

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1100

(Ano XIV)

(02/07/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

QR code do Volume 1100



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1100, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 561 f.

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

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Tipos de pesquisa científica
Benigno Núñez Novo, 09.

ARTIGOS

A responsabilidade civil das instituições financeiras por crimes praticados no ciberespaço no âmbito das operações bancárias

Ludne Nabila de Oliveira Barroso, 18.

Contrato de trabalho intermitente. A Crítica ao Processo Legislativo e a Necessidade de Aperfeiçoamento de um Instrumento Eficiente à Redução do Desemprego.

Gustavo Jonasson de Conti Medeiros, 30.

Alienação Parental das Pessoas Idosas e Pessoas LGBTQIA+ por Analogia a Alienação Parental da Criança e do Adolescente.

Jaquelina Leite da Silva Mitre, 64.

Justiça de transição: verdade, justiça, memória, reparação e reformas institucionais

Carla Viviane Oliveira do Nascimento, 86.

O rompimento do testamento no direito sucessório brasileiro

Allan Santos Soares, 103.

Da possibilidade de uso do habeas corpus em sede de execução penal

Guilherme Barbosa Franco Pedreschi, 119.

Direitos fundamentais: aspectos básicos para sua compreensão preliminar

Dimitrius Gomes de Souza, 140.

Assédio processual na Justiça do Trabalho

01/07/2022 04:04 | Ivahyr Pessoa Lebre Silveira, 151.

Teletrabalho híbrido – reflexão sobre as estratégias normativas para garantia de um trabalho digno

Aparecida Caroline Leão de Araujo, 196.

Razão e fé: a conciliação durante o medievo

Vinícius Gabriel Viana de Jesus, 219.

A importância da acessibilidade e inclusão social dos estudantes com deficiência física no Brasil

Hudson Barros dos Santos, 231.

O comportamento do consumidor e a influência do marketing digital

Demerson Aparecido Luciano e Leandra Alexia de Aguilar Fioreze, 266.

A perda de uma chance e a (im)possibilidade de se estabelecer critérios objetivos para fixar o valor da indenização

Ludne Nabila De Oliveira Barroso, 281.

A condenação do réu ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, conforme o art. 385 do CPP e a violação do sistema acusatório.

Gláucia Auxiliadora Crivellari, 301.

Crimes virtuais contra as crianças: estupro virtual

Hugo William Dias, 316.

O papel da Defensoria Pública como “custos vulnerabilis” à luz da jurisprudência do STJ.

Larissa Nunes de Carvalho, 333.

Um estudo da jurisprudência do habeas corpus no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Guilherme Barbosa Franco Pedreschi, 344.

Análise dos requisitos da medida provisória pelo Poder Judiciário: violação à separação de poderes ou controle necessário?

Ivahyr Pessoa Lebre Silveira, 376.

A redução da maioria penal no Brasil frente aos tratados internacionais de proteção à criança e ao adolescente

Betina Schreiner, 386.

O pacote anticrime e seus reflexos para a sociedade brasileira

Jéssica Maria de Moura e Silva, 398.

O apadrinhamento afetivo como instrumento para a garantia do direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar e comunitária

Livia Martins Nunes Braga, 420.

Caso Dominic Mark Phillips e Bruno da Cunha Araújo Pereira à luz do relatório de país publicado no ano de 2021 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Raynan Paulo Aparecido Silva de Almeida, 434.

O instituto da anticrese e suas peculiaridades

Shirleny Miranda Silva Cirqueira, 440.

O etiquetamento na política criminal de combate às drogas

Vinícius Gabriel Viana de Jesus, 452.

Psiquiatria forense e o direito penal

Natielli de Carvalho Cortez, 464.

Análise da ação direta de inconstitucionalidade nº 1.950/ SP à luz do direito econômico

Ithaiara Carvalho Lima, 481.

O psicopata no ordenamento jurídico penal brasileiro

Naiara Aparecida Bortolozo Sabion, 490.

MONOGRAFIA

A eutanásia à luz da Constituição Federal e do direito penal moderno: uma abordagem histórica, sociológica, cultural e jurídica.

Jéssica Maria de Moura e Silva, 504.

TIPOS DE PESQUISA CIENTÍFICA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre os tipos de pesquisa científica. Sua finalidade é descobrir respostas para questões mediante a aplicação do método científico.

PALAVRAS-CHAVE: Tipos; Pesquisa; Científica.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo estudiar brevemente los tipos de investigación científica. Su propósito es descubrir respuestas a preguntas aplicando el método científico.

PALABRAS CLAVE: Tipos; Investigación; Científica.

ABSTRACT: This article aims to briefly study the types of scientific research. Its purpose is to discover answers to questions through the application of the scientific method.

KEYWORDS: Types; Search; Scientific.

INTRODUÇÃO

Pesquisa científica é a realização de um estudo planejado, sendo o método de abordagem do problema o que caracteriza o aspecto científico da investigação. Sua finalidade é descobrir respostas para questões mediante a aplicação do método científico.

O objetivo de uma pesquisa tem a intenção de esclarecer aquilo que o pesquisador pretende desenvolver, desde os caminhos teóricos até os resultados a serem alcançados.

Estabelecer os objetivos de pesquisa indica o que o pesquisador pretende investigar e caracteriza sua visão a respeito do assunto ou tema.

Para se iniciar uma pesquisa científica o primeiro passo é a elaboração do projeto de pesquisa, que é a mola propulsora para o bom desenvolvimento da mesma.

TIPOS DE PESQUISA CIENTÍFICA

Tipos De Pesquisa Científica Quanto À Abordagem

Inicialmente, ainda na fase de escrita do projeto de pesquisa, a primeira classificação de uma pesquisa feita é fundamental para estabelecer outras questões, como, por exemplo, a metodologia.

Em relação à abordagem, as pesquisas científicas sempre podem ser qualitativas ou quantitativas, ou ainda, agregar as duas classificações. A escolha vai depender da área, do objeto e dos objetivos.

Tipo de Pesquisa qualitativa

A pesquisa qualitativa considera que existe uma relação entre o mundo e o sujeito além daquela traduzida em números.

Essa modalidade de pesquisa é descritiva, e o pesquisador tende a analisar seus dados indutivamente.

Para essa abordagem de pesquisa, há subjetividades e nuances que não são quantificáveis por si só.

Tipo de Pesquisa quantitativa

Já, a pesquisa quantitativa considera que tudo é quantificável, ou, que quantificar os fenômenos possibilita uma melhor análise, de forma mais imparcial.

Isso significa traduzir opiniões e números em informações utilizadas para a sua classificação e posterior análise.

Tipos De Pesquisa Científica Quanto À Natureza

A segunda forma de classificar uma pesquisa científica é quanto à sua natureza. Igualmente há suas classificações, a pesquisa básica e a aplicada.

Tipo de Pesquisa básica

De forma direta, a pesquisa básica objetiva gera conhecimentos novos para avanço da ciência sem aplicação prática prevista.

Tipo de Pesquisa aplicada

Por sua vez, a pesquisa aplicada objetiva gera conhecimentos para aplicações práticas dirigidas à solução de problemas específicos.

Tipos De Pesquisa Quanto Aos Objetivos

Igualmente a pesquisa científica deve ser classificada quanto aos seus objetivos.

Também está classificação dependerá do objeto, metodologia empregada e problema de pesquisa.

Quer dizer, não pode ser escolhido de forma aleatória, deve ter um fim específico.

Pesquisa exploratória

A primeira delas, a pesquisa exploratória objetiva proporcionar maior familiaridade com um problema.

Para tanto, envolve levantamento bibliográfico, entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema, além da análise de exemplos.

Assumindo, em geral, a forma de pesquisas bibliográficas e estudos de caso.

Pesquisa descritiva

Em segundo lugar, a pesquisa descritiva objetiva caracterizar certo fenômeno, como, por exemplo, descrever as características de certa população.

Assim, estabelecendo relações entre variáveis, o que envolve técnicas de coleta de dados padronizados, como questionários e técnicas de observação.

No geral, assume a forma de levantamento.

Pesquisa explicativa

A última categoria por objetivos, a pesquisa explicativa, visa identificar os fatores que determinam fenômenos e explica o porquê das coisas.

Segundo Gil (2007, p. 43), uma pesquisa explicativa pode ser a continuação de outra descritiva, posto que a identificação de fatores que determinam um fenômeno exige que este esteja suficientemente descrito e detalhado.

Desta forma, assume em geral as formas de pesquisa experimental e pesquisa ex-post-facto.

Tipos De Pesquisa Quanto Aos Objetivos

Igualmente a pesquisa científica deve ser classificada quanto aos seus objetivos.

Também esta classificação dependerá do objeto, metodologia empregada e problema de pesquisa.

Quer dizer, não pode ser escolhido de forma aleatória, deve ter um fim específico.

Pesquisa exploratória

A primeira delas, a pesquisa exploratória objetiva proporciona maior familiaridade com um problema.

Para tanto, envolve levantamento bibliográfico, entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema, além da análise de exemplos.

Assumindo, em geral, a forma de pesquisas bibliográficas e estudos de caso.

Pesquisa descritiva

Em segundo lugar, a pesquisa descritiva objetiva caracterizar certo fenômeno, como, por exemplo, descrever as características de certa população.

Assim, estabelecendo relações entre variáveis, o que envolve técnicas de coleta de dados padronizados, como questionários e técnicas de observação.

No geral, assume a forma de levantamento.

Pesquisa explicativa

A última categoria por objetivos, a pesquisa explicativa, visa identificar os fatores que determinam fenômenos e explica o porquê das coisas.

Segundo Gil (2007, p. 43), uma pesquisa explicativa pode ser a continuação de outra descritiva, posto que a identificação de fatores que determinam um fenômeno exige que este esteja suficientemente descrito e detalhado.

Desta forma, assume em geral as formas de pesquisa experimental e pesquisa ex-post-facto.

Tipos De Pesquisa Científica Quanto Aos Procedimentos

Muitas vezes a escolha dos procedimentos são demoradas e complexas porque o número de opções é bastante amplo. Abaixo tentamos deixar o conteúdo mais didático e direto para facilitar essa escolha e os caminhos das pesquisas.

Pesquisa experimental

Em primeiro lugar, na pesquisa experimental se determina um objeto de estudo.

Conforme Gil (2007), a pesquisa experimental objetiva seleciona as variáveis que seriam capazes de influenciar o objeto.

Além disso, devem-se definir as formas de controle e de observação dos efeitos que a variável produz no objeto.

b) Pesquisa bibliográfica

Já, a pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de material já publicado, como livros, artigos, periódicos, Internet, etc.

Pode dizer que essa categoria de pesquisa é um tipo de revisão bibliográfica, ou levantamento bibliográfico.

Neste mesmo sentido, Gil (2007, p. 44) explica que os exemplos mais característicos desse tipo de pesquisa são investigações sobre ideologias ou aquelas que se propõem à análise das diversas posições acerca de um problema.

c) Pesquisa documental

A pesquisa documental é elaborada a partir de material que não recebeu tratamento analítico.

Assim, a diferença entre ela e a anterior é que as pesquisas bibliográficas são feitas a partir de materiais já publicados.

Por exemplo, um texto jornalístico pode ser elaborado de um material sem tratamento analítico, então documental.

d) Pesquisa de campo

Por sua vez, a pesquisa de campo se caracteriza pelas investigações realizadas por meio da coleta de dados junto às pessoas, somando à pesquisa bibliográfica e/ou documental.

Para tanto, depende da junção de recursos de diferentes tipos de pesquisa, como, por exemplo, a pesquisa ex-post-facto, pesquisa-ação, pesquisa participante, entre outras.

e) Pesquisa ex-post-facto

A pesquisa ex-post-facto investiga possíveis relações de causa e efeito entre um determinado fato e um fenômeno que ocorre posteriormente.

Assim, a principal característica é o fato de os dados serem coletados após a ocorrência dos eventos.

Por exemplo, um estudo sobre a evasão escolar, quando se tenta analisar suas causas. Já, num estudo experimental, seria o inverso, se analisa enquanto se testa.

f) Pesquisa de levantamento

A pesquisa de levantamento é utilizada em estudos exploratórios e descritivos, podendo ser de dois tipos:

1. de uma amostra;
2. de uma população (censo).

Desta forma, a coleta de dados se realiza através de questionários ou entrevistas.

Por isso, de acordo com Gil (2007, p. 52) os estudos descritivos são os que mais se adequam aos levantamentos. Exemplos são os estudos de opiniões e atitudes.

g) Pesquisa com survey

Por meio do tipo de pesquisa com Survey, visa buscar informações diretamente com um grupo de interesse a respeito dos dados que se deseja obter.

Portanto é um procedimento útil especialmente para as pesquisas exploratórias e descritivas.

As pesquisas de opinião sobre determinado atributo e a realização de um mapeamento geológico ou botânico são bons exemplos.

h) Estudo de caso

O estudo de caso envolve o estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos buscando profundo detalhamento.

Por isso é amplamente usada nas ciências biomédicas e sociais porquanto tem o condão de conhecer em profundidade o como e o porquê de uma determinada situação que se supõe ser única em muitos aspectos.

Para a autora Alves Mazzotti (2006, p. 640), os exemplos mais comuns para esse tipo de estudo são os que focalizam apenas uma unidade: um indivíduo (como os casos clínicos descritos por Freud), um pequeno grupo (como o estudo de Paul Willis sobre um grupo de rapazes da classe trabalhadora inglesa), uma instituição (como uma escola, um hospital), um programa (como o Bolsa Família), ou um evento (a eleição do diretor de uma escola).

i) Pesquisa participante

A pesquisa participante depende do envolvimento e identificação do pesquisador com o grupo de pessoas investigadas.

Exemplos de sua aplicação são o estabelecimento de programas públicos ou plataformas políticas e a determinação de ações básicas de grupos de trabalho.

j) Pesquisa-ação

No formato de pesquisa-ação se associam a teoria e a ação.

De modo que os pesquisadores e participantes da situação ou problema se envolvem de modo cooperativo ou participativo.

k) Pesquisa etnográfica

A pesquisa etnográfica é o estudo de um grupo ou povo, do modo que algumas características são bastante marcantes, como:

1. O uso da observação participante, da entrevista intensiva e da análise de documentos;

2. A interação entre pesquisador e objeto pesquisado;
3. A ênfase no processo, e não nos resultados finais;
4. visão dos sujeitos pesquisados sobre suas experiências;
5. a não intervenção do pesquisador sobre o ambiente pesquisado.

Por exemplo, as pesquisas realizadas sobre os processos educativos com o intuito de conhecer profundamente os diferentes problemas que sua interação desperta.

I) Pesquisa etnometodológica

O termo etnometodologia designa uma corrente da Sociologia norte-americana, que surgiu no final da década de 1960. Seu principal marco fundador a publicação do livro de Harold Garfinkel *Studies in Ethnomethodology* (Estudos sobre Etnometodologia), em 1967 (COULON, 1995, p. 7).

Ou seja, o termo se refere às estratégias que as pessoas utilizam cotidianamente para viver.

Deste modo, visa compreender como as pessoas constroem ou reconstróem a sua realidade social.

A análise etnometodológica esclarece de que maneira as coisas vêm a ser como são nos grupos sociais, de que maneira cada grupo e cada membro apreende e dá sentido à realidade e por quais processos intersubjetivos a mediação da linguagem entre os grupos e seus lugares constrói a realidade social que afirmam (COULON, 1995, p. 90).

Assim, para a pesquisa etnometodológica, fenômenos sociais não determinam de fora a conduta humana. A conduta humana é o resultado da interação social que se produz continuamente através da sua prática cotidiana.

CONCLUSÃO

Pesquisa científica é o produto de uma investigação detalhada e meticulosa, que busca responder o problema proposto, alicerçando-se em mecanismos científicos. Assim a pesquisa científica segue todos os processos e normas metodológicas para que a investigação seja validada e representativa.

A produção científica, embora seja pouco valorizada pela população leiga brasileira, ela é de extrema importância para o desenvolvimento do país. É por meio dela que novos testes para cura de doenças e a evolução tecnológica de ponta seja efetivamente praticada no país, dentre outros fatores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES MAZZOTTI, A. J.; GEWANDSZNAJDER, F. **O método nas ciências naturais e sociais**: pesquisa quantitativa e qualitativa. São Paulo: Pioneira, 1998.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: **informação e documentação: referências**: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

COLLADO, Carlos Fernandez; LUCIO, Maria Del Pilar Baptista; SAMPIERI, Roberto Hernandez. **Metodologia de pesquisa**. Porto Alegre: Penso - Artmed, 2013.

COULON, Alan. **Etnometodologia**. Trad. de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 1995.

GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1994. 207 p.

RODRIGUES, André Figueiredo. **Como elaborar referência bibliográfica**. 7. ed. São Paulo: Humanitas, 2008.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 22^a ed. São Paulo: Cortez, 2001.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR CRIMES PRATICADOS NO CIBERESPAÇO NO ÂMBITO DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

LUDNE NABILA DE OLIVEIRA BARROSO:
Servidora Pública da Justiça Federal (SJTO)

RESUMO: O presente estudo possui como tema a Responsabilidade civil de instituições financeiras por crimes praticados no ciberespaço no âmbito das operações bancárias. A hipótese levantada é a de que as instituições financeiras possuem responsabilidade civil em tais casos. O seu objetivo consiste em analisar a ocorrência da Responsabilidade civil de instituições financeiras por crimes praticados no ciberespaço no âmbito das operações bancárias. O método utilizado é o dedutivo com a técnica exploratória bibliográfica. No estudo foi destacada a Responsabilidade Civil, iniciando em seus conceitos, pressupostos e finalizando em espécies de responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Abordou, ainda, sobre crimes virtuais, de forma mais panorâmica, ressaltando os crimes mais comuns, e os meios de prova. Por fim, o estudo buscou, ainda, verificar a responsabilidade civil das instituições bancárias quanto aos crimes virtuais. Na conclusão, observou-se que a jurisprudência nacional tem se mostrado a favor da responsabilização dos bancos nos casos de fraudes na internet que lesam a conta de seus clientes.

Palavras-Chave: Instituições financeiras. Crimes virtuais. Responsabilidade civil.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo monográfico possui a seguinte temática e delimitação: Responsabilidade civil de instituições financeiras por crimes praticados no ciberespaço no âmbito das operações bancárias. Sua problemática consiste em: Como se configura a Responsabilidade civil de instituições financeiras por crimes praticados no ciberespaço no âmbito das operações bancárias? A hipótese levantada é a de que as instituições financeiras possuem responsabilidade civil na ocorrência de crimes praticados no ciberespaço no âmbito de suas operações, considerando a atividade de risco prevista na legislação.

Para responder à problemática proposta, o objetivo geral consiste em analisar a ocorrência da Responsabilidade civil de instituições financeiras por crimes praticados no ciberespaço no âmbito das operações bancárias. Por seu turno, os objetivos específicos consistem em: Pesquisar sobre a evolução da informática e da internet ; Explanar sobre os crimes virtuais e seus pressupostos; Explicitar sobre os métodos de investigação de crimes virtuais, bem como a produção de provas em juízo, com enfoque na responsabilidade civil.

A justificativa do estudo decorre do fato de que as tecnologias de comunicação e informação vêm produzindo uma mudança categórica na forma de ver e pensar, o mundo

virtual tornou-se um ambiente de interação, ambiente este que fornece várias formas e espaços de aprendizagem, nesses espaços os agentes podem interagir, atuar de forma colaborativa, construir conhecimentos, enviar mensagens, acessar conta bancária, comprar produtos ou serviços, baixar um filme, ser membro de uma rede social, e desenvolver atividades complexas em áreas como medicina, economia, direito, comunicação, ambiental, acadêmica, pública, corporativa entre outras.

A quantidade de delitos no mundo virtual aumenta exponencialmente, considerando estudos de autores especializados na área. Mecanismos de roubo de senhas, tais como *spams*, cavalos de Tróia, entre outros dispositivos, faz com que o computador fique vulnerável. A sociedade perde a segurança de suas transações e de seus acessos à rede mundial de computadores, visto que passa a sofrer as consequências colaterais do uso de programas maliciosos. De um modo geral, os crimes cibernéticos são os ilícitos penais praticados com o uso da informática, em especial da internet.

O resultado a ser apresentado na presente pesquisa decorrerá de uma análise quanto à aplicabilidade da responsabilidade civil das instituições bancárias em crimes cibernéticos, considerando a atividade de risco e a necessidade dos bancos aprimorarem seus recursos tecnológicos em combate ao crime organizado e, em especial, na proteção de seus clientes.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS POR CRIMES PRATICADOS NO CIBERESPAÇO NO ÂMBITO DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

2.1 OS CRIMES VIRTUAIS PRATICADOS NO ÂMBITO DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS

Fraude bancaria cometida por hacker (como é comumente conhecido o invasor virtual), as ações dos rebeldes do mouse se caracterizam por explorar falhas de vulnerabilidade em sistemas ou em provedores de acesso a internet uma vez feito a checagem dessas possíveis falhas os meliantes enviam alguns programas maliciosos chamados de Phishing Scam que executa um código malicioso no computador da vítima, este código irá alterar as configurações de proteção do navegador de internet para usar o proxy definido pelo golpista (INELLAS, 2018).

O proxy é configurado para entrar em ação somente nos sites dos bancos, sites comuns não passam pelo intermediário, garantindo o acesso normal a web. Quando um site bancário é acessado, porém, o proxy toma conta. Em vez de direcionar o usuário ao site verdadeiro, ele envia uma página falsa ao navegador. Qualquer informação enviada ao

site malicioso é repassada aos criminosos, que poderão realizar a fraude com os dados da vítima (CRESPO, 2011).

Muitas das vezes esses criminosos usam técnicas de engenharia social pedindo a confirmação por e-mail de dados cadastrais como nome completo, endereço, telefone e principalmente número do CPF, senha do banco e número da conta. Feito isso fica fácil retirar os valores de uma conta bancária através de transferências para outras contas como também a prática de efetuar o pagamento de títulos e boletos de compras efetuadas na internet ou ainda carregando celulares pré-pagos registrados com nomes falsos (INELLAS, 2018).

O estelionato eletrônico, a título de exemplo, evolui bastante durante os anos, mas mantém os mesmos vícios de quando antes a conduta é a mesma de manter ou induzir a vítima ao erro, para com isso manter vantagens ilícitas para si ou para outrem o uso constante da internet tem como consequência a prática cada vez mais constante desse delito na sociedade. Muitas das ações se configura assim o falsário acessa indevidamente o correio eletrônico dos usuários de internet, se utiliza também de cópias de dados e senhas no sistema bancário podendo fazer transferências de valores de uma conta para outra e em caso de contas sem saldo, mas com crédito pré-aprovado chegam a tomar empréstimos para efetuar transações como compra de eletroeletrônicos de viagem e por aí vai (GRECO FILHO, 2020).

Por seu turno, o crime de falsificação de cartão de crédito é tipificado no Projeto de Lei 84/99 que inclui novos crimes ao código penal. Dessa forma o texto equipara a prática de roubo de dados de cartão de crédito ao de falsificação de um documento particular. Quem for acusado de cometer este crime estará sujeito à reclusão de um a cinco anos de prisão ou pagar multa.

Os falsificadores de cartões são especialistas em roubo de informações bancárias e réplicas de documentos. Normalmente, agem sem deixar suspeitas através de truques que deixam equipamentos supostamente confiáveis com aspecto inalterado. Crimes ligados à falsificação de cartões têm início em caixa eletrônico e máquinas de pagamento através de crédito ou débito disponíveis nas mais diversas lojas e prestadoras de serviço. As fraudes são mais constantes do que se imagina, e os recursos utilizados são simples, mas contam com a ajuda de aparatos tecnológicos como câmeras de vídeo e celulares.

Nos caixas eletrônicos, o truque é fazer do equipamento um disfarce para a armadilha: é uma armação que não vemos, mas que está por trás dele, que recolhe os dados das vítimas. Em alguns casos, câmeras instaladas em placas falsas no topo do caixa filmam a digitação da senha enquanto um "chupa cabra" suga todas as demais informações

por força, tudo parece normal, mas a entrada do cartão contém por dentro um leitor e um chip que capturam e armazenam as informações.

Outro método é a colocação de uma réplica de teclado, que grava toda a digitação, sobre o verdadeiro. Há, ainda, mecanismos que prendem o cartão: a situação força o cliente a contatar o banco através do telefone disponibilizado ao lado do caixa, que também é adulterado, e encaminha a ligação aos fraudadores, que podem pegar senhas e cadastros completos através de uma simples conversa. O cartão, que é recuperado pelos bandidos após o cliente sair do local, pode então ser utilizado normalmente para efetuar saques ou outras transações (ZULIANI, 2020).

Nas máquinas de crédito e débito presentes nas lojas, o que é bem similar. Os bandidos, geralmente, simulam serem técnicos das operadoras de cartão e dizem que vão fazer manutenção da máquina. Na verdade, instalam o “chupa cabra” para conseguir os dados do cartão. Em ambos, caixas e máquinas, o processo acontece em segundos. Basta uma única operação, como uma consulta de saldo ou pagamento de baixo valor. Fórmulas para não passar por qualquer dessas situações não existem, mas algumas formas de evitar o ataque e dificultar a ação dos mal intencionados são: quando utilizar o equipamento é importante reparar se há alguma carcaça estranha ou alguma resistência de se inserir o cartão e em caso de alguma suspeita é aconselhado acionar o banco bloquear o cartão de imediato e procurar a polícia para fazer o boletim de ocorrência.

2.2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DE CRIMES VIRTUAIS E OS MEIOS DE PROVA

A Constituição Federal comina às polícias Federais e Cíveis, a investigação de crimes. Com isso, ambas as polícias desempenham a função de polícia judiciária, visto que auxiliam o judiciário em suas atribuições, em especial à do *jus puniendi*. Com isso, pode-se dizer que a investigação criminal consiste em um apanhado de atos pertinentes à apuração de prática de crimes, com a verificação da materialidade e autoria deles (GRECO FILHO, 2020).

Mirabete (2019, p. 35), a esse respeito ensina que:

Praticado um fato definido como infração penal, surge para o Estado o *jus puniendi*, que só pode ser concretizado através do processo; é na ação penal que deve ser deduzida em juízo a pretensão punitiva do Estado. A fim de se propor a ação penal, entretanto, é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, sendo o mais comum que isso seja obtido como Inquérito Policial.

A investigação criminal serve para dar suporte à ação penal, com o fulcro de proporcionar ao Ministério Público a oportunidade de pleitear em juízo a punição dos autores de ilícitos, satisfazendo assim a justiça e à punibilidade. Sobre essa questão, o ilustrado Fernando Capez (2020, p. 111) ressalta que o direito de punir consiste em um:

Direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a consequente satisfação da pretensão punitiva.

A investigação criminal é fundamental para a efetivação dessa punição. Para tanto, é instrumentada por intermédio do Inquérito Policial, que consiste em, conforme lições do citado autor, um apanhado de diligências diligenciadas pela polícia judiciária com o fulcro de apurar crimes e suas respectivas autorias, a fim de auxiliar o Ministério Público e o Poder Judiciário na obtenção da verdade real (HIRONAKA, 2019).

A grande novidade que se pode usar em prol da justiça está contida na própria internet, com ela o suposto infrator do delito utiliza-se do dinamismo proporcionado pela rede para a prática de atos ilícitos. Contudo, o mesmo dinamismo oferecido pela internet pode auxiliar no sentido de que, com esta, pode-se obter uma cópia exata dos elementos que configuram a conduta e fizeram parte da transação ilícita. Esses elementos referem-se a mensagens com caráter criminoso que circularam pelo cyber espaço, seja e-mail, ou sites de relacionamento; ou mesmo a danificação mecânica do aparelho que configura também um ilícito penal.

O Código de Processo Penal prescreve no seu artigo 158 que, quando a infração ao deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, ou seja, é necessário que se colha as provas da existência do crime por intermédio da perícia técnica. Isso significa que qualquer informação que confirme ou rejeite alguma hipótese serve de definição de prova.

A prova consiste em um conjunto de atos praticados, seja pelas partes envolvidas no processo, pelo magistrado ou por terceiros com o fito de proporcionar ao juiz a certeza da existência de um fato.

Conforme Vicente Greco Filho (2020, p. 187):

O objeto da prova são os fatos. Nem todos os fatos, porém, devem ser submetidos a atividade probatória. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los.

O Código de Processo Penal, a partir do artigo 158, enumera uma série de meios de prova, os quais são apenas exemplificativos, visto que são admissíveis quaisquer provas que não contrariem o Direito. Esses meios de prova são os seguintes: O exame de corpo de delito e outras perícias; O interrogatório do acusado; A confissão; As perguntas à vítima; As testemunhas; O reconhecimento de pessoas e coisa; A acareação; Os documentos; O indícios; A busca e apreensão.

O e-mail pode ser considerado como uma espécie de documento. No entanto deverá, como meio de prova. Nota-se que o e-mail poderá, em virtude de interceptação e outros mecanismos, sofrer as alterações em sua forma e conteúdo, de modo que não poderá, nesses casos, servir como objeto de prova. Indício é o sinal que demonstra o crime, são consideradas provas indiretas. Para alguns não corresponde prova, mas sim uma quase prova (BITTAR, 2019).

Conforme preceitua o CPP (art. 240, caput) a busca pode ser pessoal (quando houver fundada suspeita de a pessoa ter arma consigo ou demais coisas proibidas ou de valor probatório) ou domiciliar (durante o dia e com o mandado judicial). Havendo apreensão de objeto, deverá ser feito o indispensável auto de apreensão.

No caso de busca e apreensão decorrente de crimes virtuais é comum que seja apreendido o computador do criminoso. Na busca e apreensão de computadores é admissível no direito penal pátrio, dentro do sistema de prova intitulado busca e apreensão. Após a mencionada busca, os peritos analisarão o computador, com o fito de buscar provas pertinentes à prática do crime virtual (VILLAR, 2020).

Como pode-se notar o processo de produção de provas nestes tipos de delitos é extremamente complexo e demorado, que exige pessoal altamente especializado, e que dificilmente aceita-se erros, pois com isso pode-se comprometer todo o procedimento tornando imprestáveis as provas já produzidas (COUTURE, 2019).

Diante disso a dificuldade para na solução do problema apresentado no presente trabalho fica ainda mais indefinida, pois o usuário fica indefeso diante da atuação de criminosos cada vez mais especializados e a polícia, por mais que avancem em aparatos técnicos em delegacias especializadas dificilmente consegue identificar os delitos e seus autores.

2.3 ACESSO À JUSTIÇA E RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS

A única possibilidade de obter-se o reparo de um direito lesado ou que estejam sob ameaça é por intermédio da ação diante o Poder Judiciário que, pela mera e suficiente

razão do dever de imparcialidade de seus órgãos jurisdicionais, não pode agir de ofício, salvo em raríssimas exceções (ROSSINI, 2020).

A esse respeito, Frederico Marques (2021,p. 43) preleciona que

A própria Constituição, ao declarar os direitos individuais e suas garantias, prescreve normas que incidem diretamente sobre a proteção processual dos direitos e interesses do cidadão em face do Poder Público e de outros cidadãos. A Ação, como direito ao processo ou como direito de pedir tutela jurisdicional do Estado, está entre os Direitos e Garantias Individuais que a Constituição solenemente enumera, ali também encontrando-se a previsão de remédios processuais rápidos e seguros para a pronta restauração de direitos subjetivos atingidos por atos arbitrários do Poder Público (MARQUES, 2021, p. 34).

Nessa toada, é na Constituição Federal que habitam garantias fundamentais de todo sujeito de direito e, especialmente, aquelas que proporcionam sem discriminação o livre acesso ao Poder Judiciário e à justiça.

Assim, no *caput* do artigo 5º da Carta Magna destaca o princípio da igualdade ao expressar veementemente que *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”*e, de forma mais singular estabelece no inc. XXXV que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

Indubitavelmente, é no Direito Constitucional ou mais especificamente na Constituição que o Direito Processual localiza sua força e estrutura, haja vista é ali que habitam os princípios basilares do direito de ação, de defesa, do contraditório, da publicidade, do devido processo legal, do juiz natural, entre outros.

A Constituição Federal determina que o Judiciário se pronuncie quando provocado. Não importando qual seja a lesão ou a ameaça, o judiciário deverá agir e exercer a aplicação da lei, garantindo a incolumidade do Direito e das pessoas. Qualquer pessoa, quando ameaçada ou lesionada, poderá buscar no judiciário a satisfação de seus direitos. O acesso à justiça, assim como o acesso ao Poder Judiciário o qual é derivado daquele, está prevista na Constituição Federal, artigo 5º, XXXV: que determina a inafastabilidade do Poder Judiciário frente a lesão ou ameaça de direito. Nesse sentido, pode-se dizer que qualquer pessoa poderá pleitear junto aos órgãos jurisdicionais os seus direitos ameaçados ou prejudicados.

Para ilustrar é indispensável citar o célebre jurista italiano Cappelletti (2018, p. 5)

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental _ o mais básico dos Direitos Humanos _ do sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos [...] o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.

O acesso à justiça deverá ser reconhecido como primordial para a efetivação dos direitos individuais. Ora não se pode garantir direitos se não existir meios contundentes para aqueles que, ao se sentirem ameaçados ou lesados, desejem procurar a resolução do litígio. O acesso à justiça é requisito fundamental para a efetivação dos Direitos Humanos, não como um fim, mas como um meio para assegurar os direitos, entre os quais os mais elementares, do ser humano. Sem acesso à justiça não existe lide e nem jurisdição. As pessoas deverão poder acessar à justiça para que esta exerça o seu poder-dever. A Lei e o Judiciário deverão assegurar formas para que a população tenha mais facilidade no acesso à justiça (PINHEIRO, 2018) .

Ante o princípio do acesso à justiça e do instituto da Responsabilidade Civil, os bancos possuem responsabilidade civil em caso de crimes virtuais praticados em suas esferas que venham a causar danos a alguém, nos termos da Lei.

A jurisprudência possui fartos exemplos a respeito. A título de ilustração, o Tribunal do Rio de Janeiro vem entendendo que as instituições financeiras devem arcar com os prejuízos acarretados por fraudes na internet, invocando a possibilidade de inversão do ônus da prova. Veja-se:

DTZ1034997 - RESPONSABILIDADE CIVIL DE BANCO INTERNET OPERACOES FINANCEIRAS FRAUDE DANO MORAL Apelação. Código de Defesa do Consumidor. Possibilidade de inversão do ônus probatório. Fraude em operações financeiras realizadas na página do banco-réu na "Internet". Responsabilidade de natureza objetiva do banco, fundada no risco profissional. Ameaça de inscrição do nome

dos autores no SERASA. Obrigação de restituição em dobro das quantias cobradas e pagas ilegalmente. Dano moral caracterizado. Dever de indenizar. Reforma parcial da sentença. Provimento do 1. recurso. Provimento parcial do 2. recurso. (TJRJ - AC 396/2005 - 6ª C.Cív.- Rel. Des. Siro Darlan De Oliveira - J. 26.04.2005).

O entendimento do Tribunal de São Paulo segue na mesma linha de raciocínio, conforme explicitado a seguir:

DTZ1742466 - DANO MORAL - Responsabilidade civil - Contrato Bancário - Movimentação bancária não autorizada, via Internet - Dano moral caracterizado - Obrigação de indenizar - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Inversão do ônus probatório - Indenização arbitrada em R\$ 15.000,00 - Prova decorrente da experiência comum - Inteligência do artigo 335 do Código de Processo Civil - Valor equitativo e que guarda relação com o dano moral sofrido - Decadência afastada - Prazo previsto no artigo 27, do Código de Defesa do Consumidor - Questão "sub judice" que não se enquadra nas hipóteses de "vício do produto ou serviço", mas no "fato do produto ou do serviço" - Ação procedente - Recurso provido

Não obstante, os bancos poderão serem abarcados pelo instituto da excludente da responsabilidade civil, conforme os ditames do caso concreto. Os atos praticados no exercício regular de um direito, em legítima defesa ou em estado de necessidade, bem como situações de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro, são causas excludentes de responsabilidade, no âmbito da ilicitude como do nexos causal (MIRABETE, 2019).

Destaca-se, nesse sentido que é gradativo o quantitativo de oportunistas, os quais simulam certo prejuízo oriundo de uma suposta falha no produto ou serviço bancário em busca do enriquecimento sem causa. Tal fato faz com que o judiciário seja abarrotado com grande número de ações judiciais movidas com o fulcro de desconstruírem relações jurídicas estabelecidas sem vícios. Nesse caso, aplica-se a excludente da culpa exclusiva da vítima, a qual, por dolo, busca auferir lucros tendo por base falsos prejuízos. Ainda, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula nº 479, a qual estabelece que: "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias".

A esse respeito, destaca-se que :

Os bancos foram inseridos no círculo da responsabilidade objetiva e diversas razões conspiram para aceitabilidade do entendimento. Primeiro, o disposto no art. 14 da lei 8.078/90 (CDC) que dispensa a prova da culpa para proteger o consumidor vítima das operações bancárias e, depois, pela própria gestão administrativa das agências, pois mirando atender bem para conquistar ou manter a clientela, finaliza providências planejadas com esse desiderato sem executá-las com o cuidado exigido para a segurança dos envolvidos, direta ou indiretamente. A abertura de conta corrente com documentos falsos é um exemplo didático do que se escreve aqui e, embora os estelionatários tenham atingido uma performance quase perfeita na apresentação dos documentos exigidos, a conta é aberta com entrega de diversos talonários para aquele que, sem provisão de fundos, sai do banco inundando o comércio de cheques frios emitidos em nome de um terceiro inocente (o titular dos documentos utilizados). Com a devolução das cartões sem a compensação, duas vertentes nocivas acontecem.

Porém, no caso concreto estando configurado o abuso do direito pelo agente, não haverá exclusão de responsabilidade e ele responderá pelo excesso indenizando a vítima, conforme art. 187 do Código Civil, *in verbis*: "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

É de se observar que existem casos em que há a culpa concorrente entre a vítima, ora cliente do banco, e o agente, esta situação ocorre quando se faz necessária a conduta do agente somada a conduta do cliente do banco para configurar o dano, neste caso não há exclusão de responsabilidade, apenas atenuação dela, que será compartilhada entre agente e vítima. No caso dos bancos, ressalta-se que, partilha-se o prejuízo, ou seja, o banco será responsável pelo dano causado, mas a culpa do cliente diminui o valor a ser pago pela instituição bancária. Neste caso, banco deverá arcar com o ônus de provar a concorrência de culpa (ROSSINI, 2020).

Conclui-se que nem sempre a invocação de uma causa excludente de ilicitude ou de nexos causal não necessariamente implicará exclusão da responsabilidade, e com isso ainda que invocada poderá existir o dever de indenizar, devendo ser analisada a particularidade de cada caso concreto.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão, ressalta-se que as dificuldades encontradas para a realização deste trabalho foram muitas. Apesar de muito discutido, o tema abordado ainda é recente, necessitando ainda de legislação específica e principalmente doutrina no País. Muito precisa evoluir, principalmente no que se refere à responsabilidade dos bancos em casos de crimes praticados em âmbito virtual.

Não obstante, apesar de existir a responsabilidade civil das instituições bancárias no caso de crimes cibernéticos que levam seus clientes ao prejuízo, não se pode olvidar os casos inerentes às excludentes da responsabilidade, tal fartamente explicitados pela doutrina pátria. Destaca-se, a título de hipotética ilustração, que um cliente que fornece seu cartão de crédito para terceiros, propositalmente ou não, em tese, dificilmente encontrará guarida no instituto da responsabilidade civil na ocorrência de prejuízo.

Ora, quanto ao caso supracitado, destaca-se que os danos nefastos ao seu patrimônio financeiro foram causados em virtude da culpa da vítima, e não em decorrência da inércia ou falha de instituições financeiras no que tange à proteção dos dados do advogado correntista. O magistrado deverá ter bastante cautela em tais contextos fáticos, de modo que se evite uma industrialização do instituto de reparação de danos, causando, com isso, insegurança jurídica ao Sistema Financeiro Nacional.

Portanto, sempre que houver prejuízo em razão de transações bancárias efetivadas pela internet poderão os lesados exigir que os danos sejam reparados através das ações de indenização.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Lopes. **Aplicação das excludentes de responsabilidade civil aos bancos.** Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13666/aplicacao-das-excludentes-de-responsabilidade-civil-aos-bancos/2>>. Acesso em 23 de junho de 2022

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CAPELETTI, Mauro. **Acesso à Justiça.** São Paulo: Fabris, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Manual de Processo Penal.** São Paulo, Saraiva, 2020.

CARNEIRO, Adenele Garcia. **Crimes virtuais: elementos para uma reflexão sobre o problema na tipificação.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_eitura&_id=11529> Acesso em 26 de agosto de 2018.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil.** Trad. de Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Responsabilidade civil**. 10 edrev atual e ampl São Paulo Saraiva 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2020.

HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: DelRey, 2019.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Crimes na Internet**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2018.

MARQUES, Ana Flavia da Silva. **Um olhar sobre a experiência do programa justiça comunitária**. 2008.

MIRABETE, JulioFabbrini. **Manual de Direito Penal – v. 1**. São Paulo..., Atlas, 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 129

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** 6ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. TJRJ - AC 396/2005 - 6ª C.Cív.- Rel. Des. Siro Darlan De Oliveira - J. 26.04.2005

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. TJSP - Apelação Cível 7.070.755-8 - 19ª C. Dir. Priv. - Rel. Desemb. Sebastião Alves Junqueira - J. 24.04.2007

VILLAR, Alice Saldanha. **A responsabilidade civil dos bancos por fraudes e delitos praticados por terceiros em operações bancárias**. Disponível em <https://alice.jusbrasil.com.br/artigos/241116662/a-responsabilidade-civil-dos-bancos-por-fraudes-e-delitos-praticados-por-terceiros-em-operacoes-bancarias> Acesso em 23 de junho de 2022.

ZULIANI, Ênio. **Responsabilidade dos bancos diante da súmula 479 do STJ**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161926,71043-Responsabilidade+dos+bancos+dian+te+da+sumula+479+do+STJ>>. Acesso em 23 de junho de 2022.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. A CRÍTICA AO PROCESSO LEGISLATIVO E A NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO DE UM INSTRUMENTO EFICIENTE À REDUÇÃO DO DESEMPREGO.

GUSTAVO JONASSON DE CONTI MEDEIROS:

Advogado. Sócio de Iokoi Advogados. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Especialista em Direito Sindical pela FGV/SP. Especialista em Direito material e processual do Trabalho pela Fundação FIEO. Graduado em Direito pela FIEO. Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/SP Subsecção Pinheiros.

RESUMO: Trata-se de análise das premissas pelas quais o contrato de trabalho denominado intermitente foi inserido no ordenamento jurídico, indicando as distorções que ocorreram ao longo do processo legislativo até a conclusão do texto final e dos requisitos de validade desta modalidade contratual. O percurso da elaboração legislativa e os debates revelam importantes reflexões em torno da possível interpretação objetivando uma proposta cujo desafio pretende sanar as falhas consideradas no texto final.

Palavras-chave: processo legislativo; contrato intermitente; reforma trabalhista.

ABSTRACT: The article encompasses the analysis of the premises by which the work contract called intermittent was inserted in the legal system, indicating the distortions that occurred throughout the legislative process until the conclusion of the final text and the validity requirements of this contractual modality. The course of legislative procedure and the debates reveal important reflections around the possible interpretation aiming at a proposal whose challenge intends to remedy the flaws considered in the final text.

Keywords: legislative process; intermittent contract; labor reform.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2 - A inclusão do tema no projeto de lei. 3 - Dos posicionamentos favoráveis e contrários ao contrato de trabalho intermitente. 4 - O contrato de trabalho intermitente. 5 - Das particularidades do contrato de trabalho intermitente. 6 - Outras questões relevantes envolvendo o contrato de trabalho intermitente. 6.1 – Igualdade salarial. 6.2 – A inclusão dos trabalhadores em trabalhos intermitentes na Previdência Social. 6.3 – A compatibilização na medidas de prevenção contra doenças ocupacionais nos contratos de trabalho intermitente. Acidentes de

trabalho. 6.4 – Garantias de emprego e o contrato de trabalho intermitente. 6.5 – Utilização de trabalhadores intermitentes em substituição ao empregados em greve. 6.6 – Empregado Público. 6.7 – Cumprimento de cotas. Pessoas com deficiência e aprendizagem. Conclusão. Referências Bibliográficas.

CONTENTS: 1. Introduction. 2 - The inclusion of the theme in the bill. 3 - Positions favorable and contrary to the intermittent employment contract. 4 - The intermittent employment contract. 5 - Particularities of the intermittent employment contract. 6 - Other relevant issues involving the intermittent employment contract. 6.1 - Equal pay. 6.2 – The inclusion of workers in intermittent jobs in Social Security. 6.3 – The compatibility of preventive measures against occupational diseases in intermittent employment contracts. Work accidents. 6.4 – Employment guarantees and the intermittent employment contract. 6.5 – Use of intermittent workers to replace employees on strike. 6.6 – Public Employee. 6.7 – Compliance with quotas. People with disabilities and learning. Conclusion. Bibliographic references.

1. Introdução

O Brasil sofreu profundas transformações na segunda metade da década de 2010, atribuídas, boa parte, à crise econômica que o país atravessou naquele momento e, em especial, o receio de retorno dos tempos de inflação crônica¹ e índices crescentes de desemprego².

A época foi marcada por uma sequência de decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito no Direito do Trabalho, que, não raro, divergiam de entendimentos antes assumidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, a exemplo das decisões proferidas em sede de medida cautelar nos autos da ADPF nº 323/DF, que suspendeu os efeitos da Súmula nº 277, ou então a antecipação de um provável

1 **Inflação oficial fica em 10,67% em 2015, a maior desde 2002.** Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/inflacao-oficial-fica-em-1067-em-2015.html>. Acesso em 29/07/2021.

2 **Número de desempregado no Brasil sobe 12,5% de 2016 para 2017.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/numero-de-desempregados-no-brasil-sobe-125-entre-2016-e-2017>. Acesso em 29/07/2021

reconhecimento de inconstitucionalidade dos termos da Súmula nº 331, como se vê do voto do Ministro Luiz Fux, nos autos do RE 760.931-DF.

Sobre o tema, o Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho³, publicou artigo no qual discorre sobre as divergências entre os Tribunais, em trabalho no qual se propõe a fazer uma “análise psicológica do Direito”, diante da disputa entre os Tribunais.

Já no campo político, o Brasil passava por uma crise muito grave que culminou no *impeachment* da Presidente da República, Dilma Rousseff. O cargo foi assumido pelo então vice, Michel Temer, sob os protestos de boa parte da imprensa, que o acusa até hoje da articulação de um golpe⁴ para a deposição da mandatária.

Todos esses fatores permitiram que o Brasil se tornasse palco de uma sequência de medidas com o objetivo claro de alteração do modelo, até então adotado, no âmbito do Direito do Trabalho. Exemplos muito nítidos destes novos tempos são a edição da Lei nº 13.429, que rompeu barreiras no tocante à terceirização e, principalmente, o advento da Lei nº 13.467, alcunhada como “Reforma Trabalhista”.

O presente estudo visa refletir, no âmbito do processo legislativo, exatamente sobre uma – de tantas outras – parte não menos polêmica da Reforma Trabalhista, qual seja o chamado **contrato de trabalho intermitente**, que, embora seja um modelo muito experimentado em outros países, no Brasil acabou tendo o tratamento de mera regulamentação dos chamados “bicos”⁵.

2. A inclusão do tema no projeto de lei.

A introdução do contrato de trabalho intermitente no ordenamento legal não foi objeto de um projeto concebido com essa finalidade específica, pois a redação original do PL nº 6.787/2016, protocolada em 23/12/2016, de autoria do Deputado Ronaldo Nogueira de Oliveira (PTB-RS), não dedicava uma linha sequer para o tema.

3 **Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do Direito.** Revista de direito do trabalho e seguridade social: vol. 47, nº 217 (maio/jun/2021).

4 Noblat, Ricardo. **Golpista Acidental. A dupla face de Michel Temer.** Revista Veja. Publicado em 18/09/2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/noblat/golpista-acidental/>. Acesso em 01/08/2021

5 JOÃO, Paulo Sergio. **Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo empregatício.** Migalhas. Publicado em 28/09/2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/266147/trabalho-intermitente--novo-conceito-de-vinculo-empregaticio>. Acesso em 29/07/2021.

Somente em 22/03/2017, com a Emenda nº 655/2017, de autoria do Deputado Zé Silva (SD/MG), é que o assunto foi incluído na pauta de debates da Comissão Especial da Reforma Trabalhista da Câmara Legislativa.

A referida emenda ao projeto de lei tinha como propósito inserir ao ordenamento jurídico o contrato de trabalho intermitente em âmbito circunscrito a um ramo de atividade econômica, conforme se extrai da seguinte passagem da justificativa apresentada:

“...O setor de Tecnologia da Informação e Comunicação se insere neste novo contexto do trabalho da economia conhecimento, que é também compartilhado com outros setores. Assim sendo, entendemos que os aperfeiçoamentos ora propostos buscam a melhoria geral do ambiente de negócios, no qual as relações laborais têm expressiva relevância.

Pelo reconhecimento do caráter cíclico do desenvolvimento de projetos tecnológicos – caracterização da figura do trabalhador intermitente.

Os projetos de tecnologia têm natureza cíclica e a sua demanda varia de acordo com as fases de desenvolvimento, maturação e implementação requeridas pelo cliente. Há também situações em que contratos são descontinuados, caracterizando a natureza desse mercado como de alta alternância. Assim, a possibilidade de contratação de trabalhadores intermitentes para endereçar picos de demanda promoverá maior dinamismo para as empresas de tecnologia do Brasil, possibilitando o uso dos recursos que hoje são destinados a atender requisitos legais para as atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação. Esse fenômeno poderá representar aumento por mão de obra qualificada e de altos salários, além de reduzir os custos da sociedade a bens e serviços que promovem o bem-estar. (grifo do original)

Ocorre que o projeto de lei inicialmente concebido exclusivamente para um só ramo de atividade econômica, passou a não ter mais um destinatário específico sendo aplicável indistintamente. Paradoxalmente, a redação – de autoria do Deputado Federal

Ronaldo Marinho (PSDB-RN) aprovada pelo Congresso acabou excluindo tão somente os aeronautas.

Havia uma preocupação voltada para com a velocidade de tramitação e a votação do projeto de lei da Reforma Trabalhista nas duas casas legislativas, razão que, talvez, tenha prejudicado a melhor elaboração do texto final aprovado que, entre a apresentação do projeto inicial (inclusão de 883 emendas ao projeto, 457 emendas ao projeto substitutivo, 145 requerimentos, elaboração de pareceres) e a promulgação da lei, passaram-se apenas 202 dias. Vale lembrar, nesse particular, que, por força de lei, as sessões legislativas são realizadas somente entre 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

Reforçam a afirmação de aqodamento as seguintes passagens do Parecer do Senado Federal nº 34, de 2017, de Relatoria do Senador Ricardo Ferraço (PSDB-ES), e até mesmo explicitam que já havia um acordo com a Presidência da República para depuração do texto após a aprovação, mediante a edição de Medida Provisória:

“...Sem dúvida, uma das principais inovações desta proposta é a criação do trabalho intermitente, feita pelos arts. 443 e 452-A da CLT, na forma do projeto. Não concordamos com os argumentos colecionados pelos opositores da proposta de que ela transfere o risco da atividade econômica da empresa para o empregador, violando a função social da propriedade prevista na Constituição e tratando o trabalhador como um insumo qualquer. Pelo contrário, esta é uma medida destinada a reduzir nossos altos índices de rotatividade e a permitir a inclusão no mercado de trabalho de jovens, mulheres e idosos, que têm maior dificuldade de cumprir a jornada “cheia”.

Entretanto, é necessária cautela. Esta mudança tem que ser feita de maneira segura, e não drástica. Futura medida provisória deve conceder salvaguardas necessárias para o trabalhador e talvez delimitar setores em que este tipo de jornada vai ser permitida.

Muito embora acreditemos que a realidade de diversos setores da economia não se enquadra na lógica do trabalho intermitente, esta regulação não pode ser deixada para ser feita isoladamente pelo mercado. Temos de reconhecer que há enorme desigualdade no grau de maturidade das relações de trabalho pelo País, e que permitir

o trabalho intermitente de qualquer forma pode levar a abusos e à precarização.

Portanto, recomendamos o veto e a edição de medida provisória tratando deste item. Desta forma estaremos também prestigiando os sensíveis argumentos colocados na Emenda nº 51 pelo Senador Armando Monteiro, que é relator do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 218, de 2016, que se aprofunda sobre esta questão. Também caminham na direção do que decidimos os anseios do Senador Cristovam Buarque, autor da Emenda nº 58; da Senadora Kátia Abreu, autora da Emenda nº 185; do Senador Humberto Costa, autor das Emendas nºs 125 e 130; do Senador Lindbergh Farias, autor da Emenda nº 151; do Senador José Pimentel, autor das Emendas nºs 24, 35 e 101 esta última com o Senador Paulo Paim; e da Senadora Vanessa Grazziotin, autora da Emenda nº 3.

Entretanto, **o acordo do Poder Legislativo com o Poder Executivo é que este item seja aprovado conforme o texto atual, sendo posteriormente vetado e possivelmente regulamentado por medida provisória.** Por isso, estão as rejeitadas as seguintes Emendas: nºs 3; 24; 35; 51; 58; 101; 125; 130; 151; e 185". (grifos nossos)

De fato, após aprovação do projeto, sobreveio a Medida Provisória nº 808, de 14/11/2017, a qual não foi convertida em lei e teve a vigência encerrada em 23/04/2018, ocorrendo a reconstituição da redação original, que prevalece até os dias atuais e, cujos termos serão analisados detalhadamente adiante.

3. Dos posicionamentos favoráveis e contrários ao contrato de trabalho intermitente

Desde a inclusão do trabalho intermitente no projeto de lei que introduziu a Reforma Trabalhista, a questão divide posições dos estudiosos e também é objeto de fundada e firme divergência na jurisprudência.

Em sentido favorável à estipulação do contrato de trabalho intermitente, assim se defendeu:

“O trabalho intermitente é realidade produtiva incontornável em alguns setores da economia. Negar tal realidade tem como efeito levar um grande contingente de trabalhadores para a informalidade, diante da inexistência de outra figura jurídica contratual apta a regulamentar tal tipo de prestação de serviços” (BATALHA, 2018, p.136).

E, no lado diametralmente oposto:

“O contrato de trabalho intermitente viola normas internacionais ratificadas pelo Brasil que garantem o direito à remuneração digna e à existência decente, além de afrontarem a Constituição, pois “bico” nenhum garante trabalho e muito menos renda mínima para assegurar alimentação, moradia, saúde, educação, previdência e transporte.

Dirão os defensores da maximização dos lucros empresariais, maquiada de modernidade, que o trabalhador não precisa ficar dependente desse empregador, pois pode ter vários contratos de trabalho nesse formato.

Ora, e como o trabalhador irá se planejar? Quantos vínculos intermitentes precisará manter? Poderá ter outras atividades ou sua vida resumir-se-á a aguardar convocações para trabalhar em qualquer dia e horário? E se não puder responder ao chamado no prazo porque está trabalhando para outro contratante, ainda que tivesse disponibilidade no período proposto? E se ao final do mês não obtiver o suficiente para pagar o aluguel, a luz e as demais contas, que não admitem intermitência?” (ZIMMERMANN, 2017).

Na jurisprudência também não há consenso, embora o Tribunal Superior do Trabalho - reformando a decisão tomada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – já tenha se posicionado por uma de suas Turmas, pela constitucionalidade da lei. Vale transcrever o seguinte trecho da ementa do acórdão⁶, de relatoria do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho:

6 TST-RR-10454-06.2018.5.03.0097. Publicado em: 09/08/2019. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&nu>

“(…) 4. In casu, o 3º Regional reformou a sentença, que havia julgado improcedente a reclamatória, por entender que o trabalho intermitente “deve ser feito somente em caráter excepcional, ante a precarização dos direitos do trabalhador, e para atender demanda intermitente em pequenas empresas” e que “não é cabível ainda a utilização de contrato intermitente para atender posto de trabalho efetivo dentro da empresa”. 5. **Pelo prisma da doutrina pátria, excessos exegéticos assomam tanto nas fileiras dos que pretendem restringir o âmbito de aplicação da nova modalidade contratual, como nas dos que defendem sua generalização e maior flexibilidade, indo mais além do que a própria lei prevê.** 6. Numa hermenêutica estrita, levando em conta a literalidade dos arts. 443, § 3º, e 452-A da CLT, que introduziram a normatização do trabalho intermitente no Brasil, tem-se como “intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria” (§ 3º). Ou seja, não se limita a determinadas atividades ou empresas, nem a casos excepcionais. Ademais, fala-se em valor horário do salário mínimo ou daquele pago a empregados contratados sob modalidade distinta de contratação (CLT, art. 452-A). 7. Contrastando a decisão regional com os comandos legais supracitados, não poderia ser mais patente o desrespeito ao princípio da legalidade. O 3º Regional, refratário, como se percebe, à reforma trabalhista, cria mais parâmetros e limitações do que aqueles impostos pelo legislador ao trabalho intermitente, malferindo o princípio da legalidade, erigido pelo art. 5º, II, da CF como baluarte da segurança jurídica. 8. Ora, a introdução de regramento para o trabalho intermitente em nosso ordenamento jurídico deveu-se à necessidade de se conferir direitos básicos a uma infinidade de

trabalhadores que se encontravam na informalidade (quase 50% da força de trabalho do país), vivendo de “bicos”, sem carteira assinada e sem garantia de direitos trabalhistas fundamentais. Trata-se de uma das novas modalidades contratuais existentes no mundo, flexibilizando a forma de contratação e remuneração, de modo a combater o desemprego. Não gera precarização, mas segurança jurídica a trabalhadores e empregadores, com regras claras, que estimulam a criação de novos postos de trabalho. 9. Nesses termos, é de se acolher o apelo patronal, para restabelecer a sentença de improcedência da reclamatória trabalhista. Recurso de revista conhecido e provido”.

Há ainda pendente o julgamento da ADI 5826, de relatoria do Ministro Edson Fachin, que se posicionou pela inconstitucionalidade dos dispositivos legais que introduziram o contrato de trabalho intermitente na CLT. Já se manifestaram nesses autos, em sentido oposto, os Ministros Nunes Marques e Alexandre de Moraes. Até o momento deste estudo, o julgamento encontrava-se suspenso, diante do pedido antecipado de vistas formulado pela Ministra Rosa Weber.

4. O contrato de trabalho intermitente

O contrato de trabalho intermitente tem o conceito legal previsto no artigo 443, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que assim dispõe:

“Art. 443 (...)

§3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria”.

Depreende-se do texto legal que o contrato de trabalho intermitente é marcado pelos seguintes elementos: (a) subordinação jurídica; (b) ausência de continuidade na prestação de serviços; (c) aplicação indiscriminada a qualquer atividade, com exceção da categoria dos aeronautas, expressamente excluídos.

De imediato, o dispositivo legal trouxe uma grande inovação no campo das relações de trabalho, pois passou a admitir a existência de vínculo empregatício em hipótese na qual não estão presentes, de forma concomitante, todos os requisitos previstos no artigo 3º, da CLT, elastecendo o conceito, até então pacificado, na legislação e na jurisprudência⁷.

A subordinação jurídica na relação de trabalho sofreu considerável inversão de sua presença na relação de emprego pois sua existência depende do empregado. Há uma inversão da prática tradicional em que a celebração do contrato era suficiente para gerar a subordinação do empregado contratado. No trabalho intermitente, a recusa pelo empregado não se caracteriza como ato de indisciplina e o contrato segue incólume, tornando inquestionável a transformação conceitual trazida pelo trabalho intermitente.

A respeito da subordinação, a melhor doutrina observa:

“A subordinação jurídica sempre foi o aspecto mais relevante de sobrevivência do Direito do Trabalho na afirmação da proteção na relação de emprego e da relação de emprego. A subordinação permite ao empregador o exercício dos poderes disciplinar e diretivo, comandos típicos e decorrentes do próprio contrato de trabalho e valerá na relação de trabalho intermitente de forma condicionada à aceitação da convocatória do empregador” (JOÃO, 2017).

Sobre a ausência de continuidade na prestação de serviços, do ponto de vista semântico, a expressão “intermitência” diz respeito à ocorrência de determinado fenômeno em intervalos periódicos. Ocorre, porém, que a legislação não estabelece períodos mínimos de prestação de serviços e, nessa perspectiva, “se a continuidade do contrato de trabalho intermitente for muito espaçada, o elemento da continuidade do contrato de

7 “Vínculo de emprego. Requisitos. O reconhecimento de vínculo empregatício depende da análise dos fatos trazidos a juízo, com a avaliação do conjunto probatório em sua totalidade, na busca dos elementos configuradores da relação de emprego, entre os quais avulta a subordinação, que, entretanto, não dispensa a verificação, também, da pessoalidade, da onerosidade e da não-eventualidade. Presentes os requisitos, o vínculo empregatício resta caracterizado. Recurso Ordinário da reclamada não provido, no aspecto. (TRT da 2ª Região; Processo: 1001554-69.2018.5.02.0703; Data: 26-10-2019; Órgão Julgador: Gabinete da Vice-Presidência Judicial - Tribunal Pleno; Relator(a): Davi Furtado Meirelles). Disponível em: <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001554-69.2018.5.02.0703/2>

trabalho deixa de existir⁸”, o que sugere que a nomenclatura adotada pelo legislador foi imprecisa, isso porque o contrato de trabalho intermitente pode se dar independentemente da intermitência.

E, de fato, o contrato de trabalho intermitente “não é um aglomerado de pequenos contratos de trabalho determinado, mas um único contrato por tempo indeterminado que é caracterizado pela alternância entre períodos de atividade e inatividade⁹”.

Ainda sobre a ausência de continuidade, Francesca Columbu¹⁰, leciona que “a duração do contrato é indiferente à modalidade de exercício da prestação: a duração do contrato poderá ou não ter prazo definido, é que prestação que será exercida de forma descontínua no tempo”.

Por fim, no tocante à indistinção sobre o destinatário da norma, a legislação não se apegou a determinadas atividades que têm natureza transitória. Com exceção dos aeronautas, o contrato é admitido em todas as demais atividades profissionais.

5. Das particularidades do contrato de trabalho intermitente

Dispõe o *caput*, do art. 452-A, da CLT que:

“o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não seja inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não”.

De fato, o referido dispositivo legal trata de indicar que a forma escrita é requisito “ad solemnitatem” do contrato de trabalho intermitente. A jurisprudência¹¹, de forma maciça, já confirmou esta posição.

8 MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**, 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.438

9 FERNANDEZ, Leandro; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Trabalho intermitente**. Curitiba: Juruá, 2020. p.60

10 COLUMBU, Francesca. **O trabalho intermitente na legislação laboral italiana e brasileira**. Revista dos Tribunais, vol. 984/2017, São Paulo: 2017., p. 277-301.

11 “MODALIDADE DE RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO INTERMITENTE. NÃO OBSERVÂNCIA À FORMALIDADE LEGAL. CONVERTIDO EM CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO. PAGAMENTO DE SALÁRIO INFERIOR AO PISO DA CATEGORIA. RESCISÃO INDIRETA. CONFIGURAÇÃO. ESTABILIDADE GESTACIONAL. Porque não atendida a exigência de contrato escrito para a efetiva concretude do contrato

Por sua vez, o art. 2º, da Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018, do extinto Ministério do Trabalho, tratando da forma do contrato de trabalho, foi além; e, além disso, estabeleceu expressamente o dever de anotação do contrato de trabalho intermitente na Carteira de Trabalho e Previdência Social:

“Art. 2º O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na Carteira de Trabalho e Previdência Social, ainda que previsto em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterà:

I - Identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes;

II - Valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, nem inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; e

III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração.

Quanto ao meio de comunicação para a convocação pelo empregador e eventual recusa pelo trabalhador, os parágrafos 1º e 2º, ambos do artigo 452-A, da CLT, estabelecem que:

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

intermitente, tem-se que incide o contrato ordinário por prazo indeterminado. A rescisão indireta decorreu da insuficiência do pagamento do salário. Tratando-se de empregada gestante, é devida a indenização pela estabilidade suprimida. (TRT da 10ª Região; Processo: 0000482-31.2020.5.10.0102.; Data: 08-03-2021; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator(a): Elke Doris Just) (g.n.) Disponível em: <https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000482-31.2020.5.10.0102/2>

Sérgio Pinto Martins¹² adverte que: “Meio eficaz é um tipo aberto. Deve ser um meio de comunicação eficiente que fique comprovado que o empregado tomou ciência da comunicação. Poderá ser escrito, por carta, por telegrama, por notificação em cartório etc”.

Sobre a recusa, é importante dar destaque ao parágrafo 3º, do art. 452-A, da CLT, posto que o dispositivo legal ao estipular que “a recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente”, acabou por quebrar um paradigma no Direito do Trabalho, pois flexibilizou o poder diretivo do empregador.

E neste ponto é tranquila a doutrina:

“A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente: Aqui há uma mudança significativa de rota, pois o empregado que não é intermitente, não pode recusar a convocação para os serviços, sem justificativa legal, sob consequência de estar sujeito ao poder disciplinar do empregador” (SCHIAVI, 2021. p. 420).

Já o parágrafo 4º, do art. 452-A, da CLT, instituiu a fixação de multa ao contratante que, após aceita a oferta, descumpra o contrato estipulado. Trata-se, aqui, pois, de aplicação do dever ao princípio de boa-fé objetiva dos contratantes. Assim dispõe o referido dispositivo legal:

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

Efetivamente, a possibilidade de imposição de multas aos trabalhadores é um dos temas mais polêmicos na redação da lei, o qual, inclusive, havia sido revogado por ocasião da edição da Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, mas, dada a perda de vigência da lei precária e a reconstituição do texto original, a legislação atual prevê expressamente essa hipótese.

12 MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**, 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.456

A doutrina manifesta perceptível indignação: Em obra conjunta, Leandro Fernandez e Rodolfo Pamplona Filho, tratam a questão com perceptível indignação:

“A previsão é chocante.

Partindo das premissas segundo as quais o salário é intangível por constituir-se no meio de sobrevivência do trabalhado, e o empregador pode exercer o poder disciplinar sob variadas formas para sancionar infrações contratuais, o Direito do Trabalho repudia a aplicação de multas ao empregado.

No ordenamento pátrio, houve amparo legislativo para imposição de multas apenas em relação aos atletas profissionais (...)

Idêntica conclusão impõe -se em relação à multa prevista no art. 452-A, §4º, da CLT. Sua admissão implicará uma agressão fatal à intangibilidade salarial. Não tardará até que novas modificações legislativas ampliem o campo de incidência das multas sobre empregados no contrato de trabalho” (FERNANDEZ, 2020. p. 148-149)

Constituem elementos do contrato de trabalho intermitente a existência de períodos de atividade e de inatividade. Sobre a inatividade, o parágrafo 5º, do art. 452-A, da CLT, expressa que o período “não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes”.

Trata-se, aqui, de mais uma novidade no Direito do Trabalho, notadamente uma exceção às disposições constantes do art. 4º, caput, da CLT, que assim dispõe:

“Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

E, por sua vez, o artigo 4º, da Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018, conceitua o período de inatividade e veda expressamente a realização de pagamento de qualquer quantia neste interregno:

“Art. 4º Para fins do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços nos termos do § 1º do art. 452-A da referida lei.

§ 1º Durante o período de inatividade, o empregado poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviço, que exerçam ou não a mesma atividade econômica, utilizando contrato de trabalho intermitente ou outra modalidade de contrato de trabalho.

§ 2º No contrato de trabalho intermitente, o período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador e não será remunerado, hipótese em que restará descaracterizado o contrato de trabalho intermitente caso haja remuneração por tempo à disposição no período de inatividade.

A jurisprudência¹³ já decidiu que a ausência de descontinuidade e inexistência de períodos de inatividade acabaram por invalidar o contrato de trabalho intermitente, que passaria se ser contrato por tempo indeterminado.

A legislação ainda estabeleceu no parágrafo 7º, do art. 452-A, da CLT, o dever de “recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal”.

Sobre a forma de cálculo dos encargos, a doutrina assim leciona:

“O texto legal foi genérico em relação às contribuições previdenciárias, não especificando quais quotas deveriam ser quitadas pelo empregador, e para não pairarem dúvidas a respeito,

13 RECURSO DO RECLAMANTE. CONTRATO INTERMITENTE. NULIDADE. O art. 443 e 452-A da CLT definem o contrato intermitente. Na falta de um dos requisitos do contrato, esse se descaracteriza. No caso foi constatado a falta do requisito da descontinuidade, e da inatividade. O contrato passou a ser por tempo indeterminado. Decisão reformada nesse aspecto. (TRT da 7ª Região. Processo: **0000799-53.2019.5.07.0003**; Data: **17-06-2020**; Órgão Julgador: **Segunda Turma**; Relator(a): **Francisco José Gomes da Silva**. Disponível em:

<https://pje.trt7.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000799-53.2019.5.07.0003/2>. Acesso em 20/08/2021.

o tema foi reiterado no art. 6º da Portaria MTB 349/2018: “Art. 6º No contrato de trabalho intermitente, o empregador efetuará o recolhimento das contribuições previdenciárias próprias e do empregado e o depósito do Fundo de Garantia do tempo de serviço com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.”

Dessa forma, as contribuições previdenciárias devidas devem ser calculadas com base nas verbas salariais pagas durante o mês e pagas no dia 02 do mês subsequente ao trabalhado, como prevê o art. 30, I, “b”, da Lei Federal 8.212/1993:

“Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 1993).

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea anterior, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, inclusive adiantamentos, aos segurados empregados, empresários, trabalhadores avulsos a seu serviço, no dia 2 do mês seguinte ao de competência, prorrogado o prazo para o primeiro dia útil subsequente se o vencimento cair em dia em que não haja expediente bancário; (Redação dada pela Lei nº 9.063, de 1995)”.

E em relação aos depósitos fundiários, o prazo para recolhimento deve ser o dia 07 de cada mês, como prevê o art. 15 da Lei Federal 8036/1990:

“Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta

bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965” (SANTOS, 2017).

O parágrafo 9º, do art. 452-A, da CLT, estabeleceu o direito de o trabalhador intermitente fruir férias a cada doze meses de trabalho, cujo descanso deverá se dar nos doze meses subsequentes, quando o trabalhador não poderá ser convocado para prestar serviços ao mesmo empregador.

Já o art. 2º, §1º, da Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018, prevê a possibilidade de fracionamento do período de gozo de férias em até 3 (três) períodos, aplicando analogicamente ao contrato as disposições dos §§ 1º e 3º, da CLT

Aqui pensamos se tratar de uma questão que merece melhor reflexão:

“Entende-se por férias o direito de o empregado interromper o trabalho por iniciativa do empregador, durante um período variável a cada ano, sem perda da remuneração, cumpridas certas condições de tempo no ano anterior, a fim de atender aos deveres da restauração orgânica e da vida social” (GOTTSCHALK, 1956. p. 14).

Ao estipular a possibilidade de o empregado manter múltiplos contratos de trabalho intermitente, todos independentes entre si, sem qualquer vinculação no tocante aos prazos de férias, parece-nos que o legislador não atentou quanto à necessidade de restauração orgânica do trabalhador. Isso porque os períodos de gozo de férias em múltiplos contratos poderão não coincidir e, assim, o objetivo da norma poderá não ser alcançado, o que também já era observado nos casos de múltiplos empregos,

Outro ponto relevante é um aparente conflito entre o disposto nos parágrafos 6º e 9º, ambos do art. 452-A, da CLT, uma vez que, se o pagamento das férias proporcionais deve ser feito ao término de cada prestação de serviços, o trabalhador já teria, toda antecipada, a remuneração no momento da fruição das férias e nada receberia no momento de interrupção do contrato de trabalho.

Por fim, em relação à rescisão contratual, o parágrafo 6º, do art. 452-A, da CLT, estabelece que “ao final de cada prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento

imediatamente das seguintes parcelas: I - remuneração; II - férias proporcionais com acréscimo de um terço; III - décimo terceiro salário proporcional; IV - repouso semanal remunerado; e V - adicionais legais.

Para apuração dos haveres rescisórios, o art. 5º, da Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018, estabelece a base de cálculo e os períodos a serem observados:

“Art. 5º As verbas rescisórias e o aviso prévio serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado no curso do contrato de trabalho intermitente.

Parágrafo único. No cálculo da média a que se refere o caput, serão considerados apenas os meses durante os quais o empregado tenha recebido parcelas remuneratórias no intervalo dos últimos doze meses ou o período de vigência do contrato de trabalho intermitente, se este for inferior”.

Subsiste no momento da rescisão, o dever de o empregador entregar o recibo de pagamento das verbas rescisórias, cujo documento “deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas” rescisórias.

Pensamos que o prazo para a quitação das rescisórias e entrega dos documentos rescisórios é de 10 (dez) dias, contados do término da prestação de serviços, por aplicação do disposto no art. 477, parágrafo 6º, da CLT, diante da ausência de disposições específicas neste particular.

6. Outras questões relevantes envolvendo o contrato de trabalho intermitente

Como visto anteriormente, a introdução do contrato de trabalho intermitente no ordenamento jurídico brasileiro, implicou a quebra do modelo de contrato de trabalho clássico e colocou em “xeque” a interpretação do Direito do Trabalho, como um todo.

6.1 Igualdade salarial

Dispõe o inciso XXX, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988, que é proibida a “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

Na linha do dispositivo constitucional, o art. 461, *caput*, da CLT, ressoa o princípio de igualdade salarial, ao assim dispor:

“Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade”.

O legislador ordinário trouxe ainda o conceito de “trabalho de igual valor”, conforme estipula o parágrafo 1º, do art. 461, da CLT:

“§1º Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos”.

De seu lado, a jurisprudência contribuiu fortemente para a interpretação do referido princípio constitucional, conforme se extrai do enunciado dos itens II e III, da Súmula de jurisprudência nº 6, do Tribunal Superior do Trabalho:

“II - Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego.

III - A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação”.

Seguindo o mesmo princípio, a Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017, incluiu o parágrafo 12, ao artigo 452-A, da CLT, dispunha que “§12. O valor previsto no inciso II do caput não será inferior àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função”.

Tendo encerrado a vigência da Medida Provisória, o Poder Executivo editou a Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018, cujo parágrafo 3º, do art. 2º, aparentemente segue em direção totalmente oposta ao assim dispor:

“§3º Dadas as características especiais do contrato de trabalho intermitente, não constitui descumprimento do inciso II do caput ou discriminação salarial pagar ao trabalhador intermitente remuneração horária ou diária superior à paga aos demais trabalhadores da empresa contratados a prazo indeterminado”.

Entendemos que a intenção do Poder Executivo foi claramente prestigiar o trabalhador em trabalho intermitente e resguardar o direito de este trabalhador não receber salário inferior aos demais empregados. Entretanto, o dispositivo, s.m.j, não seria capaz de impedir que, se constatado o pagamento de salários superiores aos trabalhadores em trabalhos intermitentes, os empregados contratados a prazo indeterminado, exercendo as mesmas atribuições, possam reclamar equiparação salarial.

6.2 A inclusão dos trabalhadores em trabalhos intermitentes na Previdência Social.

De acordo com a atual redação do art. 9º, alínea “s”, do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, é segurado obrigatório da Previdência Social, o empregado “contratado como trabalhador intermitente para a prestação de serviços, com subordinação, de forma não contínua, com alternância de períodos de serviços e de inatividade”.

Aparentemente, portanto, os trabalhadores em trabalhos intermitentes estão inseridos no sistema de proteção da Previdência Social. O decreto acima mencionado estipula, inclusive, que estes trabalhadores terão “identificação específica em instrumento de prestação de informações à previdência social, de forma a permitir a identificação dos períodos de prestação de serviços e dos períodos de inatividade”, como faz clara a redação do parágrafo 10º, do art. 19.

Além disso, para as trabalhadoras gestantes, em contrato de trabalho intermitente, o legislador cuidou de se preocupar com os critérios para o pagamento do salário-maternidade, conforme se infere do art. 100-B, do mesmo dispositivo legal, abaixo transcrito:

“Art. 100-B. O salário-maternidade devido à empregada intermitente será pago diretamente pela previdência social, observado o disposto no art. 19-E, e o valor da contribuição previdenciária será deduzido da renda mensal do benefício, nos termos do disposto no art. 198, e não será aplicado o disposto no art. 94.

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo consiste na média aritmética simples das remunerações apuradas no período referente aos doze meses que antecederem o parto, a adoção ou a obtenção da guarda para fins de adoção.

§ 2º Na hipótese de empregos intermitentes concomitantes, a média aritmética a que se refere o § 1º será calculada em relação a todos os empregos e será pago somente um salário-maternidade”.

Entretanto, a despeito da aparente proteção, o fato é que não basta aos trabalhadores em trabalhos intermitentes terem um contrato de trabalho firmado, pois o regime previdenciário brasileiro é obrigatório, porém, contributivo.

Em parecer encomendado pelo Fonacate – Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas do Estado – assim se tratou o caráter contributivo do regime previdenciário:

“Todos devem contribuir segundo o esforço que se espera de cada qual para que, ao fim e ao cabo, todos tenham a plenitude da cobertura que o sistema de proteção social está apto a lhes oferecer, nos termos constitucionais” (BALERA, 2019. p. 03).

Disso sobressai, portanto, a possibilidade de haver trabalhadores, com seus contratos de trabalho devidamente registrados em CTPS, que possam apesar disso, ter dificuldades em acessar os benefícios da lei previdenciária.

A situação certamente demandará esforços da jurisprudência especializada, que até então seguia em sentido contrário, conforme pode ser constatado no enunciado da Súmula nº 75, da Turma Nacional de Uniformização da Justiça Federal, que assim dispõe:

“A Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) em relação à qual não se aponta defeito formal que lhe comprometa a fidedignidade goza de presunção relativa, formando prova suficiente de tempo de serviço para fins previdenciários, ainda que a anotação de vínculo de emprego não conste no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS)”.

6.3 A compatibilização na medidas de prevenção contra doenças ocupacionais nos contratos de trabalho intermitente. Acidentes de trabalho.

Parece não haver dúvidas de que as informações constantes dos prontuários médicos se tratam de dados pessoais sensíveis, aos quais é atribuído o dever de sigilo, em respeito ao direito de inviolabilidade, à intimidade e à vida privada dos cidadãos.

Nesse cenário, causa-nos preocupação a hipótese de determinado trabalhador em trabalho intermitente, manter múltiplos de contratos de trabalho e, por não ser possível o compartilhamento de informações entre os empregadores, haver risco de comprometimento da saúde do empregado.

Referimo-nos a eventual prejuízo nas análises individualizadas dos trabalhadores, previstas na Norma Regulamentadora nº 7, com redação trazida pela Portaria nº 6.734, de 9 de março de 2020, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, que instituem o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, em especial, se a concomitância de empregos possa implicar o agravamento de risco ocupacional, pela prática de atividades profissionais incompatíveis entre si.

Outra questão que nos aflige e demandará solução pela jurisprudência, é a hipótese da ocorrência de acidente de trabalho que incapacite, total ou parcialmente, o trabalhador intermitente com múltiplos contratos ativos. A incapacidade, naturalmente, trará reflexos não apenas na relação empregatícia em que o acidente se deu, reverberando em todos os demais contratos ativos.

6.4 Garantias de emprego e o contrato de trabalho intermitente

De forma sintética, a melhor doutrina diferencia os institutos de estabilidade e de garantia provisória de emprego:

“Os trabalhadores brasileiros desfrutam da chamada, impropriamente, “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial”, a qual garante o empregado, dentro de limites temporais, em virtude de interesse da categoria ou circunstâncias especiais. Muitas dessas “estabilidades provisórias” foram criação da jurisprudência e estão até hoje inseridas em leis. A rigor, as hipóteses são de garantia de emprego, pois, se é provisória, não poderá ser estabilidade, embora a expressão seja muito utilizada pela doutrina e pela jurisprudência” (BARROS, 2012. p. 774).

A relevância do estudo das garantias de emprego no contexto do contrato de trabalho intermitente se dá diante de algumas questões fáticas, que tornam absolutamente inócua a existência do direito em questão.

Referimo-nos, especificamente, acerca da possibilidade de existir um determinado contrato ativo, no qual não haja a convocação do empregado e, portanto, permaneça o trabalhador, detentor da garantia de emprego, sem qualquer rendimento no período.

Sobre o tema, a reflexão da doutrina:

“Qual a utilidade prática de assegurar um vínculo empregatício em que a empresa sequer tem o dever de convidar o obreiro para a prestação de serviços? Lamentavelmente, como produto de um déficit civilizatório, em muitos casos, os trabalhadores e trabalhadoras amparados por uma dessas espécies de garantias de emprego ainda são considerados indesejáveis em determinadas organizações. Qual a expectativa concreta, então, de que essas pessoas sejam convidadas para o labor durante esse período?”

Uma das saídas possíveis seria a conversão do contrato intermitente em um contrato de trabalho indeterminado convencional, buscando inspiração no entendimento consolidado acerca da aquisição de garantia de emprego da gestante e do acidentado nos contratos por prazo determinado” (FERNANDEZ, 2020. p 157).

Efetivamente, essa é uma questão que merecerá esforços da doutrina e da jurisprudência, na medida em que a natureza do contrato de trabalho intermitente já admite que o liame seja estabelecido por prazo indeterminado, o que não resolveria o problema da ausência de convocações e, por conseguinte, a inexistência de garantia de rendimentos ao trabalhador.

6.5 Utilização de trabalhadores intermitentes em substituição ao empregados em greve

Dispõe expressamente o parágrafo 2º, do art. 6º, da lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que é “vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento”.

Na mesma linha, o parágrafo único, do art. 7º, do referido dispositivo legal, estabelece que é “vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos (...)”.

Também no mesmo sentido, o parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei nº 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas preceitua que é : “proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.”.

Parece-nos, claro, pois, que a intenção do legislador ordinário, ao proibir a rescisão de contratos de trabalho e a contratação de temporário ou vedar a prática de quaisquer atos que visem criar entraves ao movimento paredista, tem como objetivo assegurar a efetivação do direito de greve, previsto no art. 9º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Diante dessas premissas, nossa conclusão é que a contratação de trabalhadores em contrato de trabalho intermitente ou, mesmo, a convocação de empregados em inatividade para substituição daqueles que aderem ao movimento grevista, não é admitida pelo direito.

6.6 Empregado Público

Por disposição expressa do inciso II, do art. 39, da Constituição Federal de 1988, “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”. O preceito é aplicável para a administração direta e indireta.

Para as empresas públicas, o parágrafo 2º, do art. 173 do texto constitucional vigente, reservou tratamento especial, determinado “à sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive, quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

É, pois, corrente que, trabalhadores nas empresas públicas, aprovados em concursos públicos, possam ser contratados em regime celetista, ou seja, como empregados. Acerca do tema, o Tribunal Superior do Trabalho admite até mesmo a possibilidade de dispensa imotivada de empregados públicos, com exceção daqueles vinculados à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, conforme se infere do enunciado

da Orientação Jurisprudencial nº 24714, da Subseção de Dissídios Individuais I, daquela Corte.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, por meio do item V15, da Súmula nº 331, já admitiu a hipótese da terceirização nas atividades da administração direta e indireta, consignando a possibilidade de responsabilização subsidiária da contratante da mão de obra, quando constatada a culpa.

Diante desse cenário, não nos parece, s.m.j., juridicamente impossível cogitar a contratação de trabalhadores intermitentes por entes da administração indireta, com exceção à Empresa de Correios e Telégrafos.

Em sentido contrário, é o entendimento de Leandro Fernandez e Rodolfo Pamplona Filho¹⁶, os quais defendem a possibilidade de ameaça ao princípio da impessoalidade (CF, art. 37, *caput*) “já que o administrador poderia, por predileção pessoal ou razões mais escusas, beneficiar determinados empregados com o maior número de convocações, em detrimento dos demais”.

Ousamos discordar, respeitosamente, desse entendimento, pelos argumentos já acima expostos, acrescentando que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé”, devendo, quando comprovada a má-fé, haver a punição dos responsáveis, com o rigor da lei.

6.7 Cumprimento de cotas. Pessoas com deficiência e aprendizagem.

14 “247. **SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.** (alterada – Res. nº 143/2007) – DJ 13.11.2007. I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução do precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas judiciais.

15 **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011** (...) V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

16 FERNANDEZ, Leandro; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Trabalho intermitente**. Curitiba: Juruá, 2020. p.163

A Constituição Federal de 1988, destinou tratamento diferenciado às pessoas com deficiência e aos aprendizes. A legislação ordinária, em atendimento ao comando constitucional, estabeleceu que as empresas deverão reservar percentuais específicos de vagas de emprego voltadas ao atendimento dessas pessoas.

No tocante às pessoas com deficiência, o art. 93, da Lei nº 8.213/91, assim estabelece:

“A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I – Até 200 empregados.....2%;

II – De 201 a 500.....3%;

III – de 501 a 1.000.....4%;

IV – De 1.001 em diante.5%.

V – (VETADO).

§ 1º A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social.

§ 2º Ao Ministério do Trabalho e Emprego incumbe estabelecer a sistemática de fiscalização, bem como gerar dados e estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por pessoas com deficiência e por beneficiários reabilitados da Previdência Social, fornecendo-os, quando solicitados, aos sindicatos, às entidades representativas dos empregados ou aos cidadãos interessados.

§ 3º Para a reserva de cargos será considerada somente a contratação direta de pessoa com deficiência, excluído o aprendiz com deficiência de que trata a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

§ 4º (VETADO).

E a razão da proteção conferida às pessoas com deficiência é muito bem sintetizada pela doutrina:

“A deficiência não pode servir de obstáculo para inserção no mercado de trabalho e, conseqüentemente, no meio social. Para o Estado, é uma forma de desvincular-se de encargos previdenciários e fiscais; para pessoa com deficiência, uma maneira de alcançar a plena dignidade.

A determinação de cotas para as pessoas com deficiência é uma maneira rígida, mas eficaz, para a inserção destes trabalhadores ao mercado de trabalho, tendo atuação dos órgão responsáveis, como o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho e Emprego, fator fundamental para o seu cumprimento.

O sistema de cotas é uma forma de ação afirmativa que pretende dar eficácia ao direito fundamental ao trabalho (art. 6º da CR) da pessoa com deficiência, e começa a se consolidar a partir da vigência da Lei nº 13.146, de 09.07.2015, que objetiva a inclusão da pessoa com deficiência em todas as dimensões da vida em sociedade, com absoluto respeito à dignidade da pessoa humana”. (MARTINS, 2016. p. 9)

Em relação aos aprendizes, o art. 429, da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei nº 10.097 de 19/12/2000, também denominada Lei de Aprendizagem, estabelece que:

“Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores

existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional”.

Sobre a inclusão do jovem no mercado de trabalho, a doutrina destaca a necessidade de proteção do Estado, advinda do contrato de trabalho:

“O empregado aprendiz é figura importante no Direito do Trabalho por traduzir fórmula jurídica de inserção da juventude nos benefícios civilizatórios da qualificação profissional pelo caminho mais bem protegido, que é o da relação de emprego. Na tradição da CLT, somente poderia ser aprendiz o trabalhador entre 12 e 18 anos”. (DELGADO, 2019. p. 491)

E o objetivo da Lei de Aprendizagem não foi simplesmente estatístico: a legislação determina a inserção do adolescente no mercado de trabalho de maneira responsável, permitindo que ele possa auferir renda, não se exponha a condições que possam prejudicar seu desenvolvimento como cidadão e, ainda, evite a evasão escolar. É o que se extrai da parte final do parágrafo único, do art. 403, da CLT.

Parece-nos, portanto, que a contratação de empregados por contratos de trabalho intermitente para atingimento das cotas de pessoas com deficiência ou aprendizes, não é capaz de atingir o objetivo da legislação, eis que a finalidade social da norma não seria atingida.

Conclusão

Respeitando os posicionamentos contrários, entendemos que o contrato de trabalho intermitente advindo da edição da Lei nº 13.467/17, que acrescentou o parágrafo 3º, do art. 443 e art. 452-A na Consolidação das Leis do Trabalho, trata-se de um avanço, na medida em que a flexibilização do requisito da continuidade para o reconhecimento da relação de emprego acaba por resultar na formalização de uma relação de trabalho.

É evidente que a legislação tem suas falhas, algumas corrigidas com a edição da Medida Provisória nº 808, de 14/11/2017, cujo texto, lamentavelmente não foi convertido em lei; outras, que merecerão melhor estudo por parte da doutrina, ou até mesmo serem sanadas por meio de negociação coletiva.

Parece-nos, porém, que o melhor caminho seria circunscrever os setores econômicos nos quais a legislação poderia ser aplicada, em especial, as atividades que naturalmente sofrem os efeitos de sazonalidade ou também os serviços que são dimensionados a cada contratação. É o caso, respectivamente, das áreas de turismo e de eventos.

Outra questão que nos aflige e que mereceria a atuação direta do Estado, seria a manutenção de uma renda mínima aos trabalhadores no período de inatividade.

Referências Bibliográficas

ABDALA, Vitor. **Número de desempregados no Brasil sobe para 12,5% de 2016 para 2017.** Agência Brasil, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/numero-de-desempregados-no-brasil-sobe-125-entre-2016-e-2017>>. Acesso em 29/07/2021.

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Enunciados Aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017).** XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf> Acesso em 22/08/2021.

BALERA, Wagner. **Parecer solicitado pelo FONACATE – Fórum Nacional Permanente das Carreiras Típicas do Estado.** 2019. Disponível em: <<https://fonacate.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Parecer-Professor-Wagner-Balera.pdf>> Acesso em 23/08/2021.

BATALHA, Elton. **Trabalho Intermitente: A Reforma Trabalhista Brasileira e a Experiência Estrangeira – Parte I – Direito Individual do Trabalho** In: FILHO, Jorge Cavalcanti Boucinhas; MARTINS, Rafael; MIAZARA, Raphael. Reforma Trabalhista na Visão da Advocacia – Ed. 2018. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais, 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** 8 ed. São Paulo. LTr, 2012.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 6787, de 23 de dezembro de 2016.** Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filenome=PL+6787/2016> Acesso em 29/07/2021.

_____. **Emenda Aditiva ao Projeto de Lei nº 6.787/16 – Reforma Trabalhista.** Inclui no artigo 1º do Projeto de Lei 6.787/16, que altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, as alterações nos arts. 443, e a inclusão dos arts. 452-A e 459-A. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1536517&filenome=Tramitacao-EMC+655/2017+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em 29/07/2021.

_____, **Código de Ética Médica.** Instituído pela Resolução CFM nº 2.217 de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. CFM. Brasília, 2019. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>. Acesso em 29/07/2021.

_____, **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 02/08/2021.

_____, **Consolidação das Leis do Trabalho.** Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Poder Executivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 02/08/2021.

_____, **Turma Nacional de Uniformização.** Justiça Federal Súmula nº 75. 2013. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>> Acesso em 21/08/2021.

_____, **Lei nº 6.019, de 3 janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm> Acesso em 24/08/2021

_____, **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunicada, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM>. Acesso 24/08/2021

_____, **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/l10406compilada.htm. Acesso em 21/08/2021.

_____, **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm . Acesso em 23/08/2021.

_____, **Medida provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017.** Poder Executivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm> Acesso em 02/08/2021.

_____, **Portaria nº 349, de 23 de maio de 2018.** Poder Executivo. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/15752792/do1-2018-05-24-portaria-n-349-de-23-de-maio-de-2018-15752788>. Acesso em 22/08/2021.

_____, **Portaria nº 6.734, de 9 de março de 2020.** Poder Executivo. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-6.734-de-9-de-marco-de-2020-247886194>>. Acesso em 24/08/2021.

_____, Senado Federal. **Parecer do Senado Federal nº 34 de 2017.** Senador Ricardo Ferraço. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5326353&disposition=inline> > Acesso em 02/08/2021.

_____, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323.** Processo nº 9960456-52.2014.1.00.0000. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Ata de julgamento publicada no DJE em 30/08/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4599102>>. Acesso em 30/08/2021.

_____, Tribunal Pleno. **RE 760931/DF.** Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 26/04/2017. Publicado no DJE em 12/09/2017. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>>. Acesso em 30/07/2021.

_____, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5826. Processo nº 0014392-60.2017.1.00.000. Relator: Ministro Edson Fachin. Ata de julgamento publicada no DJE em 03/12/2020. Disponível em: <

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5317595>>. Acesso em 20/08/2021

_____, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 10454-06.2018.5.03.0097**. Órgão Judicante: 4ª Turma. Relator: Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho. Publicado no DJE em 09/08/2019. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=10454&digitoTst=06&anoTst=2018&orgaoTst=5&tribunalTst=03&varaTst=0097&submit=Consultar>>. Acesso em 22/08/2021.

_____. **Orientação Jurisprudencial nº 247 da Seção de Dissídios Individuais 1**. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. I – A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução do precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas judiciais. Brasília. DJ 13.11.2007.

Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/id/355330?com.liferay.asset_publisher.web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_1N7k_redirect=https%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%3A443%2Fweb%2Fguest%2Fojs%3Fp_p_id%3Dcom.liferay.asset_publisher.web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_1N7k%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26com.liferay.asset_publisher.web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_1N7k_cur%3D0%26p_p_resetCur%3Dfalse%26com.liferay.asset_publisher.web_portlet_AssetPublisherPortlet_INSTANCE_1N7k_assetEntryId%3D355330>. Acesso em 21/08/2021.

_____. **Súmula nº 331**. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também

do título executivo judicial. Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: < <https://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 20/08/2021.

_____, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **Processo nº 1001554-69.2018.5.02.0703**. Órgão Julgador: Gabinete da Vice-Presidência Judicial - Tribunal Pleno. Relator: Davi Furtado Meirelles. Publicado no DJE em 26/10/2019. Disponível em: < <https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1001554-69.2018.5.02.0703/2>>

_____, Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. **Processo nº 0000799-53.2019.5.07.0003**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Desembargador Francisco José Gomes da Silva. Publicado no DJE em 17/06/2020. Disponível em: < <https://pje.trt7.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000799-53.2019.5.07.0003/2>>. Acesso em 20/08/2021.

_____, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. **Processo nº 0000482-31.2020.5.10.0102**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relatora: Desembargadora Elke Doris Just. Publicado no DJE em 08/03/2021. Disponível em <<https://pje.trt10.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0000482-31.2020.5.10.0102/2>>

CURY, Anay; RODRIGUES, Matheus. **Inflação oficial fica em 10,67% em 2015, a maior desde 2002**. Globo.com, 2019. Disponível em < <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/01/inflacao-oficial-fica-em-1067-em-2015.html>>.

Acesso em 29/07/2021

COLUMBU, Francesca. **O trabalho intermitente na legislação laboral italiana e brasileira**. Revista dos Tribunais, vol. 984/2017, São Paulo: 2017., p. 277-301.

DELGADO, Maurício Godinho de. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 491

FERNANDEZ, Leandro; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Trabalho intermitente**. Curitiba: Juruá, 2020.

GOTTSCHALK, Elson G. **Férias Anuais Remuneradas**. São Paulo, Max Limonad, 1956.

INTERMITÊNCIA. *In:* **Dicionário Michaelis-UOL**. Disponível em: <
<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/intermit%C3%A2ncia%20/>> Acesso em 22/08/2021

JOÃO, Paulo Sergio. **Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo empregatício**. Portal Migalhas. Publicado em 28/09/2017. Disponível em: <
<https://www.migalhas.com.br/depeso/266147/trabalho-intermitente--novo-conceito-de-vinculo-empregatico>>. Acesso em 29/07/2021

MARTINS, Adalberto; WAITMAN, Helena Silveira A. **O trabalho das Pessoas com Deficiência e a Lei nº 13.146/2015**. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária. Brasil. V. 319. p.9-24. Janeiro/2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**, 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, **Confronto entre TST e STF: uma análise psicológica do direito**. Revista de direito do trabalho e seguridade social, São Paulo, SP, v. 47, n. 217, p. 319-176, maio/jun. 2021.

NOBLAT, Ricardo. **Golpista Acidental. A dupla face de Michel Temer**. Revista Veja. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/noblat/golpista-acidental/>>. Acesso em 01/08/2021

SANTOS, Jackson Passos. **Contrato de trabalho intermitente**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/351/edicao-1/contrato-de-trabalho-intermitente>>. Acesso em 29/07/2021

SCHIAVI, Mauro. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A Reforma Trabalhista e a regulamentação do “bico”**. Biblioteca do MPT/RN. Publicado em 19/09/2017. Disponível em: <<https://bibliotecaprt21.wordpress.com/2017/09/19/a-reforma-trabalhista-e-a-regulamentacao-do-bico-cirlene-luiza-zimmermann/>> Acesso em 29/07/2021.

ALIENAÇÃO PARENTAL DAS PESSOAS IDOSAS E PESSOAS LGBTQIA+ POR ANALOGIA A ALIENAÇÃO PARENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

JAQUELINA LEITE DA SILVA MITRE:

Docência Superior em Direito Privado pela Cândido Mendes. Especialista em Direito Tributário pela Cândido Mendes. Graduada em Direito Pela UNESA

RESUMO: Este artigo pretende trazer a reflexão da lei de alienação parental para o idoso por analogia à alienação parental da criança e do adolescente, bem como a alienação parental da população LGBTQIA+ por analogia à alienação parental da criança e do adolescente e ainda. No que se refere à alienação parental do idoso, pretende-se demonstrar a atuação dos alienadores, motivação e consequências. Na questão LGBTQIA+, busca-se apontar não apenas casos de alienação parental envolvendo crianças adotadas em relacionamento homoafetivo, mas também dar ênfase à vulnerabilidade, bem como a necessidade de se ter mais legislações para casos específicos. Ademais, objetiva apresentar julgados e precedentes já existentes para que seja inserida na lei de Alienação Parental para esses novos grupos de vulneráveis.

Palavras- Chaves: alienação Parental, Vulnerabilidade, Idoso, LGBTQIA+ .

ABSTRACT: This article intends to bring the reflection of the law of parental alienation for the elderly by analogy to the parental alienation of the child and adolescents, as well as the parental alienation of the LGBTQIA+ population by analogy to the parental alienation of the child and adolescent and still. With regard to parental alienation of the elderly, it is intended to demonstrate the role of alienators, motivation and consequences. In the LGBTQI+ issue, we seek to point out not only cases of parental alienation involving children adopted in a same-sex relationship, but also to emphasize vulnerability, as well as the need to have more legislation for specific cases. In addition, it aims to present existing judgments and precedents so that it can be inserted into the Parental Alienation Law for these new vulnerable groups.

Keywords: Parental Alienation, Vulnerability, Elderly, LGBTQIA+.

1.Introdução

O presente trabalho trata sobre o tema de Alienação Parental dos idosos e da população LGBTQIA+, por analogia à Alienação Parental da criança e do adolescente, com ênfase nos direitos humanos à luz da Constituição Federal de 1988.

Nesse diapasão, será conceituada a Alienação Parental da criança e Adolescente, demonstrando estudos e jurisprudências já existentes, bem como pretende demonstrar o quão é tênue a linha que separa as referidas alienações, as similitudes entre elas.

No contexto geral, pretende demonstrar como agem os alienadores e suas intenções, a quem atingem.

Especifica a Alienação Parental do Idoso como, conceitua e ainda demonstra, os direitos lesados que estão acostados no Estatuto do Idoso e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Especifica a alienação Parental da população LGBTQIA+, seus dilemas diante da sociedade, quais são os personagens atingidos por essa alienação, quais são as garantias e direitos dessas pessoas e prováveis soluções.

Por fim, pretende demonstrar que a alienação Parental cabe em vários grupos de famílias e deve ser amparado por lei e ser considerado como crime, por disseminar insegurança, baixa estima, medo, intolerância, desamor e os mais profundos e repudiados sentimentos. Ainda, por violar vários preceitos fundamentais de direitos humanos, como direito a liberdade, liberdade de expressão, direito a uma vida sadia, direito ao convívio familiar, e principalmente a dignidade da pessoa humana.

2. Conceito de Alienação Parental¹⁷

Entende-se como alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, causada ou desvirtuada por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob autoridade, guarda ou cuidado, para que rejeite genitor ou que provoque prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

3. Da Alienação Parental da Criança e do Adolescente

É muito comum se falar sobre alienação parental de crianças e adolescentes. Na maioria das vezes, ocorre com filhos de pais separados, que sofrem pressões psicológicas contra um dos genitores, provocando na criança ou no adolescente o sentimento de raiva,

17 MITRE, Jaquelina Leite da Silva. Alienação Parental do idoso por analogia a alienação parental da criança e do adolescente. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/310635/alienacao-parental-de-idoso-por-analogia-a-alienacao-parental-da-crianca-e-do-adolescente>> acesso em 15 dez 2021.

abandono e tristeza. Tal comportamento faz com que a criança ou o adolescente acredite que o outro genitor não se importa com ela.

Para a proteção dessas crianças e adolescentes, o legislador trouxe na lei de alienação parental (Lei 12.318/1018) alguns recursos de proteção, os quais vêm sendo aplicados e interpretados pelos tribunais da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁹:

AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE REGIME DE GUARDA COMPARTILHADA PARA UNILATERAL. GENITORA QUE ALEGA CONDUTA INADEQUADA DO PAI, COLOCANDO EM RISCO A SAÚDE E EDUCAÇÃO DO MENOR. GENITOR QUE SUSTENTA ALIENAÇÃO PARENTAL. SENTENÇA QUE JULGA PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO, DETERMINANDO UM PLANEJAMENTO DE GUARDA A SER EXECUTADO PELAS PARTES. DISCUSSÃO QUE SE APRESENTA COMPLEXA. PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS QUE NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE A SUSTENTAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR NOS TERMOS EM QUE PROLATADA A DECISÃO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO DOS AUTOS COM ELEMENTOS MAIS ROBUSTOS QUANTO AS ALEGAÇÕES DAS PARTES, COM VISTAS A DISSIPAR DÚVIDAS SOBRE A MEDIDA MAIS ADEQUADA À CRIANÇA. ESTUDO PSICOSSOCIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIO NA HIPÓTESE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. SENTENÇA QUE FIXOU ALIMENTOS, MODIFICANDO O PENSIONAMENTO. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO EM QUE AS PARTES DISCUTEM A PENSÃO DE ALIMENTOS. MATÉRIA ESTRANHA AOS AUTOS QUE VERSA TÃO SOMENTE SOBRE A GUARDA DE MENOR. SENTENÇA ANULADA. APELO PREJUDICADO (Processo n. 0302485-33.2016.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa Des(a). MARIA ISABEL PAES GONÇALVES - Julgamento: 04/07/2018 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. EM SEGREDO DE JUSTIÇA Conclusões: EM SEGREDO DE JUSTIÇA Dgjur - Secretaria da 2ª Câmara)

18 BRASIL. Lei n. 12318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 01 jul. 2019.

19 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0302485-33.2016.8.19.0001. Apelação. Des. Maria Isabel Paes Gonçalves. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31836/alienacao-parental.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2019.

A alienação parental provocada pelos genitores geralmente acontece em consequência de relacionamentos conturbados e separações litigiosas, o que aflora os mais profundos e sombrios sentimentos de egoísmo, ciúme, inveja, traição e vingança nos atos de alienação. Nesses casos, os genitores não percebem que estão cometendo torturas psicológicas em seus próprios filhos. A consequência para a criança ou adolescente é desastrosa e irremediavelmente cruel.

O art. 3º da Lei 12.318/1020, também denominada Lei de Alienação Parental, procura demonstrar a torpeza do assunto.

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.

Deve-se ter consciência de que crianças e adolescentes ainda não possuem um pensamento lógico, firme e maduro para discernir o certo do errado, com suas próprias conclusões, uma vez que seu caráter e seu "*psique*" estão em construção pela própria formação humana.

Por tal motivo, as posturas inadequadas dos pais acabam provocando irreversíveis danos à personalidade e à conduta desses infantes, gerando uma síndrome de comportamento conhecida como Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Segundo os estudiosos²¹ da síndrome acima mencionada, as vítimas da alienação parental tornam-se mais propensas a distúrbios psicológicos, como: ansiedade, depressão e pânico; iminente risco de uso de álcool e drogas como forma de aliviar a dor e a culpa da alienação; risco de suicídio; apresentação de baixa-estima; quando adultas, não conseguem permanecer em relação estável, seja no convívio amoroso ou em relação profissional.

20 BRASIL, op. cit., nota 2.

21 BARROSO, Sérgio Luiz. O que é alienação parental, como ela ocorre e quais suas consequências jurídicas? Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/466078433/o-que-e-alienacao-parental-como-ela-ocorre-e-quais-suas-consequencias-juridicas>> Acesso em: 01 jul. 2019.

Há de se observar que a matéria já é velha conhecida no ordenamento jurídico e que existe amparo na lei 8069/9022 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Trata-se de uma preocupação contínua que cresce a cada ano, com milhares de casos sendo julgados nesse viés da alienação parental.

Segundo a psicóloga clínica Larissa Canan²³, o termo alienação significa a diminuição da capacidade dos indivíduos em pensar ou agir por si próprios. Desse modo, a síndrome citada anteriormente é comum em dois grupos: crianças/adolescentes e idosos.

Explica ainda²⁴:

A alienação frequentemente é sofrida por pessoas idosas e crianças, pois são seres mais desprovidos de capacidade de decisão. É um abuso psicológico praticado pelo alienador.

Segundo GOTTLIEB²⁵,

“Os efeitos da síndrome perduram sobre a criança ou o adolescente, a perda da família intacta, do pai, causando estragos por um longo período da vida, tanto no presente como no futuro. Muitos adultos que foram vítimas de batalha de custódia foram tirados da guarda do pai, tendem a ter uma resistência a ser unidos com este. A perda não é desfeita, a infância não é recapturada. Perde-se para sempre o senso de história, intimidade, perde-se o ganho de valores e moral, a autoconsciência, conhecimentos primordiais, o amor, o contato com a família, e mais. Praticamente nenhuma criança processa a capacidade de proteger-se contra uma perda tão indigna e total.”

4. Providências que podem ser tomadas na identificação da alienação parental

22 BRASIL. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 02 jul. 2019.

23 CANAN, Larissa apud. FAVRETTO, Angélica. Idosos também podem ser alvos de abuso por alienação parental? Disponível em: < <https://www.semprefamilia.com.br/idosos-tambem-podem-ser-alvos-de-abuso-por-alienacao-parental/>> Acesso em: 02 jul. 2019.

24 Ibid.

25 GOTTLIEB apud. MEIRELLES, Fernanda. Consequências da Síndrome de Alienação Parental (SAP). Disponível em: < <https://femorettimeirelles.jusbrasil.com.br/artigos/120002923/consequencias-da-sindrome-de-alienacao-parental-sap>> Acesso em: 03 jul. 2019.

O art. 6º da lei de alienação parental²⁶ dispõe o seguinte:

“Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

O aporte jurídico para as crianças e adolescentes conta com defensores públicos especializados na matéria, juristas renomados, peritos, assistentes sociais e psicólogos para amparar essas crianças.

A Constituição de República proporciona aos brasileiros direitos e garantias fundamentais. No caso das crianças e dos adolescentes, há a tutela da dignidade da pessoa

²⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

humana, do princípio do melhor interesse, da convivência em família e coibição da prática de alienação parental.

A preocupação se adequa ao interesse da sociedade, para tanto se faz necessário identificar os moldes e características da alienação parental, bem como as formas de sua ocorrência, consequências irreversíveis ocasionadas às crianças e aos adolescentes e à entidade familiar respectiva.

As diversas soluções apresentadas pelo ordenamento jurídico demonstram a possibilidade de atuação estatal, diante da latente necessidade de imposição de medidas protetivas e garantidoras dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, com o cunho de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, o desenvolvimento saudável e justo a todos os infantes.

Tendo em vista o disposto acima, a Lei nº 12.318/2010²⁷ traz em seu conteúdo a busca para eliminar de uma vez por todas a alienação parental da criança e do adolescente.

Com toda essa preocupação dos legisladores, ainda assim as estatísticas medem a alienação parental como crescentes casos nos tribunais.

Nesse sentido, o IBGE conta com estudos demonstrados a seguir²⁸:

“Os números da alienação: por que falsas estatísticas prejudicam as vítimas

É impossível saber ao certo ou mesmo estimar o número de filhos (menores de idade) vítimas de alienação parental. Por duas enormes razões: os processos judiciais correm em segredo de Justiça (não podem ser abertos nem em pesquisas acadêmicas, sem autorização expressa) e os conselhos tutelares são pouco procurados - e quando são procurados não alimentam o sistema de informações nacional para a criança e adolescente (SIPIA) sobre com o problema. Entretanto, pessoas irresponsáveis têm tentado disseminar números absolutamente irrealistas para o problema. O que desacredita a luta que travamos para esclarecer a sociedade para um problema tão grave e que afeta tantas famílias.

27 Ibid.

28 BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Estatísticas: alienação parental. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2140.html>> Acesso em: 03 jul. 2019.

Os números oficiais do último Censo, divulgados ano passado pelo IBGE, dão conta que no Brasil existem cerca de 45 milhões de crianças e adolescentes (número referente a faixa etária de 0 a 17 anos). Só de crianças, que é o público vulnerável à alienação (adolescente já tem discernimento para distinguir a verdade da mentira), temos cerca de 39 milhões (faixa etária de 0 a 12 anos). A maior parte delas vive em famílias cujos pais não são separados. As estatísticas existentes de filhos de pais separados compreendem o período 2003 a 2010. Segundo o IBGE, no Brasil existem 618.363 crianças e adolescentes (menores de 18 anos) cujos pais são separados.

De acordo com o IBGE, a taxa de divórcio no Brasil é de 1,8 para cada 1 mil pessoas. E a de separações é de 0,5 para cada 1 mil. Além disso, 40,3% são de casais sem filhos e 22% só têm filhos maiores de idade. Entre 2000 e 2010 foi de 3,7 milhões - só que a maioria (70%) é consensual. O IBGE tem uma pesquisa feita com base em registro civis que mostra que o total de casais separados judicialmente com filhos é de 428.326 no período compreendido entre 2003 e 2010."

Contudo, a sociedade e as autoridades, bem como os legisladores, devem ficar atentos ao referido instituto de forma que consigam coibir tais atos numa luta constante, mesmo que seja esta uma luta sem fim.

5. Da correlação da alienação Parental da Criança e adolescente à Alienação Parental do idoso

Da mesma forma que as crianças são incapazes de perceber o que permeia nas mentes dos alienadores, os idosos também se tornam alvos fáceis desse tipo de conduta de mentes insanas, tendo em vista que nem sempre conseguem compreender o verdadeiro interesse por trás do comportamento daqueles.

É cediço que o idoso tende a ser mais frágil física e emocionalmente, o que o torna mais suscetível aos efeitos da síndrome da alienação parental.

Esses efeitos perduram sobre o idoso até o fim de sua vida ou de sua sanidade mental. O período pode ser longo ou curto, a depender de sua própria capacidade de sobrevida.

Parafrazeando Gottlieb²⁹, a perda não é desfeita no tempo daquele idoso, não é recapturada. Perde-se para sempre o senso de história, intimidade, valores morais, da convivência, do amor, de tudo que foi vivido até então.

As situações de alienação parental da criança e do adolescente que chegam à Corte ainda são de uma minoria privilegiada de conhecimento do homem médio. Os milhares de casos nas classes mais baixas não chegam sequer às Cortes de primeira instância, pela própria dificuldade de identificação e de conhecimento sobre a gravidade do assunto.

Quanto à alienação do idoso, sempre houve um silêncio eloquente do legislador e dos estudiosos do Direito sobre ao tema.

Porém, em 2017, foi apresentado o Projeto de Lei 9446/2017³⁰, que objetiva prever o tratamento do instituto, projeto este ainda tímido em seus efeitos, diante de inúmeros casos jamais identificados pela sociedade.

Autor Carmen Zanotto - PPS/SC Apresentação 20/12/2017 Ementa Altera a Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências, para dispor sobre o abandono afetivo do idoso por seus familiares, e a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

Cabe ressaltar que o Estatuto do Idoso não previu proteção contra Alienação Parental e a Lei de Alienação Parental (Lei n.12318/201031) também não abarcou a conjectura ao idoso, como fez no art. 6º, ao dispor sobre medidas de proteção à criança e adolescente.

A população idosa encontra-se em situação de vulnerabilidade e deve ser amparada pelo princípio da proteção integral de prejuízos afetivos, psicológicos e sociais. Há de se notar que existe uma lacuna legal que se está tentando resolver através de interpretações analógicas e jurisprudenciais.

Mais comum do que possamos imaginar, este é um problema que cresce na sociedade. À medida que a longevidade dos seres humanos alcança maior patamar, com ela crescem também os problemas sociais, os desamparos afetivos, os pais órfãos de seus

29 Gottlieb, op. cit. nota 9.

30 BRASIL. Projeto de Lei n. 9446, de 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167174>> Acesso em: 03 jul 2019.

31 BRASIL, op. cit. nota 2.

próprios filhos, a falta de moradia, de salário, de aposentadoria digna, problema de amparo à saúde, amparo familiar.

Neste sentido, em 2003, o legislador veio a se preocupar com algumas das questões acima e introduziu no ordenamento jurídico, para a proteção do idoso, a Lei 10.74132, denominada Estatuto do Idoso.

Contudo, como dito acima, surge o novo instituto da alienação parental do idoso. Mas como seria tal alienação? Simples, geralmente o que está por pano de fundo é o interesse patrimonial, brigas de herança de pessoa viva. Sim, sabe-se que não existe herança de pessoa viva, mas os herdeiros de determinados senhores ou senhoras vislumbram tal patrimônio com antecedência e, ao contrário do que deveria ser uma conduta normal e de união entre os filhos e familiares, começa aos poucos a alienação ao idoso.

Os primeiros sintomas são constatados no início da fragilidade do idoso, principalmente quando existe mais de um filho. Geralmente, o que já se beneficia de algum patrimônio se insurge com intrigas severas, referentes aos demais filhos. Nesse cenário, o idoso já fragilizado mentalmente, por sua própria senilidade, acaba por concordar com os argumentos utilizados do herdeiro provocador da alienação.

Como exemplo, a Dra. Ivone Zeger³³, advogada especialista em Direito de Família e Herança, explica que os fatores que demonstram que um idoso está sendo vítima desse tipo de alienação podem ser percebidos pelo comportamento daquele que está alienando.

A título de exemplo, um dos filhos passa a auxiliar os pais no pagamento de suas contas, utilizando o próprio valor que eles recebem de aposentadoria. Ele os ajuda a administrar esses recursos e está sempre presente no cuidado diário deles. Repentinamente, um outro filho passa a se interessar por isso, pensando que aquele irmão está se aproveitando do dinheiro dos pais e imagina que deve ter parte naqueles valores. Então começa a colocar os pais contra o irmão que costumeiramente cuidava dos pais,

32 BRASIL. Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm> Acesso em: 03 jul. 2019.

33 ZEGER, Ivone. Entenda a alienação parental. Disponível em: <<http://gengibrecomunicacao.com.br/index.php/2018/01/16/entenda-a-alienacao-parental/>> Acesso em: 04 de jul. 2019.

afastando-o e tomando a frente das decisões. O mais curioso é que o idoso geralmente deposita maior crédito àquele que não o ama de verdade.³⁴

Segundo a advogada, nesse cenário os pais podem começar a se revoltar contra aquele que esteve sempre por perto até cortar relações. Pode acontecer até mesmo que testamentos sejam alterados, para que o filho que induziu a alienação passe a ter maior participação na herança. Por conta dessa série de mudanças, o filho que foi afastado dos pais pode recorrer à Justiça para reverter à situação, antes que o alienado seja interditado e aí não tenha mesmo como responder por si³⁵.

A intenção do alienador é atingir o psicológico do idoso, para que esse repulse os demais herdeiros, geralmente filhos, e esses idosos acabam por acreditar que estão sendo vítimas de abandono dos demais filhos. A crueldade é tamanha que o idoso sofre por se sentir abandonado, tendo como o único aliado, ou o único que supostamente lhe acolhera, aquele que profere as mentiras e conduz a alienação ao seu bel prazer.

As Cortes ainda são silentes na questão, existem muitos casos que chegam a estas e há negativa de provimento. O caso é que a alienação parental é pungente, irreversível, danosa para ambas as partes.

Destarte, nossos magistrados ainda não se deram conta de tamanha crueldade que vem ocorrendo. Não existe tempo para reversão dos fatos, para recuperação da confiança e saneamento dos danos causados. As máculas psicológicas são irreversíveis, o sofrimento é agudo. Poetizando um pouco, se existe dano que fere a alma, este dano se eternizará naqueles que jamais puderam se reencontrar com seus pais, mediante tal alienação.

O Estatuto do Idoso – Lei 10.741/200336 - dispõe sobre o papel da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação 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.

É importante ressaltar que o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social ou um dever social³⁷.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 BRASIL, op. cit., nota 16.

37 Ibid.

Além disso, o Estatuto do Idoso traz, em seu corpo, a garantia do direito ao respeito, que consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais³⁸.

Ainda segundo o Estatuto³⁹,

Considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.

Nesse sentido, podemos mencionar alguns dos crimes que praticam os alienadores de idosos.

A primeira conduta típica que pode ser citada é a apropriação ou desvio de bens. A norma objetiva a proteção do patrimônio do idoso, representado pelos bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento. Qualquer indivíduo que tenha a posse ou o acesso ao patrimônio do idoso pode ser sujeito ativo do delito. Se a vítima for menor de 60 anos, o crime será o da apropriação do art. 168 do CP40. Pune-se a conduta a título de dolo e o crime estará consumado com a prática das condutas descritas, admitindo-se tentativa. Não desfigura o crime o ressarcimento ao prejuízo causado ou a restituição e composição após a consumação do delito.

O segundo fato típico é a indução a erro. Aqui, o bem jurídico tutelado é o patrimônio da pessoa idosa. Trata-se de crime comum, já que qualquer pessoa pode ser sujeito ativo. O tipo penal objetivo consiste em induzir por persuasão, pessoa idosa, sem a perfeita compreensão de seus atos, a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente. Pelo exposto, verifica-se que basta a mera indução, não se exigindo que haja qualquer prejuízo ao patrimônio do idoso para que haja consumação. Portanto, trata-se de crime formal. A tentativa é admissível (ex: idoso, por circunstâncias alheias a vontade do agente, não lhe outorga a procuração).

A terceira conduta é a coação. Nesse caso, resguarda-se a liberdade de escolha, bem como o patrimônio do idoso. A conduta é mais grave que a descrita no artigo 106 do

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 03 jul. 2019.

Estatuto do Idoso (induzir pessoa idosa sem discernimento de seus atos a outorgar procuração para fins de administração de bens ou deles dispor livremente), já que nesse caso a pessoa idosa será também impedida de se autodeterminar e dispor de forma livre de seus bens sendo esta coagida a doar, contratar, testar ou outorgar procuração.

A coação não depende de o idoso ter ou não discernimento. O tipo penal objetivo consiste em coagir, ou seja, constranger ou forçar o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração. Trata-se também de crime comum, que pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa. O elemento subjetivo é, novamente, apenas o dolo. A consumação ocorre com a coação, não havendo exigência de que a vítima doe, contrate, teste ou outorgue a procuração. Admite-se tentativa (ex: forma escrita)⁴¹.

Existem grandes fatores que acabam por colaborar com a não reversão da alienação parental do idoso.

Primeiramente, está a questão da idade, já o tempo para o idoso é muito mais precioso. Por muitas vezes, antes mesmo de ser julgada uma lide, não exatamente de alienação parental, mas de controvérsia entre os "herdeiros", os efeitos psicológicos já foram devastadores, ou até mesmo o idoso veio a óbito, acreditando em todas as falas do cuidador de má-fé;

Outro problema existente é o fato de que os demais herdeiros frequentemente são privados do acesso ao idoso para dirimir quaisquer dúvidas que este tenha em relação àqueles.

Além disso, não existe uma legislação específica ou com o entendimento de que este afastamento intencional se trata do instituto da alienação parental do idoso.

Como medidas de Proteção, o art.43 do Estatuto do Idoso⁴² elenca o seguinte:

As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

41 DIWAN, Alberto. Breves considerações acerca dos aspectos criminais do Estatuto do Idoso. Disponível em: <<https://albertodiwan.jusbrasil.com.br/artigos/194559195/breves-consideracoes-acerca-dos-aspectos-criminais-do-estatuto-do-idoso>> Acesso em: 04 jul. 2019.

42 BRASIL, op. cit., nota 16.

III – em razão de sua condição pessoal.

Nesse sentido, o julgado abaixo demonstra o entendimento dos tribunais⁴³:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE VISITAS A GENITOR IDOSO, QUE RESIDE COM IRMÃ E SOBRINHA. ACESSO AO PAI QUE VEM SENDO PROIBIDO PELA SOBRINHA DO IDOSO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA AUTORIZAR O LIVRE ACESSO À RESIDÊNCIA DO IDOSO. Diante da sabida condição de precariedade da moradia do genitor da recorrente, estando os interesses do idoso em jogo, é de ser provido o recurso de plano, a fim de possibilitar à recorrente o livre acesso ao apartamento onde reside seu genitor, para ampará-lo em suas necessidades básicas para viver com dignidade. É de se salientar que a permissão de entrada no apartamento não acarretará prejuízo a quem quer que seja e, por outro lado, irá beneficiar o idoso, ao proporcionar o convívio com sua filha, que poderá lhe prestar toda a assistência que se mostrar necessária a seu bem estar. RECURSO PROVIDO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70053116117, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 04/02/2013).

Conforme acima exposto, pode-se concluir que estão presentes vários ilícitos na conduta dos alienadores, tais como a má-fé, difamação, torpeza e destreza nos atos de alienação.

6. Alienação Parental LGBTQIA+ (lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queer, intersexos, assexuais e +)

A realidade de muitos jovens que pertencem à comunidade LGBTQIA+ é a rejeição pela família, são expulsos de casa, são obrigados a viverem esse trauma e a se resignificarem, muitas vezes ainda bem jovens. A não aceitação de seus pais ao descobrirem que seus filhos pertencem à comunidade LGBTQIA+ faz com que esses pais

43 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70053116117. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112538747/agravo-de-instrumento-ai-70053116117-rs>> Acesso em: 03 jul. 2019.

tenham somente “dentro da caixa” e, com isso, transformando todo o amor de outrora em ódio, indiferença, discriminação.

Qual pai e mãe de verdade, coloca em primeiro lugar o que os outros vão pensar? Quais pais preferem que seus filhos fiquem longe, no lugar de aceitarem como eles são? Como se o amor mudasse, como se fosse proibido amar uma pessoa pertencente à comunidade LGBTQIA+.

A pessoa simplesmente ama, os pais simplesmente precisam saber amar seus filhos, independentemente de sua natureza.

Conforme define a advogada e Mestre em Sociologia, Bianca Figueira⁴⁴:

“não existe “opção sexual” para tratar os dilemas e diversidade da sexualidade humana, como se fosse uma escolha do indivíduo adotar uma orientação sexual ou uma identidade de gênero a partir de um leque de opções a ele dispostas e em que ele se depara durante as fases e etapas de sua vida. Fato é que em matéria de sexualidade e gênero, não se trata de opção e, portanto, assim como nenhuma pessoa heterossexual escolhe ter essa orientação sexual, da mesma forma ocorre com pessoas homossexuais, demonstrando-se que não se trata de opção ou escolha.”

As relações familiares por vezes são muito complexas, já existem alguns estudos sobre violência familiar, violência intrafamiliar, estes consideram qualquer tipo de abuso praticado contra qualquer dos membros daquela família. Demonstrem estatísticas e assinalam geralmente o homem adulto como o autor de abusos físicos e/ou sexuais, bem como psíquicos contra mulheres e meninas, mas não abordam especificamente o abuso, o castigo físico, bem como, abusos psíquicos que sofrem as pessoas LGBTQIA+⁴⁵.

Esse estudo que trata a violência intrafamiliar é um estudo do governo sobre saúde, traz consigo estatísticas de violência dentro da família, mas em momento algum demonstra, ou faz menção, ao sofrimento intrafamiliar das pessoas LGBTQIA+. Há um silêncio eloquente quanto o assunto, uma invisibilidade total, conseqüentemente com esta,

44 SANTOS, Bianca Figueira. Deixadas para trás: histórias de resiliência e luta por justiça das militares transexuais das Forças Armadas brasileiras. 1 ed. Rio de Janeiro: Metanoia, 2021. p. 34.

45 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para prática em serviço / Secretaria de Políticas de Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 23.

há um reflexo na falta de proteção, deixando essas pessoas a mercê de seus abusadores e sim alienadores.

Nesse sentido, o Ministério da saúde demonstra a violência intrafamiliar da seguinte forma⁴⁶:

A violência doméstica na adolescência é também muito elevada e os profissionais de saúde precisam estar atentos ao problema em sua prática diária. Um trabalho do Comitê Latino-Americano de Estudos sobre a Violência (CLAVES), feito com uma amostra representativa de alunos das escolas públicas estaduais e particulares de Duque de Caxias/RJ, mostra que, em 1991, 31,6% dos 1.328 adolescentes entrevistados (11 a 17 anos), relataram sofrer violência por parte de ambos os pais; 13,6%, apenas violência da mãe, e 7,6%, do pai. No total, 52,8% dos adolescentes afirmam sofrer violência de um ou de ambos os pais. Em relação à violência severa, praticada pelos pais, observou-se um percentual de 12,8%. Nas estimativas encontradas na literatura internacional, 80% dos abusadores têm idade em torno de 40 anos, e 70% são homens. Crianças que vivem com apenas um dos pais têm cerca de 80% a mais de riscos de sofrerem maus-tratos e 2,2 vezes mais chances de terem sua educação negligenciada.

Mais uma vez, não foi relatada a violência específica das pessoas LGBTQIA+.

Nesta esteira de violência, percebe-se que a Alienação Parental também pode ser sofrida por adolescentes e adultos LGBTQIA+, com as separações familiares, pelas quais são impostas devido ao preconceito do alienador, provocando assim, reflexos psicológicos irreversíveis.

Há de se notar que não somente as crianças sofrem fatores psicológicos com uma separação, seja ela um divórcio ou a própria expulsão do convívio familiar, que na maioria as vezes ocorre em lares onde o machismo predomina e a não aceitação de seus filhos é colocada em primeiro lugar, não priorizando o convívio saudável de amor e acolhimento que se espera de uma família.

Há também de se ressaltar que a discriminação anda ao lado da Alienação Parental, por muitas vezes ao expulsarem esses jovens, o alienador também proíbe o restante da

⁴⁶ Ibid, p. 8.

família de contactar a pessoa, trata-os como doentes, que no reverso os doentes são aqueles que não os aceitam.

7. Da correlação da alienação Parental da Criança e adolescente à Alienação Parental de Pessoas LGBTQIA+

A Alienação Parental do LGBTQIA+ está exatamente no cenário onde os indivíduos são proibidos de terem contato com outros indivíduos da própria família, mãe, irmãos, avós, como se o amor jamais existisse ali, como se o amor tivesse barreiras, fronteiras, cor, idade, gênero.

Geralmente a discriminação começa em casa, as pessoas inseridas no grupo LGBTQIA+ são vitimadas com constantes agressões e violências não somente verbais, como também violência física, além dos desrespeitos e humilhações, atitudes de ódio e intolerância, inseridas no próprio âmbito familiar.

Essa conduta se perpetua na sociedade, por pessoas conhecidas e desconhecidas.

Destaca-se que o papel da família deveria ser o inverso do acima mencionado, deveria ser o apoio e o acolhimento.

Nesta esteira, relata o autor Jefferson Novais, em sua obra *Dama Guia*, demonstrando as agressões proferidas por uma sociedade machista, desumana e com desamor⁴⁷.

“ - Hoje, levei grande susto ao caminhar pela rua, insultado por um indivíduo. Fui tido como indigente, veado no meio da gente. Meu amigo, na imagem do espelho refletido discutia a vida que não fazia sentido. – Tenho medo de tudo isso, ser agredido em plena luz do dia me deixa em conflito para viver a vida. Já não basta em casa onde todos os dias coloco a minha máscara de sobrevivência, para não ser agredido pelo meu pai. Vivo a minha vida, mas não sei se queria viver passando por tudo isso. Onde está o amor? Minha vida tem amor. Me dê um amor...”

47 NOVAIS, Jefferson. *Dama Guia*. 1 ed. Viseu. Paraná, 2018.

Cabe ressaltar que o Pacto São José da Costa Rica de 1969, foi internalizado no ordenamento jurídico Pátrio por meio de decreto federal 678 em 1992⁴⁸, e em seu escopo não permite qualquer tipo de discriminação.

Nesse sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁴⁹ entende:

Art.1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela conhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

E ainda, no art. 5º - Dispões sobre o Direito a Integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito a que se respeite sua integridade física psíquica e moral.

Art. 11 – dispõe sobre a Proteção da honra e da dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

Art. 24. Dispõe que todas as pessoas são iguais perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei (Brasil Decreto 678, 1992)

Destaca-se que a referida Convenção foi incorporada ao ordenamento pátrio justamente para garantir os direitos e demonstrar os deveres da sociedade com relação,

48 BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano.> Acesso em: 15 dez. 2021.

49 Ibid.

não somente com a população LGBTQIA+, mas com toda a população que sofre preconceito e todo tipo de discriminação.

Para tanto, a convenção traz consigo uma recriação à conduta das referidas famílias, tais alienadores que com sua conduta, expulsam seus próprios filhos do seio familiar, em prol de uma certeza absoluta de suas razões efêmeras, díspares, humilhadoras, machistas.

Não há relatos a serem conferidos pareados com a alienação parental, mas salta aos olhos que quando o sujeito, geralmente o pai, exclui seu filho do convívio familiar, por motivo de sua sexualidade, fica demonstrada a alienação parental por analogia à alienação parental da criança e do adolescente.

Assim conclui-se fazer necessário inserir a população LGBTQIA+ na proteção da lei de alienação Parental.

Por fim, cabe ressaltar que não existe ainda legislação atrelada à alienação parental de pessoas LGBTQIA+, com o intuito de protegê-las no âmbito de um convívio salutar familiar, sem danos ou traumas evitando uma carga de sofrimentos, preconceito e discriminação social.

8. Conclusão:

Diante de todo exposto, fica demonstrado que toda violência que ocorre dentro do seio familiar, reflete em traumas psíquicos, separações, e alienação parental.

Fica demonstrado o paradigma entre a alienação parental da criança e do adolescente correlatos com a alienação parental do idoso.

Em meio a crescentes alienações existe a falta de estudo diante do caso em epígrafe, bem como a falta de interesse na resolução de casos, vide o projeto de lei em referência ainda não ter sido analisado e convertido em lei.

O referido instituto da Alienação Parental do Idoso está fadado ao fracasso antes mesmo de ser reconhecido pelo ordenamento jurídico, simplesmente pela falta de interesse ou percepção da sociedade. O liame entre abandono e alienação é sutil e, por muitas vezes, imperceptível aos olhos de quem está fora da problemática.

Pode-se concluir também que os idosos e outros filhos ou parentes são vítimas da falta de regulamentação do estado. Há, portanto, uma lacuna legal diante de tal instituto.

Por fim, resta acreditar no projeto de lei da Sra. Carmen Zanotto e aguardar que este venha a agraciar tal instituto em todas as esferas e que seja inserido no ordenamento jurídico.

Fica também demonstrado que existe um silêncio eloquente na legislação de alienação parental quanto ao grupo de pessoas LGBTQIA+ se falado de inclusão, de isonomia de tratamento, porém, o que se vê na prática é um incessante e ultrajante hábito de lesão ao próximo, desrespeito e discriminação.

A sociedade como um todo precisa se movimentar para a verdadeira inclusão, além disso, faz-se necessária ações de um Governo mais atuante e com olhar mais aprofundado para os Direitos Humanos, quanto às violências praticadas contra a População LGBTQIA+, no âmbito familiar, bem como fora dele.

Sem modismo e com mais respeito, e verdadeiramente com amor ao próximo, é necessária uma evolução da sociedade e precisamente ao olhar do legislador no que se refere à alienação parental, quanto a inclusão na proteção das pessoas LGBTQIA+ na lei de Alienação Parental.

9. Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei n. 12318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 01 jul. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo n. 0302485-33.2016.8.19.0001. Apelação. Des. Maria Isabel Paes Gonçalves. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31836/alienacao-parental.pdf>> Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 02 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano.> Acesso em: 15 dez. 2021

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. Estatísticas: alienação parental. Disponível em: <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2140.html>> Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei n. 9446, de 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167174>> Acesso em: 03 jul 2019.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70053116117. Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112538747/agravo-de-instrumento-ai-70053116117-rs>> Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 03 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Violência intrafamiliar: orientações para prática em serviço / Secretaria de Políticas de Saúde. – Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BARROSO, Sérgio Luiz. O que é alienação parental, como ela ocorre e quais suas consequências jurídicas? Disponível em: <<https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/466078433/o-que-e-alienacao-parental-como-ela-ocorre-e-quais-suas-consequencias-juridicas>> Acesso em: 01 jul. 2019.

CANAN, Larissa apud. FAVRETTO, Angélica. Idosos também podem ser alvos de abuso por alienação parental? Disponível em: < <https://www.semprefamilia.com.br/idosos-tambem-podem-ser-alvos-de-abuso-por-alienacao-parental/>> Acesso em: 02 jul. 2019.

DIWAN, Alberto. Breves considerações acerca dos aspectos criminais do Estatuto do Idoso. Disponível em: <<https://albertodiwan.jusbrasil.com.br/artigos/194559195/breves-consideracoes-acerca-dos-aspectos-criminais-do-estatuto-do-idoso>> Acesso em: 04 jul. 2019

GOTTLIEB apud. MEIRELLES, Fernanda. Consequências da Síndrome de Alienação Parental (SAP). Disponível em: < <https://femoretimeirelles.jusbrasil.com.br/artigos/120002923/consequencias-da-sindrome-de-alienacao-parental-sap>> Acesso em: 03 jul. 2019.

NOVAIS, Jefferson. Dama Guia. 1 ed. Paraná: Viseu, 2018

SANTOS, Bianca Figueira. Deixadas para trás: histórias de resiliência e luta por justiça das militares transexuais das Forças Armadas brasileiras. 1 ed. Rio de Janeiro: Metanoia, 2021.

ZEGER, Ivone. Entenda a alienação parental. Disponível em: <<http://gengibrecomunicacao.com.br/index.php/2018/01/16/entenda-a-alienacao-parental/>> Acesso em: 04 de jul. 2019

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: VERDADE, JUSTIÇA, MEMÓRIA, REPARAÇÃO E REFORMAS INSTITUCIONAIS.

CARLA VIVIANE OLIVEIRA DO NASCIMENTO:

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe; Pós-graduanda em Direito Constitucional pela FARESE. Delegada de Polícia do Estado de Sergipe.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar a Justiça de Transição e sua importância para a democracia. Para realizar tal intento foi feita uma revisão bibliográfica de diversos autores nacionais e internacionais. Serão apresentados os objetivos da justiça de transição (verdade, memória, justiça, reparação e reformas institucionais), assim como sua conceituação, além de abordar o que constitui um Estado autoritário e algumas aplicações práticas da justiça de transição.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Ditadura. Memória. Democracia.

ABSTRACT: The present article has as its objective to analyze transitional justice and its relevance for democracy. To accomplish that it was made a bibliographic review of national and international authors, also during this work it will be defined the objectives of transitional justice (truth, memory, justice, reparations and institutional reforms) and its definition by international standards; what constitutes an authoritarian state and some practical applications of transitional justice.

Keywords: Transitional Justice. Dictatorship. Memory. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo o estudo e análise da Justiça de Transição e quais as implicações que dela decorrem para a democracia. Examinar-se-á como os regimes autoritários e democráticos se apresentam institucionalmente, entendendo que aqueles são pressupostos da Justiça Transicional. A seguir delimitar-se-á o conceito e os objetivos/dimensões (verdade, memória, justiça, reparações e reformas institucionais) da Justiça de Transição.

Em síntese, trata-se da verdade como conhecimento dos fatos ocultos, sem adentrar no aspecto filosófico do termo. A memória como construção coletiva para o alcance da consciência social quanto à história nacional. Analisar-se-á a justiça em suas duas facetas, enquanto culpabilização e responsabilização. A reparação, enquanto reconhecimento das atrocidades estatais cometidas, compensando-se as vítimas e seus familiares simbólica,

material, individual e coletivamente. Por fim, as reformas institucionais, como revisão e reestruturação das instituições públicas utilizadas como instrumentos repressores.

2 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

2.1 Regimes autoritários como pressuposto da Justiça de Transição

Para compreender a Justiça de Transição, seu conceito e objetivos, é importante delimitar quais os mecanismos estruturais e como se apresentam institucionalmente os regimes autoritários e democráticos.

Designam-se regimes autoritários toda a classe de regimes antidemocráticos, caracterizados pela ausência de parlamento e de eleições populares, ou quando existem, por possuírem caráter meramente cerimonial, pelo predomínio do poder executivo, bem como pela ausência de liberdade e pela opressão ou supressão da oposição política (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 100). De modo mais preciso:

O poder político governa diretamente as atividades econômicas ou as dirige para seus próprios fins, monopoliza os meios de comunicação de massa e as instituições escolares, suprime até manifestações críticas de pequeno porte ou de oposição, procura aniquilar ou subordinar a si as instituições religiosas, penetra em todos os grupos sociais e até na vida familiar. Este grande esforço de penetração e de mobilização da sociedade comporta uma intensificação muito destacada da propaganda e de arregimentação. Daqui nasce a importância central do partido único de massa, portador de uma ideologia fortemente dinâmica; e, em certos casos extremos, comporta também uma intensificação muito forte da violência; e daí nasce a importância, em casos extremos, da polícia secreta e dos outros instrumentos de terror (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 101).

Dessa forma, as ditaduras são designadas como classe de regimes não-democráticos, nas quais nem a lei é capaz de refrear o governo ditatorial, pois mesmo que as normas jurídicas garantam os direitos de liberdade e limitem o poder estatal, elas se apresentarão apenas formalmente, sem possuir eficácia real ou com eficácia quase inexistente. Ademais, o Governo estabelecerá exceções e leis contrárias às já existentes baseado em princípios superiores que pretensamente legitimam a ação estatal, o que torna a conduta do ditador imprevisível e irregular (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 373).

Observa-se, assim, que os regimes ditatoriais fazem parte do que se chama de regimes autoritários, podendo-se concluir que se utilizam de práticas “arbitrárias” para se manter no poder, incluindo o uso da violência, não havendo representação popular nas decisões políticas que orientam a vida em sociedade.

Exemplos recentes do regime autoritário são os da América Latina nos anos 60 e 70, desencadeado pelo avanço do capitalismo após a II Guerra Mundial e os novos padrões de acumulação que impunha e pelas tensões sociais presentes na pauta da América do Sul, com exigência de mudanças estruturais. Aproveitando-se da instabilidade, as classes dominantes (e seus sócios estrangeiros, com destaque para os Estados Unidos) desenvolveram a ideia de insegurança interna, instrumentalizando a ameaça do “comunismo internacional” (PADRÓS, 2008, p. 156-157). Para tanto se utilizaram da doutrina de segurança nacional caracterizada pela construção da figura do inimigo público interno. Assim, inculcava-se nos sujeitos

a necessidade ideológica de uma guerra interna constante e permanente contra a influência do comunismo internacional (o “perigo vermelho”), impondo, destarte, a adoção de um projeto de desenvolvimento com segurança, que colocava os militares como salvaguardas dos anseios nacionais no terreno das políticas sócio-econômicas, na medida em que entendia-se que estes compunham o único corpo social apto a transformar o caos instalado pelos subversivos em paz e estabilidade duradouras. Desse modo, o Estado se fortalece em sua pseudo-legalidade, exercendo o poder normativo da forma que lhe aprouvesse, legitimando meios – na maioria das vezes nada éticos nem tampouco humanitários – para identificar e eliminar qualquer organização que fosse entendida como ligada ao “perigo vermelho”⁵⁰ (FRANCA, 2011).

Torturas, desaparecimentos, encarceramentos forçados e por tempo indeterminado, uso arbitrário dos mecanismos coercitivos legais passaram a ser práticas corriqueiras e naturalizadas, projetadas pelo terrorismo de estado, durante os regimes repressores da América Latina que se justificavam no combate à “subversão”, mas que, na verdade,

50 Nesse sentido, relata a organização de direitos humanos Memórias da Ditadura: “Esses regimes autoritários eram vistos, por uma parte das elites econômicas nacionais e internacionais, como a única forma de conter o comunismo no continente. Nessa ótica, para se manter a liberdade de negócios, era preciso abrir mão das liberdades políticas. Contraditoriamente, para ter segurança nacional era necessário o terror de Estado, à base de sequestros, desaparecimentos e mortes de opositores. Para se manter uma democracia no futuro, era preciso uma ditadura no presente” (MEMÓRIAS DA DITADURA).

buscavam impedir a atuação de movimentos sociais e assegurar a permanência do *status quo*.

As marcas de violência de regimes ditatoriais são incalculáveis e a transição para o regime democrático, ou seja, o regime político em que o órgão político máximo é composto por representantes do povo, eleitos direta ou indiretamente, por todos os cidadãos que atinjam a maioria sem que haja qualquer tipo de distinção entre eles, com voto igual para todos os eleitores, que devem votar livremente, prevalecendo o princípio da maioria numérica, no entanto, sempre atento a impedir a limitação dos direitos da minoria, muitas vezes, não é efetivada (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1998, p. 327).

A mudança do regime ditatorial para o democrático reflete alterações de perspectivas tanto no campo político como social, de modo, que a permanência de elementos e práticas autoritárias impede a concretização da Justiça de Transição.

2.2 Conceito e objetivos da Justiça de Transição

A definição de Justiça de Transição é ainda incipiente, traduzindo um campo pouco explorado e em constante evolução e autoidentificação. Dessa forma, adotar-se-á no presente trabalho a definição da Organização das Nações Unidas elaborada pelo Conselho de Segurança (2004) que conceitua Justiça de Transição “como o conjunto de processos e mecanismos (judiciais e extrajudiciais) adotados para o enfrentamento do legado de violência em massa cometida no passado, a fim de assegurar a responsabilização, garantir a justiça e alcançar a reconciliação”.⁵¹

É importante destacar que se trata de um processo contínuo, que não se esgota na mudança de regime, buscando-se assimilar em sua plenitude os acontecimentos ocorridos durante o regime autoritário, em respeito à história e à verdade, inclusive como importante passo para a concretização de direitos e garantias.

Nesse sentido pontua Renan Quinalha (2012, p. 83)

51 A definição acima exposta foi obtida a partir da tradução livre do seguinte excerto: “The notion of ‘transitional justice’ discussed in the present report comprises the full range of processes and mechanisms associated with a society’s attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof” (ONU, 2004).

Diversos são os exemplos históricos que ilustram a impossibilidade de retomar a convivência democrática do momento em que ela foi interrompida, sem que haja um olhar especialmente voltado aos elementos do passado que persistem no presente. Em outras palavras, o desafio de uma transição nunca se resume à mera restauração de uma ordem antiga temporariamente suspensa, como se se tratasse de recolocar nos trilhos a evolução de uma determinada comunidade. Daí que um dos equívocos mais comuns a serem evitados consiste, justamente, 'supor que o período autoritário representa, por assim dizer, um parêntese histórico e que a retomada do controle dos fios do destino se dará em circunstâncias mais ou menos similares às que prevaleciam no tempo pré-autoritário'.

Consagrou-se também a insuficiência de mecanismos isolados para a efetivação da Justiça Transicional, assim certos conteúdos básicos e diretrizes gerais foram firmados para a concretização da Justiça de Transição (QUINALHA, 2012, p. 94).

Verdade, memória, justiça, reparação e reformas institucionais são elencados por diversos autores como os eixos principais ou objetivos no processo de transição entre regimes.⁵²

A exemplo afirma Marcelo Torelly (2015, p. 146) que a definição de Justiça de Transição surge da articulação de dimensões fundamentais - memória e verdade, reparações, justiça e reformas institucionais - que foram inicialmente estruturadas de forma independente em processos de democratização em diversos países.

A seguir tratar-se-á com mais atenção de cada um desses objetivos.

2.2.1 Verdade

A verdade como um dos pilares da Justiça Transicional é entendida como o conhecimento/exposição de fatos ocultos, ou seja, como a necessidade de se esclarecer o que ocorreu no passado recente de violações aos direitos humanos, sem adentrar aos aspectos filosóficos que podem decorrer da palavra "verdade".

52 GALINDO, Bruno. Constitucionalismo e justiça de transição: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 67, pp. 75 - 104, jul./dez. 2015; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Marcos Teóricos da Justiça de Transição e os Processos Transicionais na América Latina. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1. ed. Brasília: UnB, 2015, p. 142; ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflitos. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011, p. 47.

Busca-se assim expor os sistemáticos abusos cometidos pelo regime repressor, a fim de garantir que não mais se repitam. Para a concretização desse objetivo algumas medidas tornam-se essenciais, tal como a abertura total e irrestrita dos documentos do regime ditatorial, a criação de grupos de busca dos restos mortais dos desaparecidos, a promoção de eventos que tragam à tona as narrativas das vítimas do Estado, superando-se as falas oficiais de negação.

Ademais, as Comissões Nacionais da Verdade destacam-se por um trabalho mais complexo e aprofundado. Conforme o documento “Princípios Joinet” as comissões extrajudiciais de investigação

têm por missão determinar os feitos, com objetivo de descobrir a verdade, em particular para evitar a desaparecimento de provas. Para que as vítimas, as famílias e os defensores dos direitos humanos recuperem sua dignidade, essas investigações devem guiar-se pelo afã de fazer reconhecer a verdade que até então se negou constantemente (ONU, 1997).⁵³

No entanto, embora almeje-se alcançar o propósito acima explicitado, não se pode perder de vista as diversas limitações a que estão sujeitas as Comissões da Verdade. Como destaca Simone Rodrigues Pinto (2012, p. 102) uma comissão da verdade “é inerentemente vulnerável a limitações politicamente impostas. Sua estrutura, financiamento, mandato, suporte político, pessoas, acesso a informações e força do relatório final são largamente determinados pelas forças políticas do momento”.

Diante dessas limitações, é preciso a complementariedade de medidas para o alcance da verdade, que é um caminho necessário tanto para o reconhecimento das atrocidades cometidas, a partir da pluralidade de narrativas, evitando-se que mentiras oficiais se perpetuem, como também um guia fundamental para as gerações futuras.

2.2.2 Memória

53 Tradução livre do seguinte trecho: “Las comisiones extrajudiciales de investigación tendrán por misión determinar los hechos, con objeto de descubrir la verdad, em particular para evitar la desaparición de pruebas. Para que las víctimas, las familias y los defensores de los derechos humanos recuperen su dignidad, esas investigaciones deberán guiarse por el afán de hacerre conocerla parte de verdad que hasta entonces se negó constantemente” (ONU, 1997).

A prática social da memória, enquanto eixo da Justiça Transicional, reflete a necessidade de não naturalização da violência cometida, dá voz as vítimas reconhecendo-se o injusto sofrido e impede o retorno das violações pelo esquecimento.

Quando se afirma a necessidade da memória (concreta e específica) para evitar a *normalização* da violência na Colômbia, estamos falando, precisamente, de combater essas estruturas herdadas de percepção que, por apresentarem a violência como uma fatalidade inescapável, quase como um destino histórico, são um terreno propício para a impunidade dos perpetradores e para negligenciar as vítimas. Em todo caso, porém, não estamos perante um vazio de memória sobre o passado. O mesmo ocorre com o território do poder político, e tampouco o território do passado admite vazios: sempre há uma memória ocupando-o, preenchendo-o, dando-lhe forma e significado e, obviamente, condicionando o presente a partir de certa percepção do passado (REÁTEGUI, 2011, p. 362-363).

Percebe-se que a memória é um fator de mudança social, que potencializa a compreensão da realidade e do que está posto, permite o questionamento da verdade apresentada, dando real significado as atrocidades cometidas.

Ressalta-se ainda que a memória mais do que uma construção individual, é uma construção coletiva que permite delinear melhor os acontecimentos históricos, ocupando os espaços públicos, comunicando o social e o político (REÁTEGUI, 2011, p. 363-364; SILVA FILHO, 2015, p. 133).

Quando se fala na mudança do regime autoritário para o democrático, o histórico de esquecimento está presente na história de diversos países, o Brasil, por exemplo, possui uma marca de esquecimento muito grande, recusando-se a tratar dos períodos de grave desrespeito aos direitos fundamentais seja na época da colonização com o extermínio dos índios, seja na ditadura de Vargas.

Entretanto, como afirma Roberta Cunha de Oliveira (2015, p. 170), o discurso oficial de negação desses crimes retrata uma política de esquecimento imposto, na qual a violência não simbolizada, nem elaborada coletivamente pelas narrativas do trauma ou pelo "trabalho da memória" tende a se repetir sob diversos aspectos.

A recuperação e divulgação dos arquivos da repressão (conjunto de documentos e objetos produzidos durante o período ditatorial), por exemplo, são fundamentais para a reconstrução das histórias fragmentadas das vítimas, bem como negação/confirmação das versões oficiais apregoadas. Catela (2011, p. 396) acrescenta ainda que esses documentos

outrora utilizados para culpar⁵⁴, servem na perspectiva da memória para compensar as vítimas de violações de direitos humanos durante a fase repressiva; permitem que elas recomponham suas identidades desrespeitadas durante o período de repressão política e possibilitam apontar responsabilidades àqueles que atuaram na repressão, além de serem fontes essenciais para a investigação histórica e esclarecimento dos fatos passados.

Além da medida acima mencionada, outras iniciativas vêm sendo adotadas para o resgate da memória. Dentre elas destacam-se as rodas de conversas, oficinas de recordação, conferências/palestras e abertura de espaços públicos para escuta das vítimas e dos sobreviventes da repressão, momentos nos quais é permitido “o protagonismo do olhar das vítimas, sem o qual a sociedade não pode conhecer o passado de violência e terror e também não pode evitar que ele continue se repetindo” (SILVA FILHO, 2015, p. 143).

Por meio desses mecanismos é possível estabelecer um diálogo com a sociedade, no qual a experiência, a dor e a compreensão são compartilhadas, traçando-se um paralelo entre ações do passado e do presente, refletindo-se sobre a permanência de instituições não democráticas (polícia, exército) e a efetivação ou não da Justiça Transicional.

É importante mencionar também a distribuição de fotos dos desaparecidos, bem como a criação de espaços físicos como museus, monumentos e espaços de memória, além de datas comemorativas como formas de resgate da memória e desconstrução da cultura autoritária.

A arte destaca-se como um caminho para expor as narrativas das violações cometidas durante o período ditatorial. A literatura, o cinema têm ocupado um lugar especial quando se fala na possibilidade de aproximar essa realidade, de permitir a identificação com as narrativas apresentadas e evitar que o esquecimento se aproprie da história de cada nação.

Assim, a memória como um dos objetivos da Justiça de Transição busca impedir a denegação do passado, e conseqüentemente evitar que pelo esquecimento se naturalize a prática de violação aos direitos humanos. Acentua Márcio Seligmann-Silva (2015, p. 164) que

essa denegação do passado impede o trabalho de luto pela dor e pelos mortos e gera uma sociedade mais apática, incapaz de ser

54 Ver item 1.2.3 a seguir

sensível para com as dores e violências que, mesmo depois do fim da ditadura, a maior parcela de nossa população tem que suportar. A uma sociedade sem memória do mal, cabe ficar condenada ao círculo infernal e vicioso da repetição da violência. O não dito volta sob a forma da ação e essa ação continua sendo a mais brutal possível.

Inegável a importância da prática da memória, tanto social quanto individualmente, e sua essencialidade quando se trata de transição entre o regime autoritário e democrático, a permitir que a sociedade consiga entender o lugar em que se encontra e para prevenir a repetição de experiências traumáticas.

2.2.3 Justiça

Quando se fala em Justiça como um dos pilares para a concretização da transição de regimes, dois são os principais pontos de discussão. De um lado, acredita-se que para a justiça ser alcançada é preciso que os perpetradores de atrocidades no período militar sejam processados e condenados; de outro, defende-se a justiça como mecanismo de busca da verdade e reconciliação.⁵⁵

Para os primeiros, os crimes cometidos durante o período militar são crimes contra a humanidade, e, portanto, imprescritíveis, cabendo ao Estado a investigação dos fatos e a

55 Na primeira acepção a Justiça é entendida enquanto culpabilização, ou seja, no sentido de punição, aplicação de pena. Na segunda, como responsabilização, isto é, enquanto busca da verdade e promoção da reconciliação nacional, aqui não se almeja a condenação dos violadores de direitos fundamentais, mas sim a comprovação e declaração das atrocidades cometidas e a possibilidade de se tratar do legado de violações como ensinamentos para o presente. Um exemplo é a decisão de 1ª instância da 20ª Vara Cível de São Paulo que declarou Carlos Alberto Brilhante Ustra responsável pela morte de Luiz Eduardo da Rocha Merlino, jornalista falecido em 19/7/1971, quando estava preso no DOI-CODI (Destacamento de Operações e Informações – Centro de Operações de Defesa Interna, órgão subordinado ao exército) em São Paulo, em decorrência de espancamentos e atos outros de tortura comandados e praticados diretamente pelo requerido, condenando-o a reparar moralmente a companheira e irmã do falecido. Em trecho importante a Juíza Cláudia de Lima Menge afirma “Evidentes os excessos cometidos pelo requerido, diante dos depoimentos no sentido de que, na maior parte das vezes, o requerido participava das sessões de tortura e, inclusive, dirigia e calibrava intensidade e duração dos golpes e as várias opções de instrumentos utilizados (...) A brutal violência com que o requerido pautou sua conduta fez ainda mais gravoso o resultado final morte, dada a crueldade que, impingida a ente querido, acabou por atingir a esfera de dignidade das próprias autoras. A morte prematura por motivo político e com requintes de crueldade privou as autoras do convívio com seu companheiro e irmão, respectivamente. (...) O direito à verdade apresenta uma dupla dimensão: individual e coletiva. Individual ao conferir aos familiares de vítimas de graves violações o direito à informação sobre o ocorrido, permitindo-lhes o direito a honrar seus entes queridos, celebrando o direito ao luto. Coletivo, ao assegurar à sociedade em geral o direito à construção da memória e identidade coletivas, cumprindo um papel preventivo, ao confiar às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a ocorrência de tais práticas”. Sentença na íntegra disponível em: <<http://www.sul21.com.br/jornal/leia-na-integra-a-sentenca-que-condenou-em-primeira-instancia-o-coronel-brilhante-ustra/>>.

responsabilização jurídica de todos os envolvidos. Nesse sentido, ainda alegam que as leis de anistia são verdadeiros entraves, uma vez que impedem o julgamento de agentes estatais, havendo uma inaplicabilidade desse instituto (VENTURA, 2010, p. 218).

A perspectiva da justiça como punição está respaldada na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados por cada Estado, adotando-se uma postura que privilegia as normas que ampliam e respeitam os direitos essenciais de cada indivíduo, em detrimento da soberania Estatal. Alguns pontos controvertidos, especialmente frente aos princípios constitucionais do direito criminal, merecem destaque:

a) Quanto à impossibilidade de responsabilização de determinados crimes cometidos durante o período militar, diante do princípio da irretroatividade, afirmam que, apesar de os tratados internacionais terem sido ratificados posteriormente às leis de anistias, alguns crimes se prolongam no tempo, como os de desaparecimento forçado, logo, podem ser julgados de acordo com as normas internacionais.

b) Quanto à prescritibilidade, alegam que como são crimes contra a humanidade, não estão sujeitos a prescrição, mesmo que a norma que determina a imprescritibilidade tenha sido promulgada após a prática dos delitos, isso porque deve-se adotar o direito costumeiro internacional.

c) Em relação as leis de anistia entendem que são inaplicáveis, devendo-se declarar a inconstitucionalidade delas, pois contrárias aos compromissos internacionais assumidos por vários Estados quando da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CEIA, 2013, p. 141).

Para a corrente que entende como Justiça a apuração da verdade e a promoção da reconciliação, a responsabilização penal não é a única, nem a principal resposta para as atrocidades cometidas. Buscam no perdão uma nova maneira de reconstruir a sociedade, pautada na compreensão do que seja justo e correto.

Em entrevista concedida a Naomi Roht-Arriaza, em fevereiro de 1995, José Zalaquett, advogado chileno especializado em direitos humanos, relatou:

De fato, o julgamento das violações de direitos humanos é um dos principais elementos a ser considerado no desenho de políticas durante um período de transição. Todavia, o verdadeiro desafio é adotar, para cada situação específica, medidas que sejam viáveis e que conduzam ao propósito de contribuir para a construção ou a reconstrução de uma ordem justa. Certamente os julgamentos e

condenações podem cumprir um papel importante, porém o perdão e a reconciliação também podem. Estas duas vias não são mutuamente excludentes. Com frequência o que se necessita é uma combinação de ambas.

É frequente o argumento acerca da importância dos julgamentos e condenações, e é mais fácil compreendê-lo. Porém, permita-me fazer referência ao significado do perdão e da reconciliação como possível componente político de peso em tais situações. As teorias a respeito do perdão que se encontram nas grandes correntes do pensamento religioso e em doutrinas milenares sobre reconciliação enfatizam vários fatores. Primeiro, o perdão oferecido pela sociedade nunca é um ato isolado, nem gratuito. O perdão é um mecanismo desenhado para estabelecer a ordem moral, para reafirmar a validade da norma que foi violada. Segundo, a reconciliação requer que quem agiu mal admita seus atos ou aceite o que os outros expõem, de maneira que a verdade possa ser conhecida. Terceiro, o malfeitor não somente deve admitir seu crime, como também deve reconhecer que agiu mal. Assim, faz um ato de contrição ou de arrependimento por suas ações e resolve não voltar a cometê-los. Quarto, deve compensar aqueles que foram prejudicados.

Se concorrem estes quatro elementos, é como se uma viga ou coluna do edifício moral da comunidade, que foi removida pelo crime, sufocando toda a sua estrutura, fosse restaurada pelo próprio perpetrador.

A Justiça nos períodos de transição, por esse posicionamento, está além da mera imputação penal, almeja-se alcançar uma compreensão das violações cometidas pelos próprios perpetradores, expondo-se as suas responsabilidades, de modo que os atos não mais se justifiquem, nem se sustentem em um discurso oficial de ocultação da verdade e que a sociedade como um todo alcance a reflexão do que ocorreu e como evitar a repetição.

2.2.3 Reparação

Como ensina Greiff (2011, p. 407-408) a reparação pode ser compreendida amplamente, incluindo a restituição (medidas que pretendem restabelecer o estado anterior da vítima, tratando de aspectos como cidadania, liberdade), a compensação (que refere-se a medidas que almejam compensar por meio da quantificação as lesões não só econômicas, mas também, as de cunho moral, mental e físico), a reabilitação (“que se refere

a medidas que fornecem atenção social, médica e psicológica, assim como serviços legais”) e a satisfação e garantias de não repetição (categoria mais ampla que busca a verificação dos fatos, o restabelecimento da verdade e da dignidade das vítimas) ou ainda, restritivamente, referindo-se a programas de reparação com medidas voltadas diretamente para as vítimas.

Greiff defende (2011, p. 408) que essas medidas devem ser concretizadas mediante programas públicos coerentes, que tenham como objetivos a justiça, o reconhecimento, a confiança cívica e a solidariedade. Nesse sentido, também entende Cristián Correa (2011, p. 443): que as reparações devem se dar por meio de políticas administrativas. Em quadro comparativo explica que: enquanto na reparação judicial a demanda é por iniciativa da vítima - ressaltando-se que poucas têm condição de litigar contra o Estado ou até mesmo confiança nas suas instituições depois de anos de perseguições -, a qual cabe o ônus da prova, havendo apenas uma avaliação e indenização individual do dano causado. Nas reparações administrativas de iniciativa política coletiva do Estado, há uma cobertura ampla e massiva das vítimas, em que os danos sofridos e a responsabilidade do Estado são presumidos com base nos padrões de violações, permitindo um conjunto de medidas complementares de restituição da dignidade e superação de sequelas.

Observa-se, assim, que as reparações como programas buscam a inclusão de todas as vítimas no resgate *ao status quo ante*. Correa (2011, p. 443) conclui que

este conjunto de políticas persegue, mais que a compensação de um mal causado, a restituição da dignidade das pessoas, por meio do reconhecimento da responsabilidade do Estado e de seu compromisso com elas, manifestando por meio de ações concretas de reconhecimento da dignidade das vítimas, de reconhecimento de que pertencem à sociedade, e de que se preocupa em ajudá-las a superar as sequelas da violência.

As medidas de reparação podem ser tanto materiais, quanto simbólicas, e ainda individuais ou coletivas. Abaixo elencar-se-á algumas medidas que vêm sendo adotadas na América Latina.⁵⁶

⁵⁶ Informações obtidas da leitura dos seguintes textos: GREIFF, Pablo de. Justiça e reparações. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011, pp. 433-436; CORREA, Cristián. Programas de reparação para violações massivas de direitos humanos: lições das experiências da Argentina, do Chile e do Peru. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011, pp. 455-

a) Como medidas simbólicas individuais que reconhecem o dano sofrido há o envio de cartas pessoais de desculpa pelo Estado, busca, identificação e entrega dos restos mortais de pessoas falecidas ou desaparecidas e o adequado sepultamento;

b) Por sua vez, como medidas simbólicas coletivas estão sendo praticados atos públicos de desagravo, construção de museus, retirada/mudança do nome de violadores dos direitos humanos de espaços públicos, desculpas oficiais públicas, construção de memorial e monumentos em homenagem às vítimas da criminalidade estatal;

c) Quanto às medidas materiais pode-se citar a reparação monetária em somas únicas de dinheiro ou pelo pagamento de pensões, disponibilização de serviços de saúde (atenção tanto à saúde mental quanto física), educação (oferta de bolsas de estudo), moradia, assistência social ou jurídica (recuperação de documentos, resolução de situação jurídica dos familiares de presos desaparecidos – sucessão e outras demandas).

Por fim, cabe registrar que quando se menciona vítimas, em regra, inclui-se tanto aquelas que tiveram diretamente seus direitos fundamentais violados durante o período da repressão civil-militar, quanto seus familiares (especificadamente nos casos de vítimas ausentes ou falecidas).

Além do aspecto temporal, também poder-se-á usar como parâmetro para definir quem são as vítimas as circunstâncias da violação (vigência de leis extraordinárias, estado de sítio e de defesa) que podem incluir casos que antecedem ao período legal de repressão (CORREA, 2011, p. 450-454).

2.2.4 Reformas institucionais

A reforma institucional como componente da Justiça Transicional consiste na revisão e reestruturação das instituições públicas (a exemplo da polícia, do exército e de tribunais) utilizadas como instrumentos repressores e violadores de direitos humanos e repletas de práticas autoritárias.

Ricardo Silveira Castro (2014, p. 204-205) pontua com precisão a relevância das reformas institucionais ao afirmar que

É impensável que a superação de um regime ditatorial possa efetivamente ocorrer sem que haja uma profunda transformação de suas instituições. Essa reforma se mostra particularmente importante

470; ROHT-ARRIAZA, Naomi; ORLOVSKY, Katharine. Uma relação complementar: reparações e desenvolvimento. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011, pp. 542-546.

porque é por meio de suas instituições – e com base nos valores e princípios adotados por elas – que o Estado se move na busca pelos seus objetivos. (...) As instituições representam a face estrutural do Estado, que precisa de reformulação capaz de lhe permitir alcançar seus fins. Desse modo, a transformação (e em alguns casos até mesmo a dissolução) de determinadas instituições, bem como a reorganização do quadro funcional de agentes que prestam serviço à Administração pública precisa estar na pauta das políticas dos governos que tomam a frente no processo de (re)democratização.

Como exposto, as reformas devem se atentar não somente ao aspecto estrutural, mas também quanto ao quadro funcional, a fim de que não se permita que aqueles que constantemente violaram os direitos das vítimas da ditadura continuem com seu legado de autoridade.

Além das reformas estruturais e funcionais nas instituições, alguns outros eixos quanto à Reforma Institucional são elencados, a saber (ICTJ, 2017):⁵⁷

a) A criação de organismos de monitoração e acompanhamento das instituições do Estado, como conselhos, defensorias, controladorias, que possam fiscalizar seu funcionamento e garantir transparência;

b) Modificação e reforma de leis ou de dispositivos jurídicos que tenham se constituído no marco de regimes autoritários, garantindo que a legislação e constituição do país estejam a serviço do aperfeiçoamento da democracia;

c) Ampliação da participação popular nas decisões do Estado e no funcionamento de suas instituições;

d) Desarmamento, desmobilização e reintegração, ou seja, a dissolução dos grupos armados e forças paramilitares e implementação de processos pró-justiça, bem como medidas para a reintegração de ex-combatentes à vida civil;

e) Educação, a partir de programas de formação para trabalhadores do setor público conhecer as leis sobre direitos humanos e do direito humanitário.

⁵⁷ Eixos elencados pelo Centro Internacional de Justiça de Transição (ICTJ), informação obtida nos sítios eletrônicos a seguir, acessados em 08 de março de 2017: <<http://memoriasdaditadura.org.br/justica-de-transicao/>>; <<https://www.ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues/reforma-institucional>>.

3. CONCLUSÃO

A justiça de transição é o instrumento mais efetivo que conhecemos para reparar os danos causados por regimes autoritários na volta aos regimes democráticos. Sendo seus objetivos guias essenciais para qualquer política que busque uma efetividade longa.

A apresentação individualizada de cada um dos objetivos da Justiça Transicional foi aplicada como método para facilitar a compreensão. No entanto, não quer dizer que os mecanismos devem ser adotados isoladamente ou que a prática de uma medida se refere ao alcance de somente um dos objetivos.

Abrão, Rampin e Fonseca (2015, p. 376) salientam que

os países latino-americanos – em suas distintas conjunturas – percorrem diferentes trajetórias na implementação de mecanismos de Justiça de Transição. Isso porque não há uma ordem a ser observada e cada país desenvolve uma estratégia específica, recorrendo criativamente aos mecanismos – memória, verdade, reparação, justiça e reformas institucionais –, que possuem características comuns de complementariedade, circularidade e contextualidade.

Dessa forma, é preciso pensar sempre Verdade, Memória, Justiça, Reparação e Reformas Institucionais como objetivos da Justiça de Transição que devem ser adotados em complementariedade, pois interligados entre si, compreendendo-se a dinâmica cíclica que possuem, uma vez que a evocação de um mecanismo suscita o de outro, atento a todo momento a contextualidade de cada Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Paulo; RAMPIM, Talita Tatiana Dias; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. Direito à Justiça e Reforma das Instituições. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1. ed. Brasília: UnB, 2015. p. 170-172.

BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 1 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998

CASTRO, Ricardo Silveira. A dimensão da “justiça” na justiça de transição. In: MEYER, Emílio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Org.). *Justiça de transição nos 25 anos da Constituição de 1988*. 2 ed. Ampliada. Belo Horizonte: Initia Via, 2014. p. 190-230.

CATELA, Ludmila da Silva. O mundo dos arquivos. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 379-401

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./fev./mar. 2013.

CORREA, Cristián. Programas de reparação para violações massivas de direitos humanos: lições das experiências da Argentina, do Chile e do Peru. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 439-472.

FRANCA, Ludmila. América Latina e as ditaduras militares: fatores históricos. *Instituto Norberto Bobbio*. 2011. Disponível em: <<https://norbertobobbio.wordpress.com/2011/06/27/america-latina-e-as-ditaduras-militares-fatores-historicos/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

GREIFF, Pablo de. Justiça e reparações. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 405-438.

PADRÓS, Enrique Serra. Repressão e violência: segurança nacional e terror de Estado nas ditaduras latino-americanas. In: FICO, Carlos et. al. (Org.). *Ditadura e democracia na América Latina: balanço histórico e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008. p. 143-178.

PINTO, Simone Rodrigues. *Memória, verdade e responsabilização: uma perspectiva restaurativa da justiça transicional*. Brasília: UnB, 2012.

QUINALHA, Renan Honório. *Justiça de Transição: contornos do conceito*. 2012. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

_____. Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, n. 105, p. 181 a 204, fev./mai. 2013.

REÁTEGUI, Félix. As vítimas recordam. Notas sobre a prática social da memória. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 357-378.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Literatura como testemunho da ditadura. A ditadura militar brasileira em dois romances: Bernardo Kucinski e Urariano Mota. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1. ed. Brasília: UnB, 2015. p. 164-168.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Marcos teóricos da justiça de transição e os processos transicionais na América Latina. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. et al. (Org.). *O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina*. 1. ed. Brasília: UnB, 2015. p. 133-145.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça transicional e estado constitucional de direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. 2010. 355 f. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010

VENTURA, DEISY. A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Renovar, n. 17-18, p. 196-227, 2010.

ZALAUQUETT, José. A necessidade de reconstrução moral frente às violações de direitos humanos cometidas no passado: uma entrevista com José Zalaquett: entrevista [fevereiro de 1995]. Entrevista concedida a Naomi Roht-Arriaza. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça, 2011. p. 517-568.

O ROMPIMENTO DO TESTAMENTO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

ALLAN SANTOS SOARES:

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

WELLINGTON GOMES MIRANDA ⁵⁸

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem por escopo verificar o Rompimento do Testamento do Direito Sucessório Brasileiro. O testamento é um ato personalíssimo e revogável, de forma que o testador possui a liberdade para fazer e desfazer de acordo com sua vontade, devendo sempre ser respeitados as disposições legais exigidas para que se tenha validade. Deste modo para que haja uma proteção dos descendentes ou herdeiros necessários que eram desconhecidos ou não se sabiam é lícito que estes proponham o rompimento do testamento, para que sejam reconhecidos seus direitos, desfazendo o ato jurídico realizado anteriormente.

Palavras-chave: Rompimento do Testamento. Ato Personalíssimo. Liberdade. Rompimento do Testamento.

Abstract: This article aims to verify the Breach of the Will of the Brazilian Succession Law. The will is a very personal and revocable act, so that the testator has the freedom to do and undo according to his will, and the legal provisions required for its validity must always be respected. In this way, in order to protect the necessary descendants or heirs who were unknown or not known, it is lawful for them to propose the breaking of the will, so that their rights are recognized, undoing the legal act performed previously.

Keywords: Breaking of the Testament. Very Personal Act. Freedom. Testament breach.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA 3. FORMAS ORDINÁRIAS DE TESTAMENTO. 4. ROMPIMENTO DO TESTAMENTO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

58Mestre em Direito pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

1. INTRODUÇÃO

O direito brasileiro regulamenta toda e qualquer relação existente entre pessoas, nessa premissa, o ordenamento jurídico dispõe sobre o Direito das Sucessões. Qualquer pessoa tem o direito de dispor de seus bens conforme sua vontade, desde que observados o exigido em lei, ou seja, é lícito aos maiores de dezesseis anos fazer testamento, respeitando a porcentagem obrigatória que deve ser deixada aos herdeiros necessários.

Os pressupostos da sucessão é a morte do autor da herança e a vocação hereditária, ou seja, a necessidade de alguém falecer e a existência de um herdeiro ou substituto. O falecimento é comprovado com a certidão de óbito e coube ao Código Civil disciplinar a prevalência dos herdeiros.

A legislação brasileira possui duas formas de sucessão: a legítima e a testamentária. A sucessão legítima respeita os herdeiros necessários, conforme disposto em lei, já a sucessão testamentária na sucessão, baseado no Princípio da Livre Manifestação da Vontade do Testador, a sucessão testamentária é conduzida pelo testamento, o qual, é um ato pessoal e revogável, de forma que o testador tem a liberdade para fazer e desfazer conforme sua vontade, sempre respeitando as disposições legais exigidas.

Para que haja uma proteção dos herdeiros necessários que eram desconhecidos, é legal que estes proponham o rompimento do testamento, para que sejam reconhecidos. Desse modo, presta-se o presente artigo a análise legal e teórica do instituto do rompimento do testamento no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, o testamento é definido como um ato personalíssimo e revogável, pelo qual o autor, conforme com a lei dispõe, designa à algum herdeiro testamentário, de forma total ou parcial de seus bens, para depois de sua morte.

2. SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

A personalidade jurídica nasce com a pessoa e extingue-se com a sua morte. A garantia à herança está no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal:

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:

XXX - é garantido o direito de herança;

A existência da pessoa natural termina com a morte e, nesse momento, abre-se a sucessão de modo que a herança se transmite, instantaneamente, aos herdeiros legítimos e testamentários. O fundamento mais evidente é o da continuidade da vida humana projetada nos herdeiros de forma que o patrimônio do falecido acompanha essa linha. Conforme Venosa estabelece, com a família e a propriedade surge o direito sucessório como fator de continuidade do corpo familiar, (2014, p.5).

O principal pressuposto para a sucessão é a morte do autor da herança. Portanto, nas palavras do Lisboa (2013), herança é “uma universalidade de direito, pois se constitui coisas simples e compostas, que são agrupadas em uma unidade substancial” (2013, p. 3545). Nesse sentido, ao legislador do direito cabe estabelecer a quem e como se dará a transmissão patrimonial do de cujus, é o que configura a herança.

A sucessão pode ser testamentária, quando o falecido deixa um testamento determinando, nos limites da lei, a maneira como ele deseja que seus patrimônios sejam distribuídos, e legítima, quando o falecido não deixa testamento, e quando deixa, nos casos em que ocorre a caducidade, a invalidade deste, ou até mesmo quando nele há omissão de algum bem, neste caso, a lei determinará seus sucessores.

Dessa forma, a sucessão legítima, trata-se da transmissão dos bens do de cujus àqueles que seguem a ordem hereditária, conforme expõe o artigo 1.829 do Código Civil.

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.

É necessário elucidar o significado de alguns conceitos que serão fundamentais para a compreensão:

- Ascendente: esse conceito refere-se aos antecessores e antepassados de alguém, ou seja, de quem se descende. A título de exemplo, podemos citar avós e pais;

- Descendente: diz respeito aos sucessores de alguém, isto é, indivíduos que descendem de nós. Exemplos de descendentes são filhos e netos;

- De cujus: palavra em latim, comumente utilizada no meio jurídico, para referir-se ao falecido, cujos bens estão registrados em um inventário.

A legítima, na falta do testamento, respeita a ordem disposta na legislação civil, onde o patrimônio deixado pelo falecido é dividido em partes iguais. Desse modo, a herança é transmitida aqueles que a lei indica. As indicações desses herdeiros possuem ordem preferencial que deve ser observada, esta é chamada "ordem da vocação hereditária".

Segundo Gagliano e Filho "Os herdeiros necessários (...) são aqueles que têm direito a legítima" (2017, p. 192). Entende-se por herdeiro necessário aquele que por força de lei tem direito à parte legítima da herança, que é de 50%, não podendo haver violação de direito dos herdeiros necessários.

Já em relação a sucessão testamentária, tem-se como ato de última vontade do falecido, onde observado instrumento formal e o disposto em lei, o de cujus, deixa testamento, de seus bens, de forma total ou parcial. Se observa, então, que a disposição dos bens da sucessão testamentária não pode ser total, pois há necessidade da preservação da legítima, quando for necessário. Isso é determinado pelo artigo 1788 do Código Civil que diz:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrer quando os bens não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Contudo, apesar da subsidiariedade descrita em lei, merecesse ressalva que segundo Roberto Carlos Gonçalves:

A existência de testamento não exclui a sucessão legítima. Com efeito, a sucessão testamentária pode com ela conviver, em havendo herdeiro necessário, a quem a lei assegure o direito à legítima, ou quando o testador dispõe apenas de parte de seus bens.

Em se tratando de sucessão testamentária, o testador pode dispor livremente de apenas 50% dos bens. A outra metade destina-se aos herdeiros necessários que, como demonstrado, abarcam o cônjuge.

Somente através da deserdação poderá o testador afastar o cônjuge de sua sucessão. Porém, a título de complementação. Cabe ressaltar que não há, no Código Civil de 2002, qualquer dispositivo que preveja as causas de deserdação do cônjuge.

A propósito, enfatizou o Superior Tribunal de Justiça:

O testamento é um ato solene que deve ser submetido a numerosas formalidades; caso contrário, pode ser anulado. Entretanto, todas as etapas formais não podem ser consideradas de modo exacerbado, pois a exigência delas deve levar em conta a preservação de dois valores principais: assegurar a vontade do testador e proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos. (...) O vício formal somente deve ser motivo de invalidação do ato quando comprometedor da sua essência, que é a livre manifestação da vontade do testador, sob pena de se prestigiar a literalidade em detrimento da outorga legal à disponibilização patrimonial pelo seu titular.

Na sucessão testamentária, o herdeiro testamentário é aquele nomeado em testamento. Na sucessão legítima os herdeiros legítimos são divididos em herdeiros necessários e herdeiros facultativos. Os necessários são aqueles cuja lei protege dando direito a metade do patrimônio do falecido, sendo eles, respectivamente, os descendentes, os ascendentes e os cônjuges. Já os facultativos, são aqueles que só recebem herança se não tiver herdeiro necessário, se o testador não tiver deixado determinado para quem seus bens devem ser concedidos, e se o testamento dispor sobre destino de espólio.

O testamento é classificado em duas modalidades: a forma ordinária ou extraordinária. A forma ordinária é aquela que respeita a preferência do autor, quanto à forma extraordinária (podendo ser chamada também de especial), é aquela onde há dúvidas sobre fatos da vida do testador.

Quando alguém fala, porém, em espécies de testamento, está se referindo a subdivisões desta classificação primária, a saber, em relação à forma ordinária, os testamentos público, cerrado e particular, e, sob a forma especial, os testamentos marítimo, aeronáutico e militar (GAGLIANO E FILHO, 2017, p. 269).

Neste intervalo, observando todos os ditames legais dispostos no Código Civil, a sucessão testamentária é direito fundamental consagrado constitucionalmente em favor

daqueles que podem ser incluídos como herdeiros, aqueles que não tem direito à legítima, mas que de alguma forma tinha forte vínculo com o de cujus.

A liberdade testamentária não é absoluta, nem ilimitada, ela deve obedecer às regras da norma hierárquica superior. As disposições testamentárias devem observar os princípios, principalmente, aqueles previstos na Constituição Federal. O direito sucessório não pode fomentar discriminação entre filhos, e se, eventualmente, ocorrer colisão de princípios, no ato de última vontade, ocasionando discriminação entre os filhos. Desta forma, caberá ao intérprete do direito resolver o conflito com a regra de sopesamento dos princípios, a fim de preservar os direitos dos envolvidos no caso concreto.

3.FORMAS ORDINÁRIAS DE TESTAMENTO

O legislador, no Código Civil de 2002 reconhece como ordinários os seguintes tipos de testamento: público, cerrado, e o particular. Só será considerado testamento o negócio jurídico que for celebrado sob uma das formas indicadas na lei (princípio da tipicidade). Não é permitido ser utilizado nenhum outro tipo, ficando, ainda, vedado, fazer combinações entre os existentes, à luz do artigo 1.863 do Código Civil.

Para Gonçalves (2017), o testamento público é aquele que é escrito pelo tabelião em livro de notas, conforme o que declara o testador.

O testamento público é ato privativo do tabelião ou do seu substituto legal, não pode ser empregado à terceiro, isso se dá pelo fato do tabelião se trata de oficial público que redige, fiscaliza e instrumenta negócios jurídicos, conferindo-lhes autenticidade e fé pública.

O testamento público é escrito pelo tabelião ou substituto legal, em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, feitas em língua nacional, em presença de duas testemunhas que devem assistir a todo o ato.

O tabelião deve escrever exatamente o que foi dito pelo testador, ficando este, portanto, obrigado a dizer, não podendo, por exemplo, ser copiado. Caso assim o faça, haverá a nulidade do ato.

Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Após escrito, o instrumento do testamento será lido em voz alta pelo tabelião ao testador e às duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se assim o quiser, na presença das testemunhas e do oficial. Não é permitida a leitura sucessiva, ao testador e, depois às testemunhas. A leitura precisa ser feita na presença simultânea, conjunta e contínua do testador, do tabelião e das testemunhas como expressamente mencionado no inciso II do art. 1.864 do Código Civil.

Após a leitura, estando em ordem, a cédula será assinada pelo tabelião que o escrever, pelo testador e pelas testemunhas, seguidamente e em ato contínuo (CC, art. 1.964, III).

Na hipótese do art. 1.865 do Código Civil, quando o testador não souber ou não puder assinar e, em vez de solicitar que uma das testemunhas instrumentárias assine a seu rogo, como determina o referido dispositivo legal, faz o pedido a outrem.

Além da hipótese do artigo 1.865 já mencionada, na qual, quando o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião assim o declarará assinado pelo testador, e a seu rogo, umas das testemunhas:

Art. 1.865. Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.

Art. 1.866: O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas;

Art. 1867: Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

O testamento cerrado, popularmente conhecido como testamento secreto, é aquele lacrado e registrado ao oficial de notas. Ele é elaborado para manter em segredo a última vontade do testador até sua morte.

O testamento cerrado é, portanto, entregue pelo testador na presença de duas testemunhas, aprovado pelo declarante, lacrado e registrado. O testamento cerrado é integrado pela cédula testamentária, que pode ser elaborada de forma mecânica ou não, e pelo auto de aprovação, ou seja, um documento privado e outro público. (LISBOA, 2017, p. 447).

De acordo com o artigo 1.801 do CC, são proibidos de escrever a cédula testamentária a rogo do testador: o herdeiro instituído, ou legatário, o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos.

A última fase é a do cerramento, quando, após a assinatura, o tabelião vai cerrar e coser o testamento. Depois de aprovado e cerrado, o estamento será entregue ao testador, e o tabelião lançara em seu livro de notas, o lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue. Após a entrega, o testamento deverá ser guardado pelo testador, ou pessoa que este designar, para ser apresentado em juízo por ocasião da abertura da sucessão.

Até então, o documento deve permanecer inviolável; se for aberto pelo testador, ou houver violação do lacre com o consentimento do testador, o testamento será tido como revogado, de acordo com o disposto no artigo 1.972 do Código Civil: "O testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado".

Quanto ao testamento particular, é aquele escrito a punho pelo testador, assinado por ele e lido a três testemunhas, que o subscreverão, com o intuito de confirmar a autenticidade do testamento após a morte do autor. Esta forma 7 de testar não possui a necessidade de haver a presença de um tabelião, o que o torna mais econômico, entretanto é a forma menos segura de se testar, uma vez que pra sua confirmação necessário se faz a presença das três testemunhas em juízo após a abertura da sucessão e elas podem não comparecer (BEVILÁQUA, 2011).

Nessa modalidade de testamento, faz-se desnecessária a presença do tabelião para validá-lo. Todavia, paira sobre ele insegurança, pois depende da confirmação das testemunhas em juízo, após a abertura da sucessão, e essas podem vir a faltar. Nessa hipótese, o testamento estará irremediavelmente prejudicado e não serão cumpridas as disposições de última vontade manifestadas pelo testador. O destino dos bens regular-se-á pelos critérios estabelecidos para a sucessão legítima.

Não é necessário que o testamento particular seja redigido num só momento, ininterruptamente. O testador pode escrevê-lo aos poucos, à medida que as suas ideias vão se organizando e sua vontade se formando. Não há falar, nessa fase, em unidade de contexto.

O Código Civil de 2002 simplificou a elaboração dos testamentos, revelando uma acentuada tendência do legislador em facilitar a sua confecção, desde que, no entanto, cumpra com as condições e requisitos previstos em lei.

4.O ROMPIMENTO DO TESTAMENTO NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

O rompimento é a ruptura do testamento, sendo uma das modalidades extintivas deste. A ruptura ocorre quando há a superveniência de uma circunstância relevante, capaz de alterar a manifestação de vontade do testador como, por exemplo, o aparecimento de um herdeiro necessário que o autor do testamento não tinha conhecimento no momento em que declarou sua vontade em testamento (BEVILÁQUA, 2011).

O rompimento do testamento é determinado pela lei, na presunção de que o testador não teria disposto de seus bens no testamento da forma que fez se soubesse da existência de tal herdeiro. O rompimento, no entanto, independe de vontade do testador; é determinado pela lei. Alguns autores consideram como revogação tácita ou legal, ou até mesmo como caducidade. Este ato não afeta a existência ou validade do testamento, porém compromete a eficácia. Pois se encontra alheia à vontade do testador, com acontecimentos inesperados.

O rompimento contradiz todo o princípio do direito testamentário, o qual preserva a vontade do testador. Considera-se a teoria da imprevisão. Se durante o tempo percorrido após a manifestação em testamento, houver fato modificativo, que implicaria possibilidades diferentes para o testador, e assim o testamento não representaria sua vontade.

O rompimento do testamento é ocasionado por duas razões: a inexistência ou o desconhecimento da existência do herdeiro necessário quando da sua elaboração. Se o testador dispõe dos seus bens antes de possuir, ou antes mesmo de saber da existência dos herdeiros necessários, a lei presume que, conhecedor de tal circunstância, seria diferente sua declaração de última vontade. O testador pode, no próprio testamento, afastar as hipóteses de ruptura por fato superveniente, denominando-se a presunção juris tantum. Apesar disso, é preciso, para resguardar sua higidez, que seja apreciada a legítima dos eventuais herdeiros necessários.

É reconhecido que ocorre a ruptura não somente quando o herdeiro manifesta depois da morte do testador. A consequência do aparecimento de um herdeiro necessário, mesmo enquanto vivo, é o rompimento do testamento. Por esse motivo, não é preciso o testador revogar o testamento, ao tomar conhecimento da sua existência. O testamento é revogado pela lei em seu lugar.

De acordo com o disposto no art. 1.793 do Código Civil:

1.793. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Isso significa que o testador, não tinha nenhum descendente e posteriormente vem a tê-lo havido ou não do casamento. O reconhecimento de tal descendente pode ser voluntário ou por meio de ação de investigação de paternidade.

O fato de saber ou não da existência de algum herdeiro necessário, não pode ocasionar resultados totalmente opostos, se a vontade do testador for o propósito deste instituto. Se provado que o testador desconhecia da existência do filho, vai haver o rompimento do testamento e todos herdam parcelas iguais. Entretanto, ao concluir que o testador tinha ciência da concepção do filho no momento em que elaborou o testamento, o mesmo se mantém e o filho considerado "bastardo" receberá, tão somente, a legítima a que faz jus como herdeiro necessário. O restante fica para seus irmãos que, além da legítima, herdarão a quota disponível como herdeiros testamentários.

Os Tribunais Brasileiros possuem o entendimento do rompimento, conforme jurisprudência do Tribunal do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE QUE RECONHECE DESCENDENTE SUCESSÍVEL. ROMPIMENTO DO TESTAMENTO. ILEGITIMIDADE DAS APELANTES PARA RECORRER.

ROMPIMENTO DO TESTAMENTO QUE ATINGE O PLANO DA EFICÁCIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. A superveniência de descendente sucessório enseja o rompimento do testamento. 2. A doutrina de Maria Berenice Dias explica que o rompimento do testamento tem como consequência a sua ineficácia: o testamento não produz efeito, não pode ser cumprido. Na tentativa de identificar a natureza jurídica deste fenômeno, cabe mais uma vez invocar os planos da existência, da validade e da eficácia dos atos jurídicos. O rompimento não atinge o plano da existência e nem o da validade, mas o da eficácia. Mesmo que o testamento exista e seja válido, é ineficaz por fato alheio à vontade do testador. A ruptura é obra da lei, regra jurídica cogente: a lei afasta o testamento. (DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 468). Por consequência, não remanesce interesse processual das legatárias. 3. Recurso não conhecido. (TJPR - 12ª C.Cível - AC - 1647517-3 - Curitiba - Rel.: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza - Unânime - J. 24.10.2018) (TJ-PR - APL: 16475173 PR 1647517-3 (Acórdão), Relator: Juiz Luciano Carrasco Falavinha Souza, Data de Julgamento: 24/10/2018, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2388 21/11/2018)

Em casos de adoção, também ocorrerá a ruptura do testamento. A igualdade entre os filhos é revista constitucionalmente, no art. 227, parágrafo 6º do Código Civil. Nesse sentido o Tribunal de Minas Gerais entendeu que ocorre o rompimento do testamento:

EMENTA: DIREITO CIVIL - ROMPIMENTO DE TESTAMENTO - ADOÇÃO SÓCIO-AFETIVA - REGISTRO POSTERIOR AO TESTAMENTO - EXISTÊNCIA DE VÍNCULO PRÉVIO - HIPÓTESE PARA O ROMPIMENTO NÃO CONFIGURADA - EVENTUAL EXCESSO OU REDUÇÃO NA DISPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - COMPETÊNCIA DO JÍZO DO INVENTÁRIO - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O reconhecimento de filho por adoção, após a elaboração de testamento no qual esse mesmo filho já fora contemplado com o maior quinhão, não rompe o testamento. 2. Inteligência do art. 1.973, do Código Civil. 3. Necessidade de preservação das disposições de última vontade do de cujus. 4. As questões atinentes a eventual excesso ou redução das disposições

testamentárias devem ser apresentadas e decididas na ação de inventário, onde ocorre a partilha dos bens do de cujus. (TJ-MG - AC: 10686160020018001 Teófilo Otôni, Relator: Francisco Ricardo Sales Costa (JD Convocado), Data de Julgamento: 09/06/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 4ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 10/06/2022)

É impróprio o uso deste dispositivo, para firmar postura discriminatória com relação ao filho, visto que o mesmo tem finalidade diversa. É absoluto o reconhecimento de que, independentemente da ciência ou não da existência do filho por parte do testador, impõe-se o rompimento do testamento ou, pelo menos, a redução das disposições testamentárias à parte disponível.

O que acarreta o rompimento do testamento é o surgimento de herdeiro necessário que faz jus à legítima, e não sempre que aparece descendente ou até mesmo ascendente, depois da sua elaboração. Dessa forma, só haverá o rompimento se depois do testamento surgir herdeiros necessários, e não qualquer outro parente, por exemplo, um sobrinho. Entretanto, o testamento perde a eficácia, se o testado adotar um filho.

O Código Civil, em seu artigo 1.974 diz: "Rompe-se o também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários". Entende-se que o testamento poderá ser rompido quando o autor não tinha conhecimento se possuía herdeiros necessários no momento em que testou.

O rompimento tem um caráter ético, uma vez que o legislador presume o senso de responsabilidade do autor para com seus herdeiros necessários, portanto a consequência é a imposição dessa presunção como regra e, a desnecessidade do testador ter de incluir cláusulas testamentarias dispondo sobre essa hipótese, uma vez que o legislador já se propôs a fazê-lo (MENEZES, 2017).

Tal ato é visto como uma medida extrema que só se admite quando o testador desconhece qualquer herdeiro necessário, não o havendo se surgir outro parente em diferente nível grau de parentesco, como exemplo, um primo.

A superveniência de descendente só é causa de rompimento do testamento quando o autor da herança não tinha nenhum herdeiro dessa classe. Caso já tenha um descendente e testa, a superveniência de outro não acarreta a ruptura do testamento. Ou seja, não se rompe a disposição testamentária, nesse caso, com o nascimento do outro: ambos dividirão entre si a legítima.

A descoberta posterior acarreta o rompimento automático, *ex vi legis*, do testamento, sem necessidade de que se o revogue. Presume-se que a ciência de tais fatos o faria testar de forma diversa da que o fez.

Portanto, se o testador souber da existência do herdeiro necessário e mesmo assim dispuser de sua quota disponível, o testamento é válido e deve ser cumprido, como se estatui o art. 1.975 do Código Civil.

Conforme Dias (2015), o rompimento do testamento poderá ser declarado no momento do inventário, onde os herdeiros necessários são as partes ativas e se beneficiarão com a exclusão do herdeiro testamentário, que será a parte ré no processo.

Nesse sentido, conforme menciona Lisboa (2017), deve-se comprovar a total ignorância do autor quanto aos herdeiros necessários para que haja o rompimento do testamento. Percebe-se que o rompimento é uma hipótese de extinção do negócio jurídico realizado pelo autor da herança, essa ruptura é 8 determinável por lei, uma vez que o de cujus em modificar o seu ato de última vontade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela observação dos aspectos analisados, o testamento é um ato pessoal e revogável, de forma que o testador possui a liberdade para fazer e desfazer de acordo com sua vontade, devendo sempre ser respeitados as disposições legais exigidas para que se tenha validade.

Respeitando esse princípio liberal é direito do testador revogar seu testamento, da maneira que bem entender, ou seja, de forma parcial ou total.

O rompimento é uma forma de revogação legal, gerando assim, nulidade absoluta ao ante disposto, ocorre quando distribui a parte disponível como deseja, porém, surge um herdeiro superveniente, ou seja, um herdeiro do qual o testador não tinha conhecimento no momento em que formulou o testamento, como amparado pelos artigos 1.973 e 1.974, ambos do Código Civil. Justamente para garantir a proteção desse, e do que é seu por direito, a legislação cria o instituto do rompimento.

Deste modo para que haja uma proteção dos descendentes ou herdeiros necessários que eram desconhecidos ou não se sabiam é lícito que estes proponham o rompimento do testamento, para que sejam reconhecidos seus direitos, desfazendo o ato jurídico realizado anteriormente.

Contudo é indispensável que não se confunda os termos e nem suas aplicações, ou seja, é necessário se compreender corretamente o sentido e a função de cada um dos termos, para que se aplique de forma correta cada acontecimento ao seu respectivo ato. Pois a revogação refere-se aos atos praticados pelo próprio testador enquanto o rompimento aplica-se a terceiros.

Assim, se um testamento não atende a esses requisitos, ele será considerado nulo, no todo ou em parte, não representando, no fim das contas, meio hábil para se fazer cumprir as disposições de última vontade de quem o elaborou. E esse, claro, não é o objetivo de quem dispõe suas derradeiras vontades em testamento.

6.REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Disponível em: <https://www.normasabnt.org/>. Acesso em: 14/06/2022

ALVES, Flávia Catarina; ALPULINÁRIO, Lana. Revogação e do Rompimento do Testamento. Disponível em: [https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/revogacao e do rompimento do testamento- .pdf](https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/revogacao_e_do_rompimento_do_testamento-.pdf). Acesso em: 03 de julho de 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das Sucessões. Campinas: São Paulo. 2011

BRASIL. Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25 de julho de 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 539.605/SP. Rel. Ministro Castro Filho, terceira turma, julgado em 27/04/2004, publicado no DJ 10/05/2004. Acesso em: 28 de julho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.169.639-MG (2009/0232432-9). Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 11 dez. 2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468090985/recurso-especial-resp-1288703-sp-2011-0252738-0?ref=topic_feed>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Sucessões. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 491-505 p.

DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 300-305 p. DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Sucessões. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 491-505 p.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. vol. 6. GAGLIANO, P. S; FILHO, R. P. Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 397-398 p.

FAVARO, Marielli. Formas Ordinárias e Especiais de Testamentos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62380/formas-ordinarias-e-especiais-de-testamento>. Acesso em 03 de julho de 2022.

GAGLIANO, Pabo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, Direito das Sucessões. Ed 4ª. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Roberto Carlos. Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 6º Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOLÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Vol. 7. - RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das sucessões. 26ª ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 7.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; NUNES, Brenda Neves de Oliveira. Análise Jurídica da Sucessão Testamentária no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59127/analise-juridica-da-sucessao-testamentaria-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 13 de junho de 2022.

LISBOA, Roberto Senise. Direito de Família e Sucessões. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCEL, Jean. Os Testamentos Ordinários: Públicos, Cerrado e Particular. Disponível em: <https://jjmarcel.jusbrasil.com.br/artigos/544989866/os-testamentos-ordinarios-publico-cerrado-e-particular>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

MENEZES, Rafael de. Direito das Sucessões, 2017. Disponível em: <http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direito-das-Sucess%C3%B5es/9/aula/7>. Acesso em: 30 agosto de 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. I e III.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. 35ª ed. Atualização de Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 6; 37ª ed. Atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2004. V. 2.



www.conteudojuridico.com.br

SERRAGLIA. Henrique. Revogação, Nulidade, Caducidade e Rompimento no Testamento. Disponível em: <https://henriqueserraglia.jusbrasil.com.br/artigos/654930355/revogacao-nulidade-caducidade-e-rompimento-no-testamento>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1537745998/apelacao-civel-ac-10686160020018001-teofilo-otoni>. Acesso em: 13 de junho de 2022.

DA POSSIBILIDADE DE USO DO *HABEAS CORPUS* EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL

GUILHERME BARBOSA FRANCO PEDRESCHI:

Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RESUMO: Este estudo busca analisar a possibilidade do uso do *habeas corpus* em sede de execução penal, refletindo, para tanto, posições da doutrina e da jurisprudência sobre o tema. Para sua execução, o trabalho teve como metodologia a pesquisa e consulta bibliográfica, bem como análise de jurisprudência e consulta aos artigos e notícias publicados na rede mundial de computadores.

PALAVRAS CHAVES: execução penal; recurso próprio, *habeas corpus*.

ABSTRACT: This study seeks to analyze the possibility of using *habeas corpus* in criminal enforcement, reflecting, for that purpose, positions of doctrine and jurisprudence on the subject. For its execution, the work had as methodology the research and bibliographic consultation, as well as jurisprudence analysis and consultation of articles and news published on the world wide web.

KEYWORDS: penal execution; specific judicial appeal, *habeas corpus*.

1. Introdução

De modo geral, a jurisprudência pátria vacila no que se refere ao entendimento das hipóteses de cabimento do *habeas corpus*: ora admite a impetração para determinada hipótese, ora subtrai tal possibilidade para hipóteses análogas. Neste contexto, surge o tema deste estudo: o manejo do *habeas corpus* em sede de execução penal para salvaguarda do direito à liberdade de locomoção.

A possibilidade de impetração do *habeas corpus* em face de decisões proferidas em sede de execução da pena ainda é um assunto de debate caloroso na doutrina e jurisprudência.

A tese contrária à utilização do *habeas corpus* em sede de execução penal aponta, de maneira simplista, que a Lei de Execução Penal prevê o recurso adequado para impugnação das decisões proferidas pelo juízo da execução, qual seja, o agravo em execução penal.

Contudo, os defensores do manejo do *habeas corpus* sustentam posição

diametralmente oposta, ressaltando a importante missão que o remédio constitucional possui e sustentando que, com mais razão, deve ser cabível na fase executiva em razão da punição do apenado com a privação de sua liberdade.

A questão é relevante uma vez que, como dito, o *habeas corpus* visa combater o abuso de poder e a ilegalidade praticados contra a liberdade de locomoção do indivíduo.

É na fase executiva que o reeducando está privado de sua liberdade de locomoção e, ainda que preso, possui o direito à liberdade nos aspectos que não foram restringidos pela decisão judicial condenatória ou pela lei, razão pela qual se faz necessário o conhecimento do *habeas corpus* para exame da coação ou violência à liberdade de locomoção.

Em que pese a visão garantista que vêm se desenvolvendo no país, em especial a partir do advento da Constituição de 1988, ainda persiste debate na doutrina e principalmente na jurisprudência quanto a possibilidade do manejo do *writ* quando ainda é cabível a interposição do recurso apropriado, previsto em lei.

Na prática, por estratégia, a defesa, acaba impugnando a decisão que deveria ser combatida com recurso ordinário previsto para combater tal tipo de decisão, optando, outrossim, por manejar o *habeas corpus*, seja de maneira concomitante ao recurso, seja de por meio de substituição: é o que se convencionou chamar de *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinariamente previsto em lei.

A seguir, passaremos a tratar das razões para tais estratégias de defesa, bem como suas implicações e resultados práticos.

2. A execução penal

Dentre as ramificações do Direito, para melhor estudo do tema, a execução da sentença condenatória ou absolutória imprópria, proferida pelo juízo criminal, ficou a cargo da Execução Penal.

Após grande debate na doutrina, firmou-se o entendimento de que a natureza do procedimento de execução da pena é jurisdicional, uma vez que realizado pelo Poder Judiciário, restando afastado qualquer entendimento de que seja puramente administrativa.

Contudo, é certo que envolve também atividade administrativa. Neste diapasão é o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover:

[...] a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve,

entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.⁵⁹

Destarte, trata-se de ramo autônomo, apesar de ser impossível dissociá-lo do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Considerando a natureza jurisdicional, o processo de execução penal deve observar os princípios gerais do direito e os princípios específicos, inerentes ao Direito Penal, Processual Penal e à própria Execução Penal.

Dentre os princípios gerais do Direito, podemos citar que o processo de execução da pena também deve observar os princípios e garantias insculpidos na Constituição da República, implícita ou explicitamente, tais como a legalidade, a publicidade, a oficialidade, a imparcialidade do juiz, o devido processo, a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a celeridade, a duração razoável do processo, a igualdade, a isonomia, a motivação das decisões judiciais e o direito à defesa técnica.

Em razão de sua natureza penal, decorrem os princípios da jurisdicionalidade, da intervenção mínima, da culpabilidade, da lesividade, da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, da humanidade, da não marginalização da pessoa presa ou internada, da individualização da pena, da transcendência mínima, da razoabilidade, da proporcionalidade, da humanização da pena, da intranscendência da pena, do *numerus clausus* (número fechado) e da reeducação ou da ressocialização.

Hodiernamente, a execução da pena é disciplinada pela lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984, popularmente conhecida como LEP – Lei de Execução Penal.

Precipuamente, visa a lei de execução penal assegurar que todos os direitos e garantias da pessoa humana sejam observados em relação ao reeducando.

De fato, ainda que privado de sua liberdade de locomoção, aos condenados e internados devem ser assegurados todos os direitos inerentes à pessoa humana. Durante a execução da pena, somente podem ser restringidos os direitos expressamente previstos na sentença condenatória ou na lei.

É o que preceituam o artigo 38 do Código Penal, ao disciplinar que “o

⁵⁹ NUCCI, 2014, p. 917

preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral"; e, ainda, o artigo 40 da Lei de Execução Penal, ao dispor que "ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela Lei".

Neste sentido são as lições de Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, n.p.):

A Lei de Execução Penal estabelece que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º). Semelhante norma é encontrada no Código Penal, ao prever que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade (art. 38). Estes dois dispositivos se conectam diretamente com a previsão legal de que haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares (art. 185 da LEP).

As normas contidas nos arts. 3º da LEP e 38 do CP revelam que a penalização tem um limite bastante claro: os direitos das pessoas presas. Tais normas são derivações lógicas do princípio da legalidade (ou "princípio de reserva") e demonstram que os efeitos da condenação penal devem se circunscrever apenas aos gravames legais ou judiciais afetos à liberdade ambulatorial, descabendo quaisquer outras sanções ou restrições ao condenado. São derivações também do princípio *ne bis in idem*, considerando que o condenado não pode, a um só tempo e pelo mesmo fato, perder sua liberdade e outros direitos a ela não diretamente relacionados.

Sob a égide destas regras, toda a legislação penal deve ser interpretada. Assim sendo, a despeito da condenação criminal, permanecem intocáveis os direitos da pessoa presa, em especial aqueles trazidos pelo art. 41 da LEP ("indicados com clareza e precisão a fim de evitar a fluidez e as incertezas resultantes de textos vagos ou omissos", conforme preceitua o item 75 da Exposição de Motivos da LEP).

Assim, ainda que preso ou internado, ao condenado devem ser assegurados todos os direitos e garantias fundamentais previstos nos incisos do artigo 5º da Constituição da República. Dentre eles, importante destaque deve ser feito em relação ao direito à liberdade, o qual deve ser garantido ao preso naquilo que não foi limitado pela lei ou pela sentença.

Para a garantia de que todos esses direitos sejam observados, em especial o direito à liberdade de locomoção, cabe ao ordenamento jurídico proporcionar a todos – tanto ao apenado como à sociedade em geral – os meios inerentes à defesa dos direitos, seja por intermédio de recurso próprio ou pelas ações constitucionais. Em especial, é pertinente o manejo do *habeas corpus* para tal fim.

Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, n.p.):

No processo de fragmentação das teorias da supremacia especial, a causa *Coffin vs. Reichard* (julgada em 1944, nos EUA, pelo Circuit Court of Appeals – Sixth Circuit) mostrou-se essencial por assegurar ao peticionante o direito de manejar *habeas corpus* para contestar a supressão de direitos durante o confinamento. A referida decisão foi paradigmática por trazer pela primeira vez a ideia de que o preso mantém todos os direitos não atingidos pela privação legal da liberdade. O trecho mais marcante da célebre decisão estabelece: “um prisioneiro mantém todos os direitos de um cidadão comum, exceto aqueles expressamente, ou por implicação necessária, tirados dele por lei. Embora a lei tire a sua liberdade e imponha um dever de submissão e observância da disciplina para a sua conduta e de outros prisioneiros, isto não afasta seu direito à segurança pessoal contra invasão ilegal. Quando um homem possui um direito substancial, os tribunais serão diligentes em encontrar uma maneira de protegê-lo. O fato de uma pessoa estar legalmente na prisão não afasta o uso de *habeas corpus* para proteger seus outros direitos inerentes.

Destarte, passaremos à análise de alguns aspectos básicos e fundamentais do processo de execução penal para, posteriormente, analisarmos a viabilidade do manejo do *habeas corpus* em sede de execução penal.

2.1 Execução penal: a Lei 7.210 de 1984 e alguns aspectos procedimentais

A execução da pena é regida pela lei 7.210, promulgada aos 11 de julho de 1984.

A instauração do procedimento de execução da pena inaugura nova relação jurídica, com a separação do processo de conhecimento e o processo executivo. Apesar disso, não se faz necessária nova citação do apenado para início de tal procedimento.

A Lei de Execução Penal foi idealizada para, em paralelo à execução da pena, garantir assistência ao preso, ao internado e, ainda, ao egresso, tanto na seara material, quanto na área da saúde, educacional, social e religiosa.

A lei enumera os direitos, deveres e disciplina do preso, apontando as faltas e sanções disciplinares, em rol taxativo. Na referida lei ainda estão dispostos os órgãos da execução penal, os departamentos penitenciários e os estabelecimentos penais.

Considerando que a execução da pena é um procedimento executivo, é necessário que se inicie com um título executivo e, tendo em vista que o poder de punir é exclusivo do Estado – o qual possui legitimidade, portanto –, o título será sempre judicial.

São exemplos de títulos executivos judiciais a sentença, o acórdão e a homologação em juízo da transação penal em sede de juizado especial criminal.

O título, em regra, deve ser definitivo, contudo, admite-se a execução provisória da pena em benefício do réu que responde ao processo preso cautelarmente e, em tal período, já adquiriu o direito a obtenção de benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

Quanto à execução provisória da pena, prevalece na doutrina que somente é admitida se pendente o trânsito em julgado para o Réu, ou seja, se pendente a apreciação do recurso interposto pelo próprio Réu, de sorte que a decisão condenatória já deve ter transitado em julgado para a acusação.

Neste sentido explica Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 950) que

A viabilidade, segundo entendemos, somente está presente, quando a decisão, no tocante à pena, transitou em julgado para o Ministério Público, pois, dessa forma, há um teto máximo para a sanção penal.

Contudo, tal posição é criticada por uma parcela da doutrina que defende a possibilidade nos casos em que o Ministério Público também recorre.

Neste sentido, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, n.p.) aponta que

Em primeiro lugar, da mesma forma que a pena pode aumentar em caso de recurso do Ministério Público, a pessoa inicialmente condenada também pode ser posteriormente absolvida em caso de recurso exclusivo da defesa, sem que isso impeça a execução provisória.

Há que se considerar também que a Lei de Execução Penal se aplica

igualmente ao preso provisório, devendo ser assegurada a este, a partir da condenação, o acesso à Justiça para a postulação dos direitos pertinentes à execução penal, sem prejuízo do direito de recorrer.

A vedação de execução provisória e a manutenção da pessoa já condenada em unidade prisional destinada a presos provisórios dificultam ou mesmo impedem o exercício dos direitos à detração penal, ao trabalho penitenciário, à remição de pena e visitação. E na hipótese das pessoas condenadas aos regimes aberto ou semiaberto de cumprimento de pena, fazem com que estas permaneçam submetidas a condições assemelhadas ao próprio regime fechado.

Toda pessoa presa tem direito de estar vinculada a uma autoridade judicial, razão pela qual a vedação da execução provisória implicaria negativa de jurisdição, ferindo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) e retirando efetividade do próprio art. 66 da LEP (que elenca todas as matérias de competência do juiz da execução).

O impedimento da execução da pena, na pendência do trânsito em julgado para o Ministério Público, impede ao preso provisório (cautelar) o acesso aos mesmos direitos que um indivíduo teria, se preso definitivo fosse, em violação dos princípios da igualdade e proporcionalidade.

Há que se fazer alusão, ainda, ao Enunciado n. 716 da Súmula do STF, que admite a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como ao Enunciado n. 717 da Súmula do STF, segundo o qual 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.

Por fim, duas Resoluções são aplicáveis ao caso. De um lado, a Resolução n. 113/2010 do CNJ estabelece que, tratando-se de réu preso por sentença condenatória recorrível, será expedida guia de recolhimento provisória da pena privativa de liberdade, ainda que

pendente recurso sem efeito suspensivo, devendo, nesse caso, o juízo da execução definir o agendamento dos benefícios cabíveis (art. 8º), além de dispor que a guia de recolhimento provisória será expedida ao Juízo da Execução Penal após o recebimento do recurso, independentemente de quem o interpôs (art. 9º). De outro lado, a Resolução n. 12/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCC) recomenda a expedição da guia de recolhimento provisória e o reconhecimento dos direitos previstos na Lei de Execução Penal, ainda que haja recurso da acusação que vise a majorar a quantidade da pena imposta ao condenado, salvo disposição legal em contrário (art. 3º).

O STJ já teve a oportunidade de se debruçar sobre a questão, assim decidindo: "o processo de execução criminal provisória pode ser formado ainda que haja recurso de apelação interposto pelo Ministério Público pendente de julgamento, não sendo este óbice à obtenção de benefícios provisórios na execução da pena" (STJ, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 31222/RJ, 5ª T., j. 24-4-2012. No mesmo sentido: STJ, HC 160354/SP, 6ª T., j. 14-6-2011)."

Diferentemente da execução provisória da pena para beneficiar réus presos, não se admite a execução antecipada da pena nos casos dos réus soltos. Com efeito, se o réu não se encontra recolhido cautelarmente, deve-se aguardar o trânsito em julgado da condenação para início da execução da pena, ainda que pendentes de julgamento recurso especial, pelo Superior Tribunal de Justiça, ou recurso extraordinário, pelo Supremo Tribunal Federal.

A execução da pena inicia-se com a expedição de guia de recolhimento, pelo juízo do processo de conhecimento que, posteriormente, encaminha a guia ao juízo da execução criminal.

O cumprimento da pena ocorre de maneira progressiva, passando-se do regime mais severo para os mais brandos, desde que cumprido lapso temporal definido em lei (requisito objetivo) e o reeducando mereça (requisito subjetivo), tudo nos termos dos requisitos estabelecidos na lei.

O Juízo da Execução é o foro natural para conhecimento de todos os atos praticados por qualquer autoridade na execução das penas e das medidas de segurança.

Início do procedimento de execução pode se dar de ofício, a pedido do Ministério Público, do interessado ou de quem o representa, seu cônjuge, parente ou descendente, do Conselho Penitenciário ou de autoridade administrativa. Normalmente

inicia-se de ofício com a expedição de guia de recolhimento.

A execução das penas em espécies encontra disposição legal a partir do artigo 147 e os incidentes de execução a partir do artigo 180.

O procedimento judicial, a seu turno, está regulado nos artigos 194 a 197.

A bem da verdade, tais artigos não especificam minúcias do procedimento, de sorte que a doutrina aponta que o que se pratica comumente em termos de procedimento decorre das diretrizes dos princípios processuais. No procedimento da execução da pena, para a concessão de benefícios durante o desenvolvimento da execução, as partes podem pedir por meio de simples petição e, após o contraditório, o juiz decide. Se for necessária a produção de prova, o juiz deve deferi-la.

As decisões proferidas no âmbito da execução da pena são manifestações com conteúdo decisório e que afetam diretamente na liberdade do condenado ou importam em postergação de benefícios. Assim, são decisões interlocutórias passíveis de impugnação e, nos termos do artigo 197, desafiam o recurso denominado agravo em execução penal.

Segundo tal artigo, “das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo”.

Considerando que é o único recurso previsto na lei, é tipo por alguns como o recurso por excelência, para todas as decisões proferidas em sede de execução da pena, com exceções delimitadas na lei, quais sejam, as hipóteses de desinternação ou liberação de pessoa sujeita à medida de segurança.

O agravo, contudo, não possui efeito suspensivo. As partes legitimadas para interposição são o Ministério Público, o interessado, representantes do reeducando, seu cônjuge ou descendente.

O procedimento do recurso, contudo, não está previsto em lei, de sorte que se convencionou a utilização do procedimento do recurso em sentido estrito, previsto no artigo 588 do Código de Processo Penal.

Quanto ao prazo para interposição, a súmula 700 do Supremo Tribunal Federal preceitua que é de cinco dias. Para apresentação das razões, o prazo é de 2 dias. O recorrido, a seu turno, responde no mesmo prazo. Após, os autos são encaminhados ao juiz prolator da decisão combatida, o qual, em dois dias, poderá reformar ou sustentar o

decisum, aplicando o chamando efeito regressivo ou juízo de retratação. Se houver reforma, a parte contrária pode recorrer da nova decisão, contudo, o juiz não pode mais modificá-la.

Feitas tais considerações gerais, passamos ao próximo subtítulo para análise da possibilidade de impetração de habeas corpus contra decisão proferida em sede de execução da pena, em substituição ou concomitantemente ao agravo.

2.2 O manejo do *habeas corpus* no curso do processo de execução penal

Uma grande celeuma na doutrina e jurisprudência é a possibilidade do manejo do *writ* quando ainda é cabível a interposição do recurso apropriado, previsto em lei.

Na prática, verifica-se que a defesa, por vezes, podendo impugnar a decisão combatida por meio do recurso ordinário previsto para combater específica decisão, opta por manejar o *habeas corpus*, seja de maneira concomitante ao recurso, seja de por meio de substituição.

É o que se convencionou chamar de *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinariamente previsto em lei.

Tal prática é, por alguns, rechaçada e criticada.

Para outros, contudo, a possibilidade é bem-vinda, haja vista que o *habeas corpus* é o remédio constitucionalmente previsto para fazer cessar a coação ilegal ou violência à liberdade de locomoção, independentemente da existência de recurso apropriado para a decisão combatida.

Em sua obra, Renato Marcão (2020, p. 1281) aponta que tal possibilidade deve ser utilizada somente nos casos excepcionais:

Vem de longa data o uso indiscriminado do *habeas corpus* entre nós, especialmente como substitutivo de recurso previsto em lei.

Não se desconhece a existência de situações em que o constrangimento ilegal se faz latente – manifesto –, e que a utilização do recurso tipificado não é capaz de fazer cessar com a celeridade necessária o mal evidenciado. Para esses casos, não há dúvida de que se deve admitir a via rápida e eficiente do *writ*. Para as demais situações, não excepcionais, o correto é a utilização da via de impugnação tipificada

O Ministro Alexandre de Moraes (2019, n.p.), a seu turno, defende a possibilidade de interposição concomitante de recurso e ajuizamento de *habeas corpus*:

A impetração de *habeas corpus* e a interposição do respectivo recurso ordinário, referentes ao mesmo ato, são conciliáveis, ainda que articulem os mesmos fatos e busquem a mesma situação jurídica, pois essa ação constitucional não encontra obstáculo na legislação ordinária, em homenagem à liberdade de locomoção, proclamada constitucionalmente. Dessa forma, tanto *habeas corpus* quanto o recurso devem ser apreciados, embora, eventualmente, um julgamento possa repercutir no outro.

Porém, os tribunais superiores, em razão da elevadíssima impetração de *habeas corpus*, modificam sua jurisprudência constantemente visando barrar ações, aos diversos fundamentos, o que se denomina jurisprudência defensiva.

Lênio Luiz Streck (2018, n.p.) explica o fenômeno:

Um dos *writs* constitucionais que mais tem recebido atenção por parte do Supremo Tribunal Federal – até em face da enorme demanda – é o *habeas corpus*. Efetivamente, o Tribunal tem examinado um número de *habeas corpus* acima de qualquer previsibilidade. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, admitia o *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário, de modo a permitir uma apreciação mais célere e expedita de eventual abuso ou ilegalidade aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Todavia, houve uma reviravolta paradigmática na orientação jurisprudencial, tendo por *case study* o HC 109.956, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que merece reflexões à luz do dever de integridade das decisões e do controle democrático do ato de julgar [...].

A solução, contudo, é criticada por parcela da doutrina. Neste sentido, Alberto Zacharias Toron (2020, n.p.) aponta que:

O *habeas corpus* nasce no medievo, atravessa os séculos e, paradoxalmente, ainda hoje, nas democracias do século XXI, passa por reveses. Se, como remédio heroico, deveria estar imune a formalismos, é exatamente nestes que ocorre a sua fragilização em países como o Brasil. O “traga-me o corpo e te darei o Direito” parece

ter sido transformado em *forma dat esse rei* (a forma é a essência do ato). O mais inusitado é que, no Brasil, isso ocorre no Tribunal encarregado de dizer por último o sentido da Constituição, como demonstrado no presente texto.

Lênio Luiz Streck (2018, n.p.) aprofunda a crítica:

Nessa senda, o devido processo legal possui uma dimensão substancial, emprestando homenagem ao direito fundamental à adequada e tempestiva cognição judicial, máxime em matéria penal e processual penal, onde estão em jogo as liberdades fundamentais dos cidadãos. A reviravolta jurisprudencial, sem a leitura do ato de julgar como verdadeiro romance em cadeia, tendo como pauta deontológica a integridade da jurisdição, não se releva alvissareira e reclama profunda reflexão por parte da doutrina, no sentido de lançar as balizas para um *accountability* hermenêutico.

Dito de outro modo, a quantidade de habeas em tramitação nas Cortes Superiores não se erige como argumento forte de princípio a ensejar a inadmissibilidade da via excepcional, nomeadamente diante de uma construção jurisprudencial em consonância com a celeridade e o tempo do processo como vetores hermenêuticos. A organicidade do direito e a interpretação devem estar associadas ao controle democrático das decisões judiciais, à luz da democracia constitucional e dos direitos fundamentais. A reconstrução da história institucional da utilização do *writ* como sucedâneo do recurso ordinário constitucional deve ser levada em conta, diante da tradição, da fusão de horizontes e da consciência histórico-efetual como balizas fundamentais da produção democrática da atividade jurisdicional.

A reviravolta paradigmática na orientação do Supremo merece críticas à luz da concepção do “direito como integridade”, de Dworkin, bem como da necessidade de objetividade na interpretação da Constituição. Logo, não é possível aos juízes e Tribunais, inclusive o STF, o desprestígio à jurisprudência constitucional e ao “romance em cadeia”, segundo o referido jusfilósofo estadunidense, que brota da importância da estabilização das decisões judiciais na sociedade contemporânea. Por conseguinte, merece críticas a nova postura jurisprudencial assumida pela Corte Suprema no trato do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário, em

especial diante da tradição hermenêutica que fixa um limite objetivo à interpretação conferida ao texto constitucional.

De fato, a Constituição da República não cria limitações à impetração, nem mesmo o Código de Processo Penal o fez, de sorte que não cabe à doutrina e jurisprudência impor tais limites. Neste sentido são as lições de Pedro Henrique Demercian (2014, n.p.):

Como já se falou, a decisão monocrática, concebida que é por um homem, está sujeita a falhas. Destarte, para provocar no mesmo processo o reexame da matéria já decidida, exsurge o recurso como o remédio jurídico-processual adequado. Por meio deste, admite-se o reexame de uma controvérsia já dirimida de modo não definitivo, aumentando-se a probabilidade de uma melhor decisão.

A natureza jurídica dos recursos emana diretamente da Constituição Federal e está intimamente ligada ao princípio do duplo grau de jurisdição. O *habeas corpus*, por outro lado, é remédio constitucional que visa sanar coação ilegal. Indaga-se, contudo, se pode ser utilizado na pendência de recurso ou como substitutivo deste.

Temia-se que o *habeas corpus* fosse restringido, como o foi o mandado de segurança pela súmula n. 267 do STF (“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”), para evitar que se transformasse em um “super-recurso”, impedindo o *writ* nas situações em que coubessem recursos ou correições. Todavia, o CPP não impôs nenhuma vedação ao seu uso e nem poderia. [...]

Em suma, a garantia constitucional prevalece enquanto o direito existir e, restringindo-se a utilização do *habeas corpus* à pendência do recurso, estar-se-ia delimitando uma norma constitucional, pela imposição de um prazo para a utilização do *writ*, não desejado pelo legislador e, por isso mesmo, não previsto em lei.

Esse entendimento tem sofrido algumas restrições absolutamente razoáveis, quando o deslinde da matéria depender do exame de fatos ou do conjunto probatório, cuja apreciação tem sido remetida à via do recursal, de alcance mais amplo.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Uadi Lâmega Bulos (2018, n.p.):

Ainda que articulem os mesmos fatos e busquem a mesma situação jurídica, são plenamente conciliáveis a impetração de *habeas corpus* e a interposição do respectivo recurso ordinário, referentes ao mesmo ato. É que essa providência não é vedada pelo legislador ordinário e, tampouco, pelas normas constitucionais. Ao invés, a liberdade de locomoção é uma garantia fundamental. Por isso, ambos podem ser apreciados. Eventualmente, um julgamento pode repercutir no outro.

Trazendo tal discussão para a execução da pena, temos que a lei de execução penal aponta que, para impugnação da decisão proferida pelo juízo singular, cabe interposição do recurso de agravo em execução, de sorte que há entendimento jurisprudencial e doutrinário que, por tal razão, rechaça a possibilidade de manejo do *habeas corpus* em sede de execução da pena.

Contudo, há grandes defensores da possibilidade, os quais apontam uma série de fundamentos aptos a justificar a possibilidade em questão.

A começar, é importante destaca-se a própria natureza jurídica do *habeas corpus*, que é de ação autônoma de impugnação. Logo, por não se tratar de um recurso, não foi criado para combater decisões específicas, em procedimentos específicos. Em verdade, o *habeas corpus* inaugura nova relação jurídica onde basta que se demonstra a existência de coação ilegal ou ilegalidade.

Neste sentido, nem mesmo porque regulado no Código de Processo Penal, o *habeas corpus* sequer foi previsto para ser utilizado em momento oportuno e adequado, dentro de determinado procedimento. De fato, até no Código de Processo Penal, não há óbice à utilização do *habeas corpus* quando há recurso específico previsto para impugnação da decisão.

Logo, se para possibilitar o manejo do *habeas corpus* não se exige, no processo de conhecimento, o esgotamento dos recursos previstos, não há qualquer razão para se fazer tal exigência no processo de execução.

Outro fundamento para se que possibilite o uso do *writ* decorre da própria Constituição da República que elencou as hipóteses em que é cabível a concessão da ordem e não fez qualquer ressalva ou restrição.

Veja-se que o constituinte apontou que o *habeas corpus* deverá ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação

em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, contudo, não apontou se é necessário que tal coação ocorra no curso de investigação criminal ou no curso do processo de conhecimento ou execução, de sorte a abarcar todas as situações em que ela efetivamente ocorra, sem distinção.

Ademais, é da própria natureza do processo de execução da pena, em razão do cerceamento da liberdade do reeducando, que eventualmente ocorram coações por ilegalidade ou abuso de poder.

A bem da verdade, ainda que se analise sobre o prisma do Código de Processo Penal, ainda teremos a possibilidade de manejo do *habeas corpus* na execução da pena.

Veja-se que as hipóteses previstas no artigo 648 do Código de Processo Penal podem ser analisadas à luz dos acontecimentos que podem ocorrer no curso do procedimento da execução penal.

De fato, não é difícil imaginar que, eventualmente, alguém que esteja cumprindo pena possa estar preso há mais tempo do que determina a lei ou que possa estar preso a despeito de já extinta sua punibilidade, a título de exemplos.

É importante destacar ainda que o uso do *habeas corpus* também deve ser franqueado ao indivíduo uma vez que se mostra a via mais célere para conhecimento da coação, quando comparado com o agravo em execução.

Tal se explica porque o *habeas corpus* é impetrado diretamente no Tribunal e pode ter análise de pedido liminar. O agravo, contudo, por observar o rito do recurso em sentido estrito, não possui efeito suspensivo, o que pode procrastinar a correção da ilegalidade ou do abuso de poder. Ademais, a interposição perante o *juízo a quo* e a possibilidade de que se exerça o juízo de retratação são mais dois fatores que retardam a apreciação do pedido.

Acerca da demora nos procedimentos judiciais, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, n.p.) explica que:

Nada obstante a descrição legal de um procedimento formal a ser seguido, sabe-se que o mesmo é sistematicamente desprezado na prática, ocorrendo infindáveis diligências e notória demora na apreciação judicial dos requerimentos defensivos, em clara ofensa ao princípio da celeridade (razoável duração do processo).

Não se pode afastar a celeridade que o *habeas corpus* proporciona ao conhecimento da coação, o que deve ser tomado em consideração para o conhecimento da impetração principalmente no curso de procedimento de execução da pena, onde de fato o apenado encontra-se recolhido e tem cerceada sua liberdade.

Não podemos esquecer, por fim, de todas as características do *habeas corpus*, já estudadas no capítulo anterior e que devem aqui serem reforçadas para corroborar a necessidade de conhecimento da ação.

O *habeas corpus* pode impetrado por qualquer pessoa, ainda que não seja a parte interessada no recurso de agravo em execução. Ademais, por não ser recurso, não precisa observar o prazo do agravo, nem mesmo é necessário que seja observado o prazo legal. Ademais, considerando a capacidade postulatória conferida aos impetrantes, não é necessário que se contrate um patrono para impetração da ordem.

Todas as características aqui estudadas demonstram a possibilidade e verdadeira necessidade de que seja franqueada a oportunidade de impetração do *habeas corpus* para atacar a decisão proferida em sede de execução da pena.

Nunca é demais lembrar que, por mais que seja direito e garantia conferido ao paciente, defender a liberdade é dever de todos, o que proporciona mediante a garantia do *habeas corpus*, o que a torna conhecida como verdadeira ação penal popular.

Por todo o quanto já exposto, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, n.p.) defende o franqueamento do *habeas corpus* para questões relativas à execução da pena:

Outro exemplo claro de danificação do princípio da celeridade é a restrição ao manejo do *habeas corpus* como eficaz substituto ou complemento do agravo em execução, diante de urgente e manifesta lesão ao direito de locomoção da pessoa presa. É incompreensível tal limitação, quando a urgência da lesão – a ponto de ameaçar a própria higidez física e moral de um ser humano – está a demandar rápida intervenção judicial.

Em última análise, o princípio da celeridade faz surgir diferentes soluções diante de cada um dos principais direitos em sede de execução penal, todas sanáveis pela via do *habeas corpus*. O *habeas corpus* tem por finalidade corrigir toda e qualquer ilegalidade ou abuso de poder relacionados com a liberdade do direito de locomoção, daí que, se o processo tem o seu andamento postergado indevidamente, o *writ* transforma-se no meio apto para afastar o estado de ilegalidade criado.

Pedro Henrique Demercian (2014, n.p.) corrobora do entendimento:

A despeito disso, por ter a execução penal caráter jurisdicional, como foi focalizado no início deste tópico, submetendo-se aos mesmos princípios do processo de conhecimento (TACRIM-SP, HC 132.753/5, 5ª C. Cr., Rel. Juiz Adauto Suannes), sempre que a coação ilegal resultar evidente, líquida e certa, cerceando o direito de defesa, o *due process of law* e qualquer outra garantia do preso, legitimada estará a utilização do *writ* (HC 237.338/5, 7ª C., Juiz Rel. Augusto Cesar). Como preleciona Teresa Cristina Mota Ramos Marques (1987, p. 64):

“Direito líquido e certo é aquele que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilação, ou seja, que é evidente e indubitoso no momento em que é exposto ao juiz. Aliás, o exame profundo de provas também não tem sede no *habeas corpus*.”

À guisa de exemplo, se um condenado, no curso da execução, praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, estará sujeito a regressão, desde que ouvido previamente (art. 118, inciso I e § 2º, LEP). Não observada tal regra – que foi instituída justamente para assegurar o contraditório e a ampla defesa –, nula de pleno direito será a decisão que determinar a regressão e, nessas condições, ressurtindo evidente o prejuízo (decorrente da restrição ilegal ao direito de locomoção), a invalidade do ato poderá ser reconhecida pela via do *habeas corpus* (RJD TACRIM 16/181).

Por todas estas razões, não há justificativas para que não se admita a impetração do *habeas corpus* em sede de execução da pena.

Ainda na obra de Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, n.p.), conseguimos analisar alguns exemplos de situações específicas que podem ser apreciadas em sede de *habeas corpus*, a começar pelo trabalho externo do preso:

Sobre o trabalho externo, há ainda discussão acerca da possibilidade ou não de apreciação de seus requisitos em sede de *habeas corpus*. Predomina o entendimento de que a matéria atinente à autorização para trabalho externo não comporta análise em sede de *habeas corpus*, por ensejar o exame de requisitos de índole subjetiva (aptidão, disciplina e responsabilidade – art. 37 da LEP), o que demandaria inevitável dilação probatória (STF, HC 70.329/RS, 1ª T., j.

8-6-1993; STJ, HC 180780/RJ, 5ª T., j. 28-6-2011).

A autorização para trabalho externo, uma vez denegada, deveria ser impugnável pela via do *habeas corpus*. Aqui também se encontra envolvido o direito de locomoção individual, cujo constrangimento enseja a impetração deste remédio constitucional. Além disso, alguns dos requisitos subjetivos exigidos pela LEP (aptidão, responsabilidade) são absolutamente vagos, dando azo ao pleno arbítrio do julgador, em clara ofensa à legalidade penal e à necessária segurança jurídica. Em razão da inconstitucionalidade dos requisitos subjetivos exigidos, estes deveriam ser desconsiderados, mantendo-se apenas a exigência de bom comportamento carcerário, atestado exclusivamente pela inexistência de punição (devidamente imposta pelo Poder Judiciário) por faltas graves em um prazo razoável, o que traria maior objetividade à apreciação do direito. Note que esta discussão diz respeito apenas à análise de requisitos subjetivos em sede de *habeas corpus*. Em se tratando de discussão unicamente quanto ao preenchimento ou não do requisito objetivo para o trabalho externo (1/6 da pena), não há dúvidas de que é cabível a impugnação da decisão denegatória pela via do *habeas corpus* (cf. STJ, HC 192056/MG, 5ª T., j. 7-4-2011).

Conforme apontado, o único óbice eventual à discussão é a necessidade de análise dos requisitos subjetivos. Contudo, se tal análise for possível por meio de prova pré-constituída, ou seja, se não for necessária a produção da prova, nada mais impedirá o conhecimento e julgamento da impetração.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às hipóteses de discussão de livramento condicional e progressão do regime de cumprimento da pena. Quanto à progressão, Rodrigo Duque Estrada Roig (2018, n.p.) também explica que:

Predomina que o *habeas corpus* pode ser manejado para contestar o preenchimento de requisito objetivo, ou debater questões estritamente de direito, não sendo, todavia o meio adequado, em face da estreiteza da via, que não admite dilação probatória, para desconstituir o entendimento do Juízo das Execuções Penais acerca do não preenchimento do requisito subjetivo por parte do apenado (STJ, HC 87666/SP, 5ª T., j. 21-2-2008).

Todavia, se entendermos que o atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento, constitui

requisito subjetivo suficiente para a concessão dos direitos da execução, a discussão sobre a presença de tal requisito poderá perfeitamente ser travada em sede de *habeas corpus* (inclusive sem receio de supressão de instância), na medida em que o índice comportamental é transcrito (objetivado) no próprio atestado, prescindindo-se assim do exame aprofundado de provas.

Ainda que não se entenda dessa forma, o não conhecimento do *habeas corpus* para análise do requisito subjetivo para progressão não exclui, contudo, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções Penais analise novamente o pedido de progressão de regime, sempre que sua decisão se fundar em elementos não concretos da execução da pena, tais como a gravidade abstrata do crime cometido e a longa pena a cumprir (STJ, HC 242056/SP, 6^a T., j. 5-2-2013).

De qualquer modo, é perfeitamente admissível a impetração de *habeas corpus* pela demora na apreciação de progressão de regime, considerando que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (princípio da razoável duração do processo – art. 5º, LXXVIII, da CF). Ademais, se a regra é a liberdade e a prisão a exceção, é ilegal a manutenção da prisão em regime gravoso além do tempo devido. Acrescente-se ainda a elementar constatação de que o indivíduo não pode ser punido pela falha ou demora na prestação jurisdicional.

Destarte, o que se conclui é que a simples menção à existência de recurso previsto em lei para atacar decisão proferida em sede de execução da pena não é suficiente para fundamentar o não conhecimento da impetração do *habeas corpus*.

Com efeito, se há alguém sofrendo ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, seja por abuso de poder ou legalidade, seja em procedimento de investigação, judicial ou executório, o manejo do *habeas corpus* deve ser franqueado ao impetrante para defesa do paciente.

3. Conclusão

Este trabalho apontou que há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que a existência de recurso específico, em especial em sede de execução de

sentença, não é óbice ao conhecimento do pedido de concessão da ordem de *habeas corpus*, posicionamento esse que prima pela observância do direito e garantia previstos constitucionalmente para proteção do paciente. Assim, entende-se que tais decisões são proferidas em perfeita sintonia com os primados da Constituição da República e em observância da natureza jurídica e características da ação de *habeas corpus*.

Por outro lado, há também o entendimento de que o *writ* não pode substituir o recurso específico previsto em lei, o que se trata de um argumento fraco, a desprestigiar sobremaneira o direito de livre locomoção. Isso porque, repita-se, a Constituição é clara ao dispor que o *habeas corpus* deve ser concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, não fazendo distinções.

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6.^a ed. ver., atual. e ampl. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

ISHIDA, Válder Kenji. *Prática jurídica de habeas corpus*. São Paulo : Atlas, 2015.

KOENER, Andrei. *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev. . ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MACHADO, Antonio. Alberto. *Curso de processo penal*. 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 9ª edição. Barueri, SP: Manole, 2013.

MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Habeas corpus*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas Corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS BÁSICOS PARA SUA COMPREENSÃO PRELIMINAR

DIMITRIUS GOMES DE SOUZA:

Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União; bacharel em direito pela UFRJ (Universidade Federal do Rio de Janeiro) e atualmente pós-graduando em direito pela UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro);

RESUMO: O presente trabalho apresenta as noções básicas para a compreensão dos direitos fundamentais. Pretende analisar a definição, a distinção em relação a outras categorias, o fundamento material e sua classificação, de modo a permitir uma análise introdutória acerca desse relevante tema do direito constitucional.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Noções básicas. Definição. Fundamento. Classificação.

ABSTRACT: The present work presents the basic notions for the understanding of fundamental rights. It intends to analyze the definition, the distinction in relation to other categories, the material foundation and its classification, in order to allow an introductory analysis about this relevant theme of constitutional law.

Keywords: Constitutional right. Fundamental rights. Basic notions. Definition. Plea. Classification.

1.INTRODUÇÃO

Com o objetivo de trazer ao leitor maiores subsídios à análise preliminar da categoria dos direitos fundamentais, serão analisados brevemente neste artigo o conceito e a classificação dessa importante categoria do direito constitucional.

Será oferecida, não obstante às dificuldades teóricas e práticas, uma tentativa de definição da categoria dos direitos fundamentais, na qual se busca traçar as linhas mestras indispensáveis ao seu conhecimento. Essa elaboração conceitual passa também pela realização de importantes distinções em relação a outros institutos, bem como pela busca do seu fundamento material.

Apresenta-se, ainda, uma classificação tradicional dos direitos fundamentais que tem como ponto de partida a conhecida teoria dos quatro status de Giorgio Jellinek.

Enfim, o presente artigo cuida de delinear de forma sintética os aspectos básicos acerca dos direitos fundamentais, de modo a permitir uma compreensão preliminar dessa importante categoria jurídica.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Definição

Antes de definir a categoria dos direitos fundamentais, deve-se destacar a dificuldade existente em fazê-lo, pelas mais variadas razões, dentre as quais: a constante transformação e ampliação desses direitos no decorrer da história; a generalidade da expressão *direitos fundamentais*; e ainda, a difícil determinação do seu fundamento material.⁶⁰

Apesar das objeções apontadas, pode-se definir direitos fundamentais como um conjunto de faculdades e instituições que, no transcorrer do tempo, revelam *parâmetros civilizatórios mínimos* relacionados aos valores da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, os quais devem ser reconhecidos e promovidos pela ordem jurídica no plano nacional e internacional⁶¹.

A partir dessa noção, torna-se relevante examinar, na prática, quais os *efeitos jurídicos* decorrentes do reconhecimento de um direito como fundamental.

Para essa tarefa, recorre-se às idéias de Carl Schmitt, que anuncia a existência de três conseqüências diante dessa caracterização. A primeira diz respeito ao acolhimento do *princípio distributivo*, que reserva um âmbito de liberdade ao indivíduo, em princípio

60 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 178: "Não é fácil concretizar a riqueza multifária da expressão direitos fundamentais do homem, ou direitos fundamentais da pessoa humana, ou direitos humanos fundamentais, numa definição lógica e sintética".

61 LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 48, *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 71-72. Deve ser destacado que a definição de Perez Luño faz referência à expressão *direitos humanos*, que em verdade se confunde com a noção de direitos fundamentais.

ilimitado, bem como permite uma certa ingerência estatal, que será limitada, mensurável e passível de fiscalização. A segunda conseqüência é a consagração do *princípio da legalidade*, que objetiva limitar a atuação do Estado ao conteúdo da lei, que é produto dos representantes eleitos de forma democrática. Como último efeito, aponta-se a *essencialidade e a substancialidade* dos direitos fundamentais à Constituição.⁶²

Outro ponto importante a se destacar é a sujeição dos direitos fundamentais ao *princípio da relatividade*, segundo o qual não são absolutos, na medida em que encontram limites em outros direitos também consagrados no texto constitucional⁶³.

Isso, em verdade, traduz uma conseqüência do princípio da unidade da Constituição, que assevera a inexistência de hierarquia jurídica entre as normas constitucionais, impondo, dessa forma, ao intérprete a necessidade de buscar a harmonização possível, à luz do caso concreto, dos dispositivos que tutelam valores ou interesses em oposição.⁶⁴

Para enfrentar situações de colisão de direitos fundamentais é necessário a utilização de técnicas jurídicas como a ponderação, que, diante do caso concreto, garantirá a preservação da unidade hierárquico-normativa da Constituição.

2.2 Distinções conceituais: Direitos Fundamentais vs. Garantias

Para compreender adequadamente a definição de direitos fundamentais é importante distingui-los de categorias diversas que, muitas vezes, são tratados indistintamente. Ou seja, mais do que compreender a noção do que é um direito fundamental, também é entender a distinção em relação a categorias também relevantes do direito constitucional.

Assim, é importante assinalar que os direitos fundamentais não se confundem com as chamadas *garantias individuais*. Segundo as lições de Jorge Miranda, a distinção se opera nos seguintes termos:

62 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madri: Alianza, 1982, *apud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 19-20.

63 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

64 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 362.

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.⁶⁵

Além disso, a categoria direitos fundamentais não se assemelha às chamadas *garantias institucionais*, que têm a função de proteger bens jurídicos imprescindíveis à preservação de valores considerados essenciais. Essa categoria resulta da concepção de que certos institutos (direito privado) ou instituições (direito público) são tão indispensáveis à ordem jurídica que devem ter sua essência preservada, mediante um complexo de normas jurídicas, evitando, assim, um possível processo de desnaturação engendrado pelo legislador.⁶⁶

As garantias institucionais, portanto, não se constituem em direitos atribuídos directamente aos indivíduos, mas sim a determinadas instituições ou institutos que detém sujeito e objeto distintos. Como exemplo dessas garantias, pode-se enquadrar a tutela da liberdade de imprensa, da autonomia universitária, da propriedade privada, do funcionalismo público, dos entes federativos, da família, da maternidade, dentre outras.⁶⁷

2.3 Fundamento material

A definição adequada de direitos fundamentais passa pela pesquisa do seu fundamento material. Isso porque, compreendida a sua natureza jurídica, seria possível a

65 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, pp. 88-89, *apud* MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 64.

66 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. reimp., Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 158-160.

67 MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 64

identificação na ordem jurídica de direitos fundamentais implícitos ou mesmo fora do catálogo expresso da Constituição⁶⁸.

No entanto, a busca por essa noção material dos direitos fundamentais não é enfrentada de forma pacífica pela doutrina, que, tradicionalmente, diverge sobre o tema.

José Carlos Vieira de Andrade salienta que o aspecto decisivo para se qualificar um direito como fundamental seria a sua “intenção de revelar o princípio da dignidade humana”⁶⁹.

De outro lado, surge a crítica de José Joaquim Gomes Canotilho, para quem a posição defendida acima:

expulsa do catálogo material dos direitos todos aqueles que não tenham um radical subjetivo, isto é, não pressuponham a ideia-princípