado do Estado; Proposta de Emenda à Constituição n. 412/09.

ABSTRACT: The study aims to identify the implications that may result from a possible autonomy granted to the armed branch of the State through PEC n. 412/09, and also, map the armed branch of the State, discuss administrative, functional and budgetary autonomies and present the Proposed Amendment to Constitution no. 412/09 as an instrument for seeking autonomy. In order to achieve these objectives, a bibliographic survey of documentary researches was carried out in the competent institutions, analyzes of the legislation in force and the Proposed Amendment to Constitution no. 412/09 which deals with the autonomy of the Federal Police. Therefore, the conclusion of this work is the result of a scientific investigation based on a review of specific literature and in consultation with Brazilian laws, with a qualitative approach.

260 Professor Mestre do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins - UNICATÓLICA.

Key Words: Armed arm of the State. Autonomy. Proposed Amendment to Constitution n. 412/09.

Sumário: Introdução. 1. Braço Armado do Estado: Polícia Federal no Brasil. 2. Autonomia Administrativa, Funcional e Orçamentária. 3. Proposta de Emenda à Constituição nº 412/09. Da Governança de Polícia à Governança Policial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Há muito tempo se ouve falar em intervenções na estrutura da polícia pelo chefe de governo através de nomeações e exonerações que o beneficiam, com o fim de obstruir investigações de aliados políticos. Portanto, desde 2009 a Polícia Federal tem buscado adquirir autonomia gerencial, a fim de que suas operações não sejam corrompidas por interferências políticas resultantes de sua subordinação ao Poder Executivo.

Após anos de corrupção na política brasileira, o deputado Alexandre Silveira apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição com o objetivo de assegurar autonomia administrativa, funcional e orçamentária ao órgão armado, de modo a garantir a imparcialidade e efetividade em suas atuações e organizá-lo através de lei complementar, alterando o texto constitucional do § 1º do artigo 144 da CF/88.

A PEC nº 412 foi apresentada em plenário em setembro de 2009 e voltou a ser pauta de discussão em meados de abril de 2020 quando o Ministro da Justiça pediu demissão de seu cargo alegando interferências na polícia por parte do atual Presidente da República. Desde a propositura da proposta de emenda, surgiram diversas discussões sobre o tema, onde várias hipóteses foram levantadas e muitos argumentos apresentados. Portanto, a discussão desse tema se justifica em razão do conhecimento mútuo, a fim de que a sociedade compreenda as implicações que podem resultar dessa concessão.

Nas literaturas específicas do tema, nota-se que os doutrinadores e juristas têm explicitado implicações referentes à concessão das autonomias, sendo elas positivas e negativas. Com base nessas discussões, busca-se identificar as implicações que podem resultar de uma possível autonomia concedia ao braço armado do Estado, mapeando a Polícia Federal, discutindo sobre as autonomias almejadas e apresentando a PEC como instrumento utilizado para garantir a autonomia administrativa, funcional e orçamentária ao órgão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Este artigo utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica com levantamento de informações sobre a Polícia Federal e sua busca pelas autonomias, na qual resultou de um estudo aprofundado em livros, artigos, revistas, leis e textos disponíveis em site confiáveis que conceituam, apresentam e discutem sobre o tema. O método adotado foi o dialético, que possibilitou um diálogo entre os diferentes pontos de vista acerca da concessão ou não das autonomias ao braço armado do Estado, com uma abordagem qualitativa que permitiu o estudo de materiais e documentos já publicados.

O primeiro capítulo traz o mapeamento da Polícia Federal, apresentando sua estrutura, atribuições e atividades. O segundo capítulo aborda brevemente as autonomias administrativa, funcional e orçamentária, discutindo sobre funcionalidade e relevância dentro do órgão. O terceiro capítulo explica suscintamente o procedimento de uma Proposta de Emenda à Constituição e explana o objetivo da PEC n. 412/09, sendo está o mecanismo utilizado para concessão das autonomias. Por fim, o último capítulo apresenta a governança de polícia, explanando sobre as implicações da concessão das autonomias e a necessidade do exercício do controle externo por parte do Poder Executivo.

1. BRAÇO ARMADO DO ESTADO: Polícia Federal no Brasil

A polícia é uma organização presente em quase todas as nações, caracterizada por uma variedade de forma em que se apresenta em cada país. No Brasil, a Segurança Pública é inserida pela Constituição Federal em seu artigo 144 como um dever do Estado que se dá por meio de cinco órgãos distintos e independentes: a polícia federal, a polícia rodoviária federal, a polícia ferroviária federal, a polícia civil e polícia militar com os corpos de bombeiros militares (ELY, 2007).

A Polícia Federal foi oficialmente criada em 28 de março de 1944 no governo de Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo (1937-1945). A Polícia Civil do Distrito Federal localizada no Rio de Janeiro/RJ, foi transformada em Departamento Federal de Segurança Pública (DFSP), através do Decreto nº 6.378/44, que incumbiu a ela os serviços de polícia no Distrito Federal e de polícia marítima, aérea e segurança de fronteiras em âmbito nacional. (PONTE, 2018).

Esta alteração ocorreu pela necessidade de uma polícia com atuação em todo o território federativo. Em 1967, após a mudança da Capital para Brasília, a Constituição Federal vigente passou por novas alterações, mudando mais uma vez o nome da instituição. O DFSP passou a ser denominado de Polícia Federal, previsto como órgão de Segurança Pública e Polícia Judiciária da União pela atual Constituição Federal.

A Polícia Federal é um órgão previsto na lei nº 13.047/2014 que reorganiza as classes da carreira Policial Federal, complementa e apresenta algumas alterações à lei nº 9.264/1996 que dispõe sobre o desmembramento e reorganização da carreira de Polícia Civil do Distrito Federal. É um órgão policial permanente, fundado na hierarquia e na disciplina, com atribuições definidas no § 1º do artigo 144 da CF/88. O artigo 2º-A da Lei nº 13.047, apresenta a seguinte definição:

> Art. 2º-A. A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, para o exercício de suas competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, fundada na hierarquia e disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça. (Lei nº 13.047 de 2014)

Órgão mantido pela União e estruturado em carreira com realização de concursos públicos para provimento dos cargos previstos. Sua atividade-fim é desenvolvida por Agentes de Polícia Federal, Delegados de Polícia Federal, Escrivães de Polícia Federal, Papiloscopistas de Polícia Federal e Peritos Criminais Federais, todos aprovados em concursos de nível superior, com idade mínima de dezoito anos e preenchimento de todos os requisitos apresentados em edital.

Na carreira policial as atividades são distribuídas por cargos e competências, ficando os agentes com atividades de execução de operações, de investigações policiais e repreensão; os delegados com atividades de direção, supervisão, assessoramento e planejamento, investigações e instauração de procedimentos policiais; os escrivães com atividades de formalização dos procedimentos policiais e realização de serviços cartorários. (MACHADO, 2012)

Como órgão distinto e independente, a Constituição Federal de 1988 prevê as seguintes atribuições à Polícia Federal em seu artigo 144:

> **§ 1º** A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:
>
> I - Apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> II - Prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
>
> III - Exercer as funções de polícia marítima, aérea e de fronteiras;
>
> IV - Exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

A nova redação trazida pela CF/88, acrescenta à PF o exercício de polícia judiciária da União aumentando sua responsabilidade como agente central da democracia. A ela incumbe o dever de realizar atos específicos no auxílio do Poder Judiciário, sendo responsável por investigações dos crimes julgados pela Justiça Federal.

A Polícia Federal é estruturada e organizada pelo seu regimento interno com previsão na portaria nº 155 de 27 de setembro de 2018. É composta por superintendências e conselhos previstos em cada Estado da Federação, com unidades centrais e descentralizadas. É um órgão federal com previsão de atuação em todo o território nacional, com atribuições de prevenção e apurações de infrações penais contra a ordem pública. O artigo 2º de seu regimento interno dispõe:

> Art. 2º A Polícia Federal - PF tem estrutura composta por unidades centrais e unidades descentralizadas.
>
> § 1º As unidades centrais têm sua estrutura definida no Anexo II.
>
> § 2º As unidades descentralizadas possuem a seguinte estrutura:
>
> I - Superintendência Regional de Polícia Federal no Rio de Janeiro - SR/PF/RJ:
>
> a) Delegacia Regional Executiva - DREX/SR/PF/RJ;
>
> b) Delegacia Regional de Investigação e Combate ao Crime Organizado - DRCOR/SR/PF/RJ;
>
> c) Corregedoria Regional de Polícia Federal - COR/SR/PF/RJ;
>
> II - Superintendência Regional de Polícia Federal em São Paulo - SR/PF/SP:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a) Delegacia Regional Executiva - DREX/SR/PF/SP;

b) Delegacia Regional de Investigação e Combate ao Crime Organizado - DRCOR/SR/PF/SP;

c) Corregedoria Regional de Polícia Federal - COR/SR/PF/SP;

III - Superintendências Regionais de Polícia Federal - SR:

a) Delegacias Regionais Executivas - DREX;

b) Delegacias Regionais de Investigação e Combate ao Crime Organizado - DRCOR;

c) Corregedorias Regionais de Polícia Federal - COR.

As Superintendências Regionais são instituições descentralizadas que compõem a Polícia Federal a fim de assegurar o cumprimento das atribuições em cada Estado-membro da federação. De acordo com o artigo 27 do Regimento Interno previsto na Portaria nº 155/2018, a elas compete:

Art. 27. Às Superintendências Regionais, na sua área de atuação, compete:

I - planejar, dirigir, supervisionar, coordenar, orientar, fiscalizar e avaliar a execução das atividades, ações e operações correlatas à atuação da Polícia Federal;

II - administrar as unidades sob sua subordinação, em consonância com as normas legais vigentes e com as diretrizes emanadas das unidades centrais;

III - propor diretrizes específicas de prevenção e repressão aos crimes de atribuição da Polícia Federal, a fim de subsidiar o planejamento operacional das unidades centrais;

IV - executar operações policiais integradas com as unidades centrais, relacionadas à repressão uniforme dos crimes de atribuição da Polícia Federal;

V - apoiar as unidades centrais nas inspeções às suas unidades, dispondo dos meios e das informações necessárias;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> VI - promover estudos e dispor de dados acerca das ações empreendidas, e consolidar relatórios de avaliação de suas atividades, com vistas a subsidiar o processo de gestão das unidades centrais;
>
> VII - adotar ações de controle e zelar pelo uso e manutenção adequada dos bens imóveis, equipamentos, viaturas, armamentos e outros materiais sob sua guarda;
>
> VIII - fiscalizar as obras e serviços de engenharia sob sua responsabilidade, bem como manter registro atualizado dos documentos, plantas prediais, obras e serviços em andamento; e
>
> IX - coordenar, em âmbito regional, as atividades relativas à segurança de grandes eventos.

De acordo com suas competências, as Superintendências Regionais são vistas como garantias de atuação da polícia em todo o âmbito nacional, sendo também subordinada ao Poder Executivo e ao Ministério de Justiça. Assim como os diretores gerias e chefes de gabinetes, os superintendentes são nomeados em comissão pela livre escolha do Presidente da República.

Por fim, cabe ressaltar que toda estrutura do órgão é definida pelo seu Regimento Interno, pela Lei nº 13.047 e pela Instrução Normativa nº 13/2005 que dita as competências especificas das unidades centrais e descentralizadas da Polícia Federal, bem como as atribuições de seus dirigentes.

2. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA, FUNCIONAL E ORÇAMENTÁRIA

Etimologicamente, autonomia é o poder de dar a si a própria lei. O Dicionário Online de Português a define como a aptidão ou competência para gerir sua própria vida, valendo-se de seus próprios meios, vontades ou princípios. Kant, principal filósofo da era moderna, descreveu a autonomia como a capacidade da vontade humana de se autodeterminar segundo uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante, tal como uma paixão ou uma inclinação afetiva incoercível.

Autonomia se refere a capacidade de autogerenciamento e de tomada de decisões sem interferências de terceiros (SOUSA, 2015). Ela não se confunde com independência, pois esta consiste na realização de atividades sem qualquer tipo de auxílio. Os órgãos autônomos que possuem previsão legal na CF/88 gozam de ampla

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

autonomia administrativa e financeira com funções de coordenação e planejamento e orçamento próprio para gerir o exercício de suas atividades.

À Polícia Federal apenas é assegurado a autonomia investigativa que é baseada no princípio de que seu objetivo é agir de acordo com o interesse público. Portanto, ao órgão armado é garantido autonomia em suas investigações, podendo atuar e executar suas operações sem interferências externas, apenas controladas pelo Ministério Público Federal e o Poder Judiciário, a fim de assegurar a legalidade dos atos. (CEOLIN, 2020)

Possuir autonomia para agir não torna a Polícia Federal totalmente autônoma e independente, pois isso não afasta a sua subordinação administrativa ao Poder Executivo e o Ministério de Justiça. Significa dizer que suas ações independem de consentimento político e sua subordinação não influencia nas operações realizadas contra tais governos.

Embora a polícia obtenha autonomia investigativa, o órgão tem buscado autonomia funcional com o intuito de se auto-organizar internamente, de modo a garantir que não haja intervenção política dentro de sua estrutura e consequentemente em suas operações, bem como autonomia administrativa e orçamentária para alocação de recursos e envio de orçamento próprio diretamente ao Congresso sem passar pelo governo. (CEOLIN, 2020)

Segundo Guilherme Cunha Werner (2015, pág. 20):

> A ausência de autonomia dificulta a correta aplicação da lei e impede o legitimo desenvolvimento das atividades de Polícia Judiciária, com o perigo de transformá-la em um instrumento a serviço dos detentores do poder, incapacitando-a do pleno exercício de suas funções constitucionalmente atribuídas.

Assim, a Polícia Federal tem buscado isenção política em sua instituição, fundando-se em três dimensões da autonomia, que são: administrativa, funcional e orçamentária. Para Stancati (2015), a autonomia administrativa está diretamente relacionada a liberdade que a pessoa ou instituição possui para conduzir seus negócios e interesses de acordo com suas próprias normas, sem que esteja sujeita a regramentos de outros órgãos e poderes.

A autonomia funcional confere ao órgão a prerrogativa de dar cumprimento à lei e adotar medidas necessárias para o exato desempenho de suas funções, não podendo sofrer influências, tanto no plano externo, quanto no plano interno, do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

exercício de suas atribuições legais, sendo oponíveis inclusive contra outros órgãos e poderes públicos e políticos da federação (WERNER, 2015).

Quanto a autonomia orçamentária, Werner (2015, p. 21) afirma que ela é "manifesta no pleno exercício das capacidades de iniciativa e elaboração de sua proposta de custeio dentro dos limites estabelecidos em lei". Entretanto, é necessário que sejam exercidas dentro dos limites impostos pela Constituição Federal e demais normas que as regulamentam.

Assim, como defende alguns doutrinadores, as autonomias mencionadas garantem o distanciamento de possíveis interferências políticas e a efetividade e imparcialidade em seus atos, não tornando a Polícia Federal um órgão totalmente independente, pois elas devem ser exercidas dentro dos limites assegurados pelo Estado Democrático de Direito, a fim de que não excedam seus parâmetros de atuação e não tornem sem efeito a democracia do país.

3. PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO N. 412/09

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 60 a possibilidade de emendá-la através de propostas realizadas por membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, pelo Presidente da República ou por membros das Assembleias Legislativas das Unidades Federativas.

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
>
> I - De um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
>
> II - Do Presidente da República;
>
> III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Essa emenda se dá através da Proposta de Emenda à Constituição, conhecida como PEC, que tem o objetivo de alterar algumas partes do texto constitucional sem precisar convocar uma nova assembleia constituinte.

O presidente do Poder Legislativo deve encaminhá-la à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ), que examinará a admissibilidade da proposta de forma técnica, verificando os requisitos formais e materiais, como competência e restrições quanto ao conteúdo. (MARTINS, 2015). Sendo a PEC admitida, deverá ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

enviada a uma comissão temporária criada pela CCJ, e após remetida à Câmara dos Deputados para ser feita as deliberações principais, exceto quando tiver sido iniciada por parte do Senado Federal.

Em cada casa do Congresso Nacional, a PEC deverá ser aprovada por três quintos dos parlamentares e em caso de alterações, reencaminhada à casa originaria para ser rediscutida e votada. Após a votação e aprovação pelas casas, a proposta será promulgada e publicada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senada Federal no diário oficial e anexada ao texto constitucional entrando em vigor imediatamente. (MARTINS, 2015)

A Polícia Federal tem buscado alteração do texto presente no § 1º do artigo 144 da Constituição Federal de 1988, através da Proposta de Emenda à Constituição nº 412 de 2009, com o objetivo de organizá-la por meio de Lei Complementar. Se aprovada, o novo texto normativo, prescreverá normas para sua autonomia funcional, administrativa e de elaboração de proposta orçamentária, segundo enunciado escrito pelo Deputado Alexandre Silveira, autor da PEC.

Magne Cristine Cabral da Silva (2017), entende que a PEC nº 412/09 suprime a Polícia Federal do texto constitucional, sujeitando-a a Lei Complementar elaborada pelo Congresso Nacional. Ocorre que, a criação ou extinção de qualquer órgão público como unidade integrante da Administração Pública se dá através de lei de iniciativa do Presidente da República, assim, a organização por lei complementar tira do órgão o seu status de "órgão permanente, organizado e mantido pela União", podendo torna-la extinta.

A justificativa utilizada pelo deputado Alexandre, é de que a Polícia Federal deve ser construída como uma polícia republicana que atua a serviço do Estado e não de governos, de modo a garantir a imparcialidade e efetividade no exercício de suas funções. A Proposta de Emenda à Constituição foi apresentada em plenário no dia 30 de setembro de 2009, e se encontra em tramitação aguardando parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Silveira (2009) afirma que com a concessão das autonomias, os problemas de uma polícia submetida às intempéries do poder e de capricho dos governantes, a criminalidade organizada, a corrupção e a impunidade estarão prevenidas no país.

O anseio pela concessão da autonomia administrativa está no fato de que o órgão é organizado e estruturado pelo Poder Executivo através de nomeações de sua preferência. De acordo com o deputado, o ideal seria que o próprio diretor-geral, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mandato e escolhido por lista, pudesse escolher sua equipe inteira, de forma a blindá-la de influências políticas.

Quanto a autonomia orçamentária, o autor da PEC explica que elaborar o próprio orçamento e enviar direto para o Congresso Nacional, evita o corte no orçamento, contingenciamentos e retirada de recursos pela gestão governamental do país.

Alexandre Silveira defende que mesmo com a concessão das autonomias pleiteadas, a Polícia Federal continuará submetida ao controle finalístico do Ministério da Justiça, a quem continuará vinculada aos órgãos de controle da União, ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público e ao controle jurisdicional dos órgãos do Poder Judiciário.

Desse modo, acredita que a legalidade dos atos da polícia estará em consonância com as normas previstas no ordenamento jurídico. Assim, a Proposta de Emenda à Constituição não propõe uma independência funcional absoluta, mas dispõe ao órgão uma autonomia gerencial.

4. DA GOVERNANÇA DE POLÍCIA À GOVERNANÇA POLICIAL

Governança é um termo que vem do grego e significa direção. É um tema amplo que apresenta diversas definições, sendo utilizado em diferentes campos, como: economia, política, cultura, entre outros. Para Proença Jr., Muniz e Poncioni (2009), a governança gera expectativa de respostas conceituais e modos de ação para o desempenho das tarefas em provimento do bem público.

O Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, em seu art. 2º, § 1º, conceitua a governança como um "conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade".

Na política, a governança de polícia incide sobre as finalidades, os meios e os modos do todo da polícia, ou seja, consiste no uso da polícia para determinados fins, pautados pela produção autorizada e legal de obediência, com determinados meios e de determinados modos. (PROENÇA JR.; MUNIZ; PONCIONI, 2009). Com base nisso, sugerem-se iniciativas para a reforma da organização policial, de modo a torná-la mais eficiente, imparcial e responsável no desempenho das ações para o controle do crime.

O governo exercido sobre a polícia deriva de uma medida de razoabilidade, caracterizada pela existência de instâncias autorizativas e meios de controle que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

garantem a legitimidade e legitimação da ação de governo e da decisão policial. O controle exercido sobre a polícia e os limites legais que lhe são impostos, tem por finalidade assegurar que estes não produzam a opressão policial nem a tirania do governo.

Ocorre que, com a PEC nº 412/09, o órgão tem almejado uma governança policial que instrumentaliza a execução do trabalho policial e seus desdobramentos, concedendo lhe autonomia administrativa, funcional e orçamentária, deixando-o à mercê das próprias regras e estruturação.

Contudo, a governança policial está contida e subordinada à governança de polícia, pois, conforme esclarece Proença Jr., Muniz e Poncioni (2009), o "desenvolvimento da governança policial numa democracia, se pressupõe a existência de regras para execução de suas atividades, pois a confiança cega na lei e a expectativa de que se possa confinar a polícia ao seu respaldo são simplesmente ingênuas ou ignorantes em relação à realidade do trabalho da polícia".

No entanto, nota-se que à governança policial é admitida uma medida de autonomia, pois, de acordo com o relatado nos capítulos anteriores, a Polícia Federal goza de autonomia para instrumentalizar a execução do seu trabalho e seus desdobramentos, a fim de que não ocorra ingerências ou ameaças políticas. Desse modo, o órgão pode atuar e executar suas operações sem interferências externas, devendo assegurar apenas a legalidade de seus atos.

Governar a polícia é uma forma de fiscalizar e controlar a legalidade de suas ações, é um meio de assegurar sua aderência à democracia. Proença Jr., Muniz e Poncioni (2009), afirmam:

> A questão não é qual governança de polícia a *accountability* permite, mas sim qual *accountability* se deve ter para que se possa ter governança de polícia. Controlar para saber, saber para explicar tanto o agir quanto o não agir, apreciando as alternativas de como, à luz do mérito dos porquês, se agiu desta ou daquela maneira. É desta forma que se pode governar a polícia para buscar a sua adesão à democracia.

Atualmente, a governança policial voltou a ser pauta de discussão no meio jurídico, tendo em vista a interferência política em suas estruturas e organizações. Assim, a Polícia Federal tem buscado autonomia gerencial, com o objetivo de se auto-organizar e autoadministrar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Como disse Alexandre Silveira (2009) em sua justificativa para a propositura da PEC n. 412, a autonomia gerencial não se confunde com a independência absoluta do órgão, tendo em vista o controle que será exercido pelo Poder Judiciário, visando aferir sua adesão à democracia.

No entanto, a governança policial ao passo que é defendida por uns é repreendida por outros que declaram que confiar no judiciário e nas regulamentações legais para assegurar a legitimação dos atos da polícia é pura ingenuidade, já que não é possível controlá-la diretamente.

A falácia da governança policial representa um risco ao Estado Democrático de Direito, visto que com a concessão das autonomias almejadas pela Polícia Federal, esta terá prerrogativa para editar atos normativos relacionados a gestão de pessoal com autoexecutoriedade e elaborar sua própria proposta orçamentária. (SILVA, 2017)

Ademais, atuará sem receber influências advindas do poder público, isto é, adotando medidas que julgar pertinente perante agentes, órgãos ou instituições. Deste modo, a governança policial deixaria de estar contida e subordinada a governança de polícia, colocando a democracia em perigo e a própria Constituição em contradição.

A respeito da PEC n. 412/09, o Ministério Público Federal manifestou-se por meio da Nota Técnica 7ª CCR nº 4/2015, afirmando que tanto as Forças Armadas quanto a Polícia Federal representam os braços armados do Estado e que retirar tais órgãos da esfera do Poder Executivo implica em um verdadeiro atentado ao Estado Democrático de Direito.

> Não se pode vislumbrar qualquer possibilidade de que as instituições policiais se tornem independentes e autônomas, pois isso não condiz com os conceitos de democracia e república. Não há exemplo histórico de democracia que tenha sobrevivido intacta quando Forças Armadas ou polícias tenham se desvinculado de controles. Em suma, não há democracia com braço armado autônomo e independente. (Nota Técnica 7ª CCR, nº 4/2015 – Ministério Público Federal)

Por outro lado, Eliomar da Silva Pereira (2015), entende que a nota técnica apresentada acima, advinda do Ministério Público Federal, faz confusão entre autonomia e independência. Para ele, a autonomia funcional reafirma o Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível para o exercício de sua competência constitucional.

Importante salientar que o Estado Democrático de Direito, conforme conceitua Silveira (2019), é uma forma de Estado em que a soberania popular é essencial, bem como a separação dos três poderes e o respeito aos direitos humanos. Portanto, contrário a ele é a emancipação do órgão policial e a concentração de poder em suas mãos, tendo em vista a possibilidade de tamanha autonomia se converter em soberania.

Assim, necessário que a autonomia investigativa da Polícia Federal lhe seja assegurada, a fim de que não haja ingerências políticas em suas investigações. Entretanto, é imprescindível que o referido órgão esteja contido e subordinado ao controle do Poder Executivo, para que seja garantido os preceitos da governança de polícia e a aderência à democracia, bem como os direitos humanos e a conservação do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

No atual governo, o Ex-Ministro da Justiça pediu exoneração do cargo alegando interferências na estrutura organizacional da Polícia Federal por parte do Presidente da República. Durante muito tempo se ouve falar nessas intervenções políticas que objetivam "arquivar/anular" investigações que lhes dizem respeito.

Com base nisso surgiu a Proposta de Emenda Constitucional n. 412 em 2009, que sugere iniciativas para a reforma da organização policial, visando a concessão das autonomias administrativa, funcional e orçamentária ao braço armado do Estado, de modo a torná-lo mais eficiente e imparcial no desempenho de suas ações de combate ao crime.

Nota-se que a Polícia Federal é um órgão armado permanente, organizado e mantido pela União, conforme dispõe o art. 2º-A da Lei nº 13.047, e tem como atividade-fim a investigação, execução de operações e instauração de procedimentos policiais, com atuação em todo o território federal.

A autonomia gerencial, como disse Ceolin (2020), garante ao órgão o direito de se auto-organizar e autoadministrar, bem como apresentar o seu próprio orçamento junto ao Congresso Nacional. O anseio pela concessão das autonomias está no fato de que a organização do órgão pelo Poder Executivo torna-o sujeito as interferências através de cortes no orçamento, contingenciamentos e nomeações de superiores de acordo com suas preferências.

Contudo, a governança de polícia faz-se necessária para que as finalidades, meios e modos de atuação da polícia não sejam contrárias aos seus deveres e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

atividades estabelecidas no art. 144 da Constituição Federal de 1988 e para que não irrompa a legalidade de seus atos e sua aderência à democracia. O controle exercido pelo governo visa manter a legitimidade das ações e decisões policiais, tendo por finalidade assegurar que o órgão armado não produza a opressão policial nem a tirania do governo.

Portanto, tendo em vista os aspectos observados sobre a possível concessão das autonomias ao órgão armado do Estado e levando em consideração que a Polícia Federal tem como atividade-fim a investigação e execução de operações e que emancipá-la coloca em risco o Estado Democrático de Direito, sendo este assegurado pela Carta Magna.

Na atual organização da Polícia Federal lhe é assegurado a autonomia investigativa que garante o bom funcionamento de suas operações e lhe permite atuar como lhe é devido. Logo, a procura pela autonomia gerencial, nada tem a ver com suas atuações, mas sim com a independência perante o Poder Executivo.

É notório que as ingerências políticas na estrutura da Polícia Federal são reais, no entanto, a resposta para esse problema não é a autonomia do órgão, pois os efeitos colaterais dessa concessão atingem não apenas o poder público, mas também a sociedade e seus direitos e garantias individuais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2020

BRASIL. **Lei n. 13.047, de 2 de dezembro de 2014**. Altera a Lei n. 9.266, de 15 de março de 1996, que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências, e a Lei n. 9.264, de 7 de fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13047.htm#art1>. Acesso em: 05 out. 2020

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Regimento interno da Polícia Federal**. Portaria n. 155, de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/regimento-interno-da-policia-federal-2018>. Acesso em: 05 out. 2020

BRASIL. Câmara Legislativa. **PEC nº 412/09:** ficha de tramitação. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=453251>. Acesso em: 05 out. 2020

BRASIL. Câmara Legislativa. **PEC nº 412/09:** íntegra. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=697312&filename=PEC+412/2009%20-%20dia%2021/10/2020>. Acesso em: 21 out. 2020

BRASIL. **DECRETO nº 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autarquia e fundacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm>. Acesso em: 27 mar. 2021

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota Técnica 7ª CCR nº 4/2015**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-mpf-pec-autonomia.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021

CEOLIN, Monalisa. **5 pontos para entender a autonomia da PF**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uy1pRXLpOMM&feature=emb_title>. Acesso em: 15 out. 2020

DÍCIO. Dicionário Online de Português. **Autonomia.** Disponível em: <https://www.dicio.com.br/autonomia/>. Acesso em: 18 out. 2020

ELY, Fabiana Regina. **O super-herói (nem tanto) também adoece:** um estudo em saúde do trabalhador com servidores da polícia federal em Santa Catarina. Disponível em: < https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/89590/246036.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 out. 2020

MARTINS, Sheldon. **Você sabe o que é uma PEC?.** Disponível em: <https://www.politize.com.br/voce-sabe-o-que-e-uma-pec/>. Acesso em: 21 out. 2020

MACHADO, Eduardo Schneider. **A formação policial federal e a atividade profissional:** considerações sobre a atividade física, a aptidão física e a capacidade para o trabalho. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/seguranca-publica/artigos/formacaopolicial.pdf>. Acesso em: 18 out. 2020

MARCONDES, José Sérgio. **Polícia Federal:** história, atribuições, funções e estrutura organizacional. Disponível em: https://gestaodesegurancaprivada.com.br/policia-federal-definicoes/. Acesso em: 05 out. 2020

MAZZON, José Afonso. **Análise do programa de alimentação do trabalhador sob o conceito de marketing social**. 1981. Tese (doutorado) Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, SP.

MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JR, Domício; PONCIONI, Paula. **Da governança de polícia à governança policial:** controlar para saber; saber para governar. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/12001/1/50-Texto%20do%20artigo-85-1-10-20120921.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Autonomia da Polícia Judiciária:** a discussão sobre a PEC 412/2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d613/8be04d30ad9299da3081dea2e97922029cf3.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2021

PONTE, Thales Jericó. **Autonomia para Polícia Federal:** uma análise da PEC Nº 412/2009. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/thalesponte/artigos/autonomia-da-policia-federal-4460>. Acesso em: 18 out. 2020

SILVA, Magne Cristine Cabral da. **A falácia da autonomia da PF proposta pela PEC 412**. Disponível em: < https://fenapef.org.br/falacia-da-autonomia-da-pf-proposta-pela-pec-412/>. Acesso em: 30 mar. 2021

SILVEIRA, Matheus. **Estado Democrático de Direito**: entenda o que é esse termo. Disponível em: < https://www.politize.com.br/estado-democratico-de-direito/>. Acesso em: 03 de abr. 2021

SOUSA, Stenio Santos. **Autonomia e eficiência da Polícia Judiciária da União:** vetores interdependentes e equipolente para a concreção constitucional da Polícia Federal. Disponível em: < https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/387/251>. Acesso em: 18 out. 2020

STANCATI, Victor Henrique. **Autonomia administrativa, financeira e orçamentária das defensorias públicas estaduais:** análise e descrição dos seus modelos. Disponível em: < https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15195>. Acesso em: 16 out. 2020

WERNER, Guilherme Cunha. **Isenção política na Polícia Federal:** a autonomia em suas dimensões administrativa, funcional e orçamentária. Disponível em: < https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/383>. Acesso em: 16 out. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ZATTI, Vicente. **Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire**. Disponível em: <https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/livros/autonomiaeeducacao.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR: E-COMMERCE NA PANDEMIA DA COVID-19.

ROMÁRIO SOARES BORGES: bacharelando do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

THIAGO OLIVEIRA FRANCO[261].

(orientador)

Resumo: A pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) está provocando impactos em todas as áreas da economia global. A circulação de pessoas nas lojas restringidas e o distanciamento social imposto aumentou a demanda do comércio eletrônico consideravelmente. Embora esse número já esteja em constante aumento devido a era digital estar em ascensão. O presente artigo busca analisar o impacto do rápido avanço da tecnologia sobre os contratos consumeristas, sobretudo no período da pandemia da Covid-19, tendo por base a pesquisa bibliográfica. Serão analisados dados disponibilizados por diversas instituições, privadas e públicas acerca de índices a respeito do tema, além da doutrina pertinente. Também se tem o condão de investigar e evidenciar as mazelas trazidas à tona com o rápido avanço desta modalidade contratual, buscando as possíveis soluções do Direito Digital.

Palavras-chave: COVID-19. Coronavirus. Pandemia. Consumidor. E-commerce.

Abstract: The new Coronavirus (Covid-19) pandemic is impacting all areas of the global economy. The circulation of people in restricted stores and the imposed social distance increased the demand for e-commerce considerably. Although that number is already on the rise due to the digital age being on the rise. This article seeks to analyze the impact of the rapid advancement of technology on consumer contracts, especially in the period of the Covid-19 pandemic, based on bibliographic research. Data made available by various institutions, private and public, will be analyzed on indexes on the theme, in addition to the relevant doctrine. There is also the ability to investigate and highlight the problems brought to the fore with the rapid advancement of this contractual modality, seeking possible solutions for Digital Law.

Keywords: COVID-19. Coronavirus. Pandemic. Consumer. E-commerce.

261 Prof. Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

Sumário: Introdução. 1. COVID-19 e a economia global. 2. Vulnerabilidade do consumidor. 3. Aceleração do Direito digital. 4. Práticas abusivas na pandemia da COVID-19. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade o homem realiza diversas permutas, as práticas comerciais faziam parte do cotidiano. Sylvio (2018) aduz que dentro deste cenário, de uma economia cada vez mais massificada e sofisticada, não era possível tolerar o desequilíbrio entre as partes, quando uma delas era vulnerável, seja sob o ponto de vista econômico, técnico ou fático. Destarte, houve uma posterior interferência estatal, afim de manter o equilíbrio nos contratos desta natureza, visto que o risco do consumo recaía quase integralmente sobre os ombros do consumidor.

Ainda de acordo com Sylvio (2018), no final do século XIX, surgiram as primeiras preocupações em torno do mercado de consumo. Foi, então, que tudo mudou, com o advento da Constituição Federal de 1988, sintomaticamente chamada de Constituição Cidadã. Mônica (2020) entende que a defesa do consumidor apenas se tornou tema relevante no sistema jurídico brasileiro quando consolidada pela Constituição de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Sendo assim, Bolzan (2014) conceitua o direito do consumidor como "ramo do direito que lida com as relações jurídicas entre fornecedores de bens e serviços e seus consumidores". Contudo, após mais de 30 anos após a promulgação da norma de proteção ao consumidor, as relações de consumo passaram por demasiadas mudanças, especialmente se comparadas com o período referente às medidas de enfrentamento à Covid-19.

Com o avanço do mundo digital se viu celebradas novas formas de contratos, que antes eram celebrados com papel e caneta ou tacitamente. Atualmente grande parte dos contratos são celebrados pela internet, o chamado e-commerce ou comércio eletrônico. Tarcísio (2020) elucida que contratação eletrônica é aquela celebrada via computador, em rede local ou na internet. Desta forma, podemos entender o e-commerce como um tipo de transação comercial feita por meio de transmissão eletrônica de dados

Contudo, com o advento da quarentena os números a respeito das contratações eletrônicas cresceram ainda mais. Segundo dados do Webshoppers (2020), de 1º de janeiro até 30 de abril de 2020, já foi atingido 32% do resultado de todo o ano anterior, estipulando-se que o e-commerce já é 48% maior que no mesmo período de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme Fernandes (2020), "Se a internet está proporcionando o crescimento exponencial das operações econômicas, temos por consequência um crescimento exponencial dos contratos firmados por tais meios [...]". Ou seja, o crescimento do e-commerce é uma consequência de diversos fatores, tal como o avanço tecnológico e da informática como um todo.

O número de usuários de internet no Brasil em 2019 chegou a 134 milhões, ou 74% da população acima de 10 anos de idade, com 71% dos domicílios com acesso à rede, aponta pesquisa da TIC Domicílios (2020). Ocorre que, conforme já foi mencionado, esse fenômeno foi acelerado em virtude da quarentena.

COVID-19 (Coronavirus Disease 2019) é uma doença infeciosa causada pelo coronavirus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2), ela é potencialmente grave e tem grande taxa de transmissão, inclusive a nível global.

No dia 20 de maio de 2021 o número de casos da COVID-19 ultrapassou 15,8 milhões, sendo mais de 439 mil mortos em decorrência de complicações trazidas pela doença, segundo dados disponibilizados pelos ministérios da saúde e pela OMS em maio de 2021. Entretanto, foram adotadas medidas de restrição e de distanciamento social para minimizar e achatar a curva de contágio.

Fato é que não dá para nossa sociedade se safar ilesa das consequências do isolamento social, dentre outras medidas tomadas. Ocorre que o consumidor, que já é vulnerável presumidamente, se vê ainda mais vulnerável, principalmente aqueles que já não tinham o hábito de comercializar pela internet, pois esta é de mais difícil fiscalização, caso compararemos com as lojas físicas.

Cabe ao direito se adaptar a essa nova realidade que se impõe, trazendo segurança para as relações jurídicas realizadas virtualmente. Desta forma, ensina Martins (2016) "Diante das novas formas de regulação social próprias do processo de globalização [...] a garantia dos valores fundamentais reclama por uma intervenção mais incisiva, seja a nível estatal, comunitário ou supranacional.". Contudo, apenas com um legislativo mais ativo poderemos chegar a uma segurança jurídica razoável para trazer confiança ao consumidor na realização de contratos eletrônicos.

Este trabalho se encontra dividido em 4 seções, sendo a primeira uma análise sobre a economia global e como esta foi impactada pela Covid-19. A segunda seção trata a respeito da vulnerabilidade do consumidor, fazendo uma abordagem bibliográfica a respeito do tema. A terceira seção abarca acerca da forma com que a pandemia alavancou os números do e-commerce, estes que já estavam naturalmente em ascensão devido à diversos fatores. Finalizando foram abordadas na quarta seção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

as práticas abusivas durante a pandemia, sendo apresentada a conclusão posteriormente.

O presente artigo justifica-se pela relevância econômica e social, uma vez que procura analisar o sistema jurídico de proteção do consumidor em face das novas relações de consumo e mazelas trazidas à tona com o advento do novo Coronavírus, e suas consequências para o consumidor, essencial para o desenvolvimento, além das medidas jurídicas adotadas para a superação da crise da pandemia COVID-19. Considerando o seu caráter teórico a pesquisa foi realizada de forma predominantemente bibliográfica, com análise de livros, artigos científicos, monografias e teses, além de dados divulgados por agências públicas e privadas a respeito da pandemia.

1 COVID-19 E ECONOMIA GLOBAL

A COVID-19 é uma doença infecciosa respiratória causada pelo vírus SARS-COV-2262, se tratando de uma grande família de vírus comuns em muitas espécies diferentes de animais. Inicialmente, em 2019, foi detectado em Wuhan, na China e espalhou-se pelo mundo impactando intensamente a vida das pessoas. Se trata de doença extremamente contagiosa e o meio mais eficaz contra sua propagação, além da vacinação em massa, é o isolamento social, informa a Organização Mundial da Saúde263. Os sintomas incluem tosse, febre e cansaço. Contudo, na maioria dos casos os sintomas são leves. Cerca de 80% das pessoas contaminadas não apresentam sequelas, mas há maiores índices de agravamento em casos de pessoas com comorbidades264.

De acordo com estudo da Comissão econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL, 2020), o novo coronavirus está trazendo efeitos negativos econômicos e sociais graves, tanto em curto quanto a longo prazo, mas apenas a duração, as medidas sociais e econômicas tomadas poderão afirmar com precisão acerca da intensidade e profundidade dos danos. Projeções da comissão indicam que em 2020 a taxa da extrema pobreza se situou em 12,5% e a taxa da pobreza atingiu 33,7% da população

262 Coronavirus disease named Covid-19. *BBC News (em inglês). 11 de fevereiro de 2020*. Consultado em 11 de fevereiro de 2020

263 Advice for public. Organização Mundial da Saúde (OMS) (em inglês). Consultado em 15 de setembro de 2020

264 COVID-19: Perguntas Frequentes. Direção-Geral da Saúde. Consultado em 14 de março de 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

da américa latina e que como consequência da forte recessão econômica, o PIB terá uma queda de -7,7%.

Vivanco (2020), entende que as organizações públicas, privadas e os consumidores de produtos, serviços e atividades serão as mais afetadas pelo problema de saúde ocasionado pelo vírus SARS-Cov-2, a COVID-19, refletindo na redução de vendas e alterações no consumo; o que apresenta grandes desafios aos governos e setores produtivos, para saírem da estagnação econômica gerado pelo estado de exceção e condição de emergência.

Em 30 de janeiro de 2020 a OMS declarou a epidemia uma emergência internacional. Desde quando foi declarada a epidemia global, os países têm buscado meios para evitar a transmissão desta enfermidade, seja impondo medidas como o uso de máscaras em locais públicos, sejam medidas mais duras como a restrição da circulação de pessoas e até mesmo lockdown, todas adotadas no Brasil.

Blanco (2020) destaca que "o lockdown é uma imposição estatal obrigatória do fechamento total do comércio, das áreas de lazer e de qualquer local público em que tenha circulação de pessoas, exceto estabelecimentos essenciais, como supermercados, farmácias e hospitais". Sendo o distanciamento social, popularmente chamado de quarentena, mais brando, uma vez que essa técnica consiste em uma recomendação médica para as pessoas que testaram positivo para o SARS-CoV-2, para os que tiveram contato com algum paciente infectado ou para aqueles que estão aguardando o resultado do teste de contaminação.

O Brasil adotou tanto as medidas de distanciamento social, quanto as de lockdown na maioria dos estados, tornando obrigatória a utilização de máscaras, bem como a proibição de aglomeração de pessoas a fim de retardar a aglomeração destas. Nesse sentido, segundo a CNN BRASIL (2020): "diversos estados e municípios determinaram o isolamento de suas populações e incentivaram as pessoas, principalmente os idosos, a ficarem em casa".

Lunardelli pontua que sem a adoção de tais medidas, haveria inevitavelmente o colapso do sistema de saúde, que não conseguiria dar conta da demanda, pois não haveria leitos hospitalares, respiradores, equipamentos de proteção individual, tampouco profissionais da saúde, enfermeiros, biomédicos, epidemiologistas, etc. em número suficiente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na data de 12 de abril de 2021 o número de pessoas contaminadas no mundo ultrapassa 163 milhões. Já as pessoas mortas em decorrência de complicações da COVID-19 ultrapassam 3.398.982 no mundo, cerca de 439 mil apenas no Brasil265.

MCKIBBIN (2020) aduz que os prejuízos econômicos acontecem em todos os países do mundo, não apenas nos mais afetado pela COVID-19, e pode levar à perda média do PIB de 6,7%. De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)266 o crescimento da economia no mundo pode cair pela metade, considerando o pior cenário.

2 VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Com uma tentativa de humanização do capitalismo, a sociedade industrial, de acordo com Brito (2018) trouxe concepções de contratos que tem como base a igualdade entre os contratantes. O legislador buscou proteger a parte mais fraca dessa relação, o consumidor, na medida em que é leigo contra o melhor informado.

Saad (2002) nos lembra que o consumidor se trata do destinatário final, ou seja, aquele que adquire o bem ou o serviço para usar em seu próprio proveito, sendo ele pessoa física ou jurídica. Nos termos do artigo 2° do Código de Defesa do Consumidor, "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. " Equiparando-se ao consumidor, desta forma, a coletividade de pessoas que haja intervindo nas respectivas relações consumeristas.

A vulnerabilidade do consumidor é o cerne do CDC, uma vez que se explica na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para sua proteção. Trata-se de presunção absoluta, prevista no artigo 5° da constituição federal e no artigo 4° do código de defesa do consumidor. Sendo a vulnerabilidade nada mais que o reconhecimento que uma das partes é mais indefeso na relação contratual. Nesse sentido, Bessa (2009) elucida que a fragilidade do consumidor é o principal motivo de

265 Coronavirus COVID-19 Global Cases by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University (JHU). ArcGIS. Johns Hopkins CSSE. Consultado em 11 de abril de 2021

266 Coronavírus pode cortar crescimento global pela metade, alerta OCDE. **Notícias Uol**, [*s. l.*], 20 maio 2021. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2020/03/02/coronavirus-pode-cortar-crescimento-global-pela-metade-alerta-ocde.htm. Acesso em: 17 mar. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sua proteção jurídica pelo Estado. O consumidor é a parte mais vulnerável nas mais diversas e variadas relações jurídicas estabelecidas no mercado de consumo.

Moraes (2009) explica que o princípio da vulnerabilidade do consumidor é de mesma importância que a dignidade da pessoa humana, indispensáveis, de forma que, para o autor, vulnerabilidade, sob o enfoque jurídico, é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele sujeito mais suscetível na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venha a ser ofendido ou ferido, na sua incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da mesma relação.

Dobarro e Araujo (2016) corroboram com a tese de que os consumidores devem se encontrar em igualdade com a outra parte, não podendo ser enfraquecidos diante de um sistema capitalista que amplamente se dispõe aos que tem maior poderio econômico, demonstrando assim a intensa ligação entre o princípio da vulnerabilidade do consumidor e o princípio constitucional da dignidade de pessoa humana, este que trata a proteção de todos os bens jurídicos efetivos à pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, o que autentica em sua distinção em relação aos direitos fundamentais, já que foi posicionado no texto constitucional como fundamento da República, tendo desempenho de valor estruturante do ordenamento jurídico, a ser corporificado pelos direitos e garantias fundamentais.

"O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. [...]" (SARLET, 2009, p. 65).

De acordo com Rizatto (2018), quando vislumbramos o artigo 4° e o artigo 6° do código de defesa do consumidor, podemos chegar à conclusão que o consumidor não só é vulnerável por falta de conhecimento do sistema produtivo, bem como não tem informações técnicas e muito menos informações sobre o resultado. Esta fraqueza é de ordem técnica e econômica. Por outro lado, o leque de possibilidades de contratação por meio do consumidor já nasce limitado, uma vez que apenas se pode optar pela oferta disponibilizada unilateralmente pelo fornecedor, tendo como base primária a obtenção de lucro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Este princípio tem se tornado mais transparente com o avanço do comércio eletrônico, uma vez que o marketing invasivo se acentua no caso da internet, por propiciar que se faça publicidade na própria casa do consumidor, induzindo a expectativas irresistíveis de comportamentos de consumo não apenas nele. Conforme o autor Newton de Lucca (2012), na rede virtual o marketing invasivo ganha potência, visto que pode chegar ao consumidor em qualquer hora ou lugar, sendo este, alvo de constante.

Mônica (2020) entende que a presunção de vulnerabilidade do consumidor não deve comprometer o desenvolvimento econômico, indispensável para o bem-estar e progresso social de toda a comunidade. A lei 14.010/2020 é um exemplo, segundo a autora, que apresenta uma mudança de paradigma, ao justificar-se como um mecanismo para preservar as relações jurídicas e proteger os vulneráveis nesse período de pandemia, só que no caso em questão, ao propor a suspensão de um direito do consumidor, o termo "vulneráveis", no que se refere ao artigo 8º da lei, parece estar relacionado às empresas afetadas pela crise.

3 ACELERAÇÃO DO DIREITO DIGITAL

Não muito tempo atrás, a internet não passava de um sonho de um mundo ultra tecnológico. A informação era pouco acessível, bem como de elevado valor, tornando-a centralizada e monopolizada. No meio jurídico tudo se resumia a papeis, burocracias e prazos. Muitas mudanças ocorreram nas últimas décadas e nos encontramos em uma sociedade totalmente diferente e privilegiada, já que houve uma quebra de paradigmas, substituindo toda aquela informação burocratizada em algo novo, algo muito mais fluido e acessível.

Peck (2016) salienta que a nova era da informação nos traz muitas mudanças. Inclusive no Direito, tento em vista que este emana da sociedade e acompanha suas transformações, exigindo-se uma mudança mais aprofundada em sua própria forma de ser exercido e pensado, bem como em sua prática cotidiana.

Por outro lado, Bessa (2009) aduz que, nesse contexto, de relações massificadas concluídas com cada vez maior agilidade, verifica-se que os contratos de adesão, aqueles em que em que os direitos, deveres e condições são estabelecidos pelo proponente, são a realidade do mercado de consumo brasileiro, basta observar que lojas de departamento e eletrodomésticos, bancos ofertando linhas de crédito, e o acesso aos serviços de água, luz, telefone e energia elétrica, estão presentes tanto em grandes quanto pequenos municípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quebras de paradigmas não muito distantes na linha temporal e a presença de tecnologias cada vez mais avançadas na área da informática propiciaram para o surgimento dos contratos eletrônicos e da sua futura hegemonia contratual, sendo eles os contratos de consumo. Predominava-se a contratação de bens e serviços realizados de maneira presencial, algo que vem se modificando com o passar do tempo. O consumidor vem exponencialmente migrando sua participação no comércio para o meio eletrônico, seja por comodidade, seja por melhores preços ou até mesmo pela facilidade de se encontrar as melhores ofertas online.

Ocorre que o fenômeno do crescimento do e-commerce é algo que já existia, mas vem sendo intensamente massificado em virtude do impacto causado pelas medidas de distanciamento social impostas pelos governos para frear o novo coronavírus. O estudo de Zwanka & Buff (2020) prevê que o impacto da pandemia trará mudanças no comportamento do consumidor e apontam que as compras online serão uma prática durante e após esse problema de saúde pública. Inclusive, muitos consumidores compraram pela primeira vez online no último ano.

Hoefel e Tripoli (2020) aduzem que a Covid-19 acelerou o processo de digitalização do Brasil e o consumidor brasileiro começou a realizar *online* atividades que não imaginava antes da crise, tais como a utilização de aplicativos de bem-estar, serviços de telemedicina, ensino à distância, *online streaming*, dentre outros.

De acordo com pesquisas da Ebit/Nielsen (2020), a média de crescimento das vendas online durante a pandemia está por volta de 20%. Por outro lado, ocorreram mudanças nas categorias mais compradas, tendo em vista que anteriormente as categorias mais vendidas eram moda e acessórios, tendo perdido cerca de 87% das vendas totais, além da perfumaria e cosméticos/saúde. O consumidor acabou substituindo-os por produtos de higiene, limpeza caseira e mercearia. Também obtiveram um avanço as categorias de telefonia, comida caseira, eletrodomésticos e informática.

Adrienko (2020) informa que os produtos mais comprados globalmente durante a pandemia são papel higiênico, luvas descartáveis, freezer, quebra-cabeça, livro para colorir, purificador de ar, esteira, bicicleta ergométrica, tapete de ioga, geladeira, bola de exercícios e equipamentos de exercício, o que demonstra uma busca por atividades em casa.

Da mesma forma, de acordo com Jones (2020), o impacto da COVID-19 é significativo para o e-commerce mundial e as vendas para 2023 ultrapassarão $6.5 trilhões em 2023.

Destarte, os comércios aumentaram grandemente quantidade de entrega realizadas por intermédio de aplicativos, muitos deles estão usando aplicativos de mensagem como whatsapp por não terem uma plataforma online própria. Empresas que não se prepararam e que não tinham o foco no online, precisaram urgentemente se adaptar às novas formas de venda online. As vendas por telefone, whatsapp, redes sociais são formas para iniciar a oferta de modo não presencial.

Ocorre que, com as novas tecnologias, o consumidor se tornou ainda mais frágil, pois o marketing nos meios digitais ocorre de maneira muito mais intensa, inclusive de forma direta, por meio de propagandas massivas e prática abusivas, assim como a mineração de dados, monitorando o comportamento do usuário nas redes por meio de cookies de rastreamento e demais tecnologias que afrontam a dignidade da pessoa humana, tudo isso em prol do lucro.

Silvia (2015), entende que a desmaterialização proporcionada pelo comércio eletrônico é um agravante, tendo em vista que o fornecedor não tem mais "cara", mas sim apenas uma marca, trazendo à tona intensa impessoalidade ao negócio jurídico, pois o mesmo se sujeita às práticas da oferta e da publicidade.

De acordo com pesquisa realizada pela agência Nielsen (2020), houve aumento na porcentagem de consumidores que pretendem continuar comprando online seus alimentos, produtos de cuidado pessoal e produtos para a casa após o período da pandemia.

4 PRÁTICAS ABUSIVAS NA PANDEMIA DA COVID-19

O primeiro impacto que pode ser notado imediatamente, desde quando foi declarada a pandemia, foi, de fato, o aumento exorbitante no preço dos produtos de prevenção à COVID-19, bem como o álcool em gel, máscaras e luvas267. Ocorre que muitos comerciantes se aproveitaram da situação, aumentaram injustificadamente o preço de produtos. Para Eckardt (2020), esta conduta se configura como prática abusiva, vedada ao fornecedor, nos termos do artigo 39, inciso X, do CDC.

A procura e a venda pelos itens mais aclamados como preventivos do contágio do vírus (máscara e álcool em gel) cresceu vertiginosamente em todo país e isto está causando o esvaziamento de prateleiras de farmácias e estabelecimentos congêneres os fornecedores acabam se aproveitando de maneira contestável de uma situação seríssima de saúde pública, aumentando a cada dia o preço de tais bens de consumo

267 Andretta, Filipe. Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%; governo deveria tabelar? Uol, São Paulo, 12 de fevereiro de 2020. Economia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de primeira necessidade. Note-se que são as práticas desses fornecedores que estão oportunizando o consumo predatório desses itens, ainda mais quando se leva em consideração a exclusão de pessoas mais pobres, já que essa parte da população ficará sem acesso a eles e, assim, mais exposta ao risco de contaminação.

Nesse sentido, Freitas (2020) informa que Práticas, portanto, abusivas e lesivas aos consumidores na medida em que os fornecedores, valendo-se do momento de excepcionalidade, abusam de seu poder econômico ou de suas técnicas profissionais com o intuito de impor condições vantajosas sobre o consumidor, elevando sem justa causa, o preço de produtos ou serviços, em direta afronta direta aos incisos IV e X, do art. 39 do CDC.

O CDC compreende que as práticas abusivas, dentre outras, a prática de elevar o preço de equipamentos de proteção individual e alimentos da cesta básica de maneira injustificada, em especial em épocas de emergência sanitária ocasionada por pandemias como, por exemplo a pandemia da COVID-19, algo que também vai de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que as pessoas mais carentes são as mais suscetíveis a serem vítimas do novo coronavirus, em virtude de já se encontrarem em situação de vulnerabilidade social, de forma que é ainda mais agravada se não tiverem acesso aos meios necessários de prevenção.

Blanco (2020), entende que o comerciante possui a liberdade para fixar o preço nos produtos que comercializa, contudo, o valor deve ser compatível com a natureza da mercadoria, para que não seja constatada uma tentativa de lucro desleal do vendedor, diante da crise vivenciada. Da mesma forma, Eckardt (2020) aduz que apesar da livre iniciativa ser um princípio fundamental, deve haver uma ponderação para evitar que existam abusos do direito, e acabem por prejudicar os consumidores, que são os mais vulneráveis com esta situação.

Após as determinações de isolamento, contudo, o foco se deu na impossibilidade de os consumidores adimplirem seus contratos relativos às suas necessidades básicas e de sua família, como água, luz, internet, gás encanado e outros serviços essenciais

Muitos consumidores, por exemplo, se depararam com a continuidade da cobrança das mensalidades das academias, mesmo diante do fechamento de tais empresas em razão do isolamento social, ou seja, diversos consumidores continuaram quitando a mensalidade, mesmo sem poderem utilizar o estabelecimento. Ocorre que a referida prática é completamente ilegal e viola os direitos consumeristas, pois o risco da atividade foi assumido pela empresa e não pode ser repassado para o consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Um setor bastante afetado foi o aéreo, clientes viram suas passagens aéreas serem canceladas, bem como, prezando pela própria segurança, solicitaram o reembolso ou a remarcação das viagens, muitas vezes sendo cobradas tarifas e até mesmo a retenção do valor das passagens. Em virtude da dificuldade de resolução desse dilema extrajudicialmente, diversos consumidores passaram a ajuizar ações com pedidos para obter o valor pago ou a remarcação das viagens. Nesse sentido, a jurisprudência:

> *"JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. CONSUMIDOR. PASSAGEM AÉREA. AQUISIÇÃO POR PROGRAMA DE MILHAGEM. DESISTÊNCIA DOS PASSAGEIROS. CANCELAMENTO COM ANTECEDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RENEGOCIAÇÃO DOS ASSENTOS. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO QUANTO AO VALOR CORRESPONDENTE DAS PASSAGENS. MULTA CONSIDERADA ABUSIVA. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Trata-se de recurso inominado interposto pela parte ré em face da sentença que a condenou a restituir a quantia de R$ 1.640,48 (um mil, seiscentos e quarenta reais, quarenta e oito centavos), correspondente ao total da multa cobrada pela remarcação das passagens adquiridas pela parte recorrida por meio de programa de milhagem. Em suas razões, requer, preliminarmente, a suspensão do feito pelo prazo de 90 dias, prorrogáveis por mais 90, em razão dos imprevistos ocasionados pela pandemia de COVID-19. No mérito, narra que se trata de ação indenizatória na qual a parte autora pleiteia a devolução integral do valor despendido com remarcação de passagens aéreas promocionais adquiridas por meio de programa de milhagem. Defende a exigibilidade da taxa de remarcação/cancelamento de passagens aéreas, conforme previsto no contrato de transporte aéreo e consoante informado aos clientes previamente à aquisição dos bilhetes e no sítio digital da recorrente. Argumenta que o reembolso integral apenas seria possível se a parte recorrida tivesse adquirido as passagens no perfil mais avançado (TOP) ou se tivessem solicitado o cancelamento em 24 horas após a compra. Argumenta que o art. 7.º da Portaria 676/GC-5 do Comando da Aeronáutica estabelece que pode ser descontado de 10% do saldo reembolsável a vinte e cinco dólares americanos, o que somente se aplica às tarifas cheias, não incidindo sobre as promocionais. Com esses argumentos, requer a suspensão do feito e, no mérito, que o recurso seja provido para que os pedidos iniciais sejam*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

julgados totalmente improcedentes. II. Recurso próprio, tempestivo e com preparo regular (ID 16170358). Contrarrazões apresentadas (ID 16170413). III. Não merece prevalecer o pedido de suspensão do feito, pois no âmbito do TJDFT os atos processuais estão sendo realizados de maneira virtual, conforme estabelece a Portaria Conjunta n. 50, de 29 de abril de 2020. IV. À falta de regulamentação legal expressa acerca do reembolso de passagens aéreas, encontra aplicação a norma estabelecida no art. 740 do Código Civil para o contrato de transporte em geral. O dispositivo legal estatui que o passageiro fará jus ao reembolso pelo valor pago, independentemente do motivo da desistência, desde que haja o pedido de cancelamento em tempo hábil para a renegociação. A norma encontra-se em consonância com as diretrizes protetivas da Lei 8.078/90 (CDC), como os incisos II e IV do art. 51, que, respectivamente, consagram a abusividade e consequente nulidade das cláusulas contratuais que subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga ou estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas ou que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. Sendo assim, eventual cláusula contratual que estipule a perda total do valor pago é nula, uma vez que ofende diretamente expresso texto legal. Precedentes: (Acórdão n.1159992, 07414027320188070016, Relator: JOÃO LUÍS FISCHER DIAS 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 20/03/2019, Publicado no DJE: 28/03/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.) e (Acórdão 1172970, 07486586720188070016, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 22/5/2019, publicado no DJE: 30/5/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.) V. Pela mesma razão, ou seja, por contrariar expressa previsão legal e tendo em consideração a hierarquia entre as normas, não merece prevalecer o art. 7.º, § 2.º da Portaria 676/GC-5 do Comando da Aeronáutica, segundo o qual "o reembolso de bilhete adquirido mediante tarifa promocional obedecerá às eventuais restrições constantes das condições de sua aplicação". Como dito, o Código de Defesa do Consumidor, diploma revestido de legitimidade democrática porque oriundo da vontade popular representada pelo Poder Legislativo, estatui a nulidade das cláusulas que impõem ao consumidor onerosidade excessiva, de forma que a Portaria do

> *Comando da Aeronáutica não tem o condão de autorizar a prática. VI. No caso em exame, restou incontroverso que a parte recorrida buscou a resolução contratual em tempo hábil para renegociação das passagens, atraindo a incidência do dispositivo legal acima referido. VII. Outrossim, não tendo a parte recorrente formulado pedido recursal subsidiário, nem esclarecido qual o valor correspondente às passagens aéreas, uma vez que foram pagas por milhas, merece prevalecer a sentença, que determinou a devolução integral da multa paga pela parte autora por falha no dever de informação. VIII. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida. Custas recolhidas. Condeno a parte recorrente vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte autora/recorrida, fixados em 10% do valor da condenação. IX. A súmula de julgamento servirá de acórdão, consoante disposto no artigo 46 da Lei nº 9.099/95."* (Acórdão 1262537, 07059144720198070008, Relator: ALMIR ANDRADE DE FREITAS, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 7/7/2020, publicado no DJE: 17/7/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Como uma tentativa de resolver a questão do setor aéreo foi editada a medida provisória n° 925 de 2020 que dispôs medidas emergenciais. Targa e Squeef (2020) afirmam que o objetivo da referida Medida Provisória foi o de evitar o colapso do setor aéreo, resguardando assim os interesses dos passageiros-consumidores que tiveram seus direitos rechaçados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação à vulnerabilidade, observou-se considerável alteração nas relações de consumo à distância, mais de 30 anos após à edição do Código de defesa do consumidor. De um lado, o empoderamento do consumidor através das mídias sociais e da avaliação de fornecedores; do outro, a possibilidade de utilização massiva de dados coletados por meios digitais como mecanismo de persuasão para vendas.

Observa-se ainda que a quarentena trouxe um consumidor prematuro ao ambiente do e-commerce, o que faz com que sua vulnerabilidade seja acentuada, uma vez que é um ambiente de difícil fiscalização e o consumidor fica à mercê de práticas abusivas, como o marketing agressivo entre outras coisas.

Ocorre que com o advento do coronavírus, muitos comerciantes se aproveitaram da situação e aumentaram exorbitantemente o preço dos produtos, principalmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

daqueles de higiene com comprovada eficácia no que diz respeito ao combate da COVID-19, prática esta vedada por nosso ordenamento jurídico.

A orientação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor é que os consumidores adotem uma conduta ativa, comparando os preços das empresas concorrentes e o preço atual com aquele fixado antes da pandemia, além de analisar a quantidade de ofertas daquele produto no mercado, devendo acionar os órgãos de defesa dos direitos consumeristas ao se deparar com os mais variados tipos de abusos, que atuarão aplicando a penalidade adequada ao caso concreto (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2020, online).

Diante dos fatos apresentados, conclui-se que neste momento é imprescindível que o Estado se faça presente, regulando e monitorando, na medida do possível, as relações de consumo e preservando livre iniciativa. Destarte, o direito do consumidor nasceu da necessidade de se equilibrar a relação contratual, uma vez que inicialmente o consumidor suportava os riscos quase que exclusivamente. Da mesma forma, tanto o legislativo quanto a jurisprudência trilham passagens para a efetivação da proteção ao consumidor, em detrimento a práticas desonestas, abusivas, que tomam força em situações delicadas, de vulnerabilidade, como a vivenciada.

REFERÊNCIAS

ADRIENKO, Olga. **Ecommerce & Consumer Trends During Coronavirus.** Semrush, [s. l.], 20 abr. 2020. Disponível em: https://www.semrush.com/blog/ecommerce-covid-19/. Acesso em: 10 mar. 2021.

Andretta, Filipe. **Preço de álcool em gel e máscaras subiu até 161%**; governo deveria tabelar? Uol, São Paulo, 12 de fevereiro de 2020. Economia. Disponível em: < https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/12/governo-controle-precos-tabelar-mascara-alcool-gel-agua-coronavirus.htm>. Acesso em: 3 mar. 2021

BAPTSTA, Mônica de almeida. **A suspensão do direito de arrependimento pelo regime jurídico emergencial da pandemia COVID-19**: uma análise da vulnerabilidade do consumidor diante das novas relações digitais e da função social da empresa.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**: análise crítica da relação de consumo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Brito, F.J. G. **Direitos do Consumidor**, 15ª edição. São Paulo Grupo GEN, 2018. 9788597017069. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017069/. Acesso em: 12 Apr 202

CEPAL. **Contração da atividade econômica da região se aprofunda devido à pandemia**: cairá -9,1% em 2020. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, [s. l.], 15 jul. 2020. Disponível em: https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/contracao-atividade-economica-regiao-se-aprofunda-devido-pandemia-caira-91-2020. Acesso em: 19 mar. 2021.

CHAVES, S. F. A **Vulnerabilidade e a Hipossuficiência do Consumidor nas Contratações Eletrônicas**. Barueri, SP. Editora Manole, 2015. 9788520452288. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520452288/. Acesso em: 18 May 2021

CNN BRASIL. **O que é o novo coronavírus e o que ele está causando no Brasil e no mundo**. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/04/06/o-que-e-o-novo-coronavirus-e-o-que-ele-esta-causando-no-brasil-e-no-mundo. Acesso em: 9 mai. 2020.

De Souza, Sylvio Capanema, et al. **Direito do Consumido**r. Grupo GEN, 2018. [Minha Biblioteca].

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo; ARAUJO, Andre Villaverde de. **Relações de consumo**: reflexões sobre a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana quanto aos consumidores vulneráveis. Revista de direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo, Brasília, v. 2, ed. 1, p. 36-56, 25 maio 2016. DOI 10.21902/. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/677/671. Acesso em: 17 mar. 2021.

ECKARDT, Daiane; SPECHT, Jonathan. **Novo coronavírus: como a pandemia afeta a livre iniciativa e as relações de consumo**. Anuário Pesquisa e Extensão UNOESC São Miguel do Oeste, v. 5, p. e24514, jun. 2020.

Fernandes, R. R. **Contratos Eletrônicos**: Formação e Validade Aplicações Práticas 2ª Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Grupo Almedina, 2018. 9788584933105. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584933105/. Acesso em: 30 setembro de 2020

FREITAS, Maria; SCHNEIDER, Eliete; SCHERER, Fernanda. **Práticas abusivas em tempos de pandemia COVID-19**. Salão do Conhecimento. Disponível em:

<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/17806L>. Acesso em: dia, mês e ano.

GOVERNO FEDERAL (Brasil). Ministério da Saúde. Covid-19. **Painel Coronavírus**, [*s. l.*], 18 maio 2021. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 18 maio 2021.

GUIMARÃES JÚNIOR, D.; NASCIMENTO, A.; SANTOS, L.; RODRIGUES, G. **Efeitos da Pandemia do COVID-19 na Transformação Digital de Pequenos Negócios**. Revista de Engenharia e Pesquisa Aplicada, v. 5, n. 4, p. 1-10, 23 jul. 2020.

HOEFEL, Fernanda; TRÍPOLI, Marcelo. **O Novo consumidor pós covid-19**. McKinsey & Company, S.I., maio de 2020. Winning the Recovery. Disponível em: https://www.abcem.org.br/emkt/2020/arquivos/o_novo_consumidor_po%CC%81s_Covid_19.pdf. Acesso em 15 de maio de 2021.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital**. Grupo GEN, 2020.

Jones, K. (2020). **COVID-19 The Pandemic Economy**: What are Shoppers Buying Online During COVID-19? from https://www.visualcapitalist.com/shoppers-buying-online-ecommerce-covid-19/ 9.

JONES, Katie. **The Pandemic Economy**: What are Shoppers Buying Online During COVID-19?. Visual Capitalist, [s. l.], 8 abr. 2020. Disponível em: https://www.visualcapitalist.com/shoppers-buying-online-ecommerce-covid-19/. Acesso em: 26 fev. 2021.

LUCCA, Newton de. **Comércio Eletrônico na Perspectiva de Atualização do CDC**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumidor, vol. II, n. 3, set. 2012. Curitiba, 2012.

MARTINS, Magalhães, G. **Contratos Eletrônicos de Consumo**, 3ª edição. Atlas; 2016. Retrieved from vbk://97885970089442016. Acesso em 28 de novembro de 2020.

MCKIBBIN, W.; FERNANDO, R. **The Global Macroeconomic Impacts of COVID-19**: Seven Scenarios. CAMA Working Paper, [S.l.], 19/2020. Disponível em: http://henryjenkins.org. Acesso em: 2 abr. 2020.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais prácas comerciais: interpretação sistemáca do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 125.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. ISBN 978-85-536-0753. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607532. Acesso em: 14 jan. 2021.

ORTEGA-VIVANCO, Mayra. **Efectos del Covid-19 en el comportamiento del consumidor**: Caso Ecuador. Retos, Cuenca , v. 10, n. 20, p. 233-247, marzo 2020 Disponível em <http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S139086182020000200233&lng=es&nrm=iso>. Acessado em 1 de fevereiro de 2021.

Patricia, P. **Direito Digital**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. 9788502635647. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/. Acesso em: 30 setembro 2020

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2002.

Tarcísio, T. **Comércio Eletrônico** - conforme o marco civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil, 1 ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

TIC Domicílios – 2019. **Acesso às Tecnologias da Informação e da Comunicação** (TIC). Disponível em:<https://cetic.br/pesquisa/domicilios/indicadores/>. Arquivo capturado em 20 de setembro de 2020

WEBSHOPPERS. 42ª edição 2020. Disponível em: <https://www.ebit.com.br/webshoppers>. Acesso em 25 de setembro de 2020.

www.conteudojuridico.com.br

PRIMEIRAS NOTAS ACERCA DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO DIÁLOGO COMPETITIVO PREVISTA NA LEI 14.133/2021

THALYTA CRUZ FERREIRA: acadêmica de Direito no Centro Universitário de Goiatuba – UNICERRADO.

Resumo: O presente artigo busca analisar, em juízo de primeiras impressões, a novidade trazida pela lei 14.133/2021 (conhecida como a nova Lei de Licitações), qual seja: diálogo competitivo.

Palavras-chave: Licitação. Modalidades de licitação. Diálogo competitivo

Abstract: This article seeks to analyze, in first impression, the novelty brought by law 14.133/2021 (known as the new Bidding Law), namely: competitive dialogue.

Keywords: Bidding. Bidding modalities. Competitive dialogue

Sumário: Introdução. 1. Diálogo competitivo. Considerações finais. Referências.

Introdução

A Lei 14.133 de 01 de abril de 2021 trouxe a modalidade de licitação denominada diálogo competitivo, a respeito da qual se analisou as regras, conceito e aplicabilidade do novo instituto.

A relevância dessa modalidade destacou nos dias atuais, sobretudo pois se trata de uma novidade na legislação brasileira.

De todo modo, ressalta-se que a presente pesquisa não visou o exaurimento de seu objeto, mormente porque se trata de novidade no campo das licitações públicas e ainda não há doutrina ou jurisprudência consolidada acerca do tema. Dessa forma, foram trazidas as primeiras impressões sobre a nova modalidade de licitação à luz da Lei 14.133/2021.

1. Diálogo competitivo

Como o próprio nome já sugere, a modalidade de licitação diálogo competitivo é aquela em que a Administração Pública tem uma necessidade que precisa ser

satisfeita e para que isso ocorra realiza diálogos com os participantes que preencherem os critérios objetivos expostos no edital, vejamos o conceito:

> Artigo 6º, XLIII, da Lei 14.133/2021 – diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

O diálogo competitivo é uma modalidade utilizada para contratar objeto nas seguintes condições: "inovação tecnológica ou técnica, impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração"268. Ou seja, essa modalidade é utilizada quando a Administração Pública não consegue nos meios e modalidades de licitação já existentes atender a sua necessidade.

Assim, a Administração Pública "abre" um diálogo para satisfazer sua necessidade observando a solução técnica mais adequada para aquela situação, os requisitos técnicos apropriados para executar a realização da necessidade e a estrutura financeira e jurídica do contrato, conforme dispõe o artigo 32, II, alíneas a, b e c, da Lei 14.133/2021.

A modalidade será conduzida por comissão composta por pelo menos três servidores efetivos ou funcionários públicos que compõe os quadros permanentes da Administração, ademais, a legislação dispõe que será admitida a contratação de profissionais para o assessoramento técnico da comissão, ambos assinarão um termo de confidencialidade e não participarão de atividades que possam configurar conflito de interesse (art. 32, §1º, XI e art. 32, §2º da Lei 14.133/2021).

De modo nenhum a Administração Pública pode agir de forma discriminatória revelando informações para o favorecimento de algum licitante, por outro lado se um licitante concordar em revelar suas informações ou propostas de soluções a outros

268 Art. 32, inciso I, alíneas a, b e c, da Lei 14.133/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

participantes a Administração Pública pode revelar, vejamos o artigo 32, §1º, IV, da Lei 14.133/2021: "a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento".

O procedimento da modalidade em questão inicia-se com um edital, publicado em sítio eletrônico oficial, contendo as necessidades e exigências que a Administração Pública definir, bem como, pode conter, a realização de fases sucessivas – podendo restringir soluções e propostas. Esse edital estabelecerá prazo mínimo de vinte e cinco dias para que os interessados manifestem interesse na participação da licitação. Além do mais, é importante mencionar que todos aqueles que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos no edital serão admitidos.

Posteriormente, as reuniões com os admitidos na primeira fase serão marcadas e podem ser mantidas até que a Administração identifique a solução de sua necessidade de forma plena. Além disso, todas as reuniões deverão ser registradas em ata e gravadas (áudio e vídeo).

Após a fase das reuniões inicia-se a fase competitiva, nessa fase a Administração divulgará um novo edital contendo a solução chegada, especificando cada ponto e determinando critérios objetivos para que se chegue a seleção da proposta mais vantajosa. Os licitantes pré-selecionados terão um prazo não inferior a sessenta dias úteis para apresentarem suas propostas e a Administração Pública pode solicitar que os licitantes ajustem suas propostas ou esclareçam alguns pontos apresentados nas propostas. Desse modo, Administração escolherá a proposta mais vantajosa como vencedora.

Considerações finais

Depreende-se da análise feita nesse trabalho científico que a nova modalidade de licitação diálogo competitivo possibilitará que a Administração Pública resolva com mais facilidade suas necessidades, sejam elas obras, serviços ou compras, de forma mais efetiva sempre visando a proposta mais vantajosa.

Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Lei 14.133, de 1 de abril de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14.133.htm, Acesso em: 08/04/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1020 de 09/06/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454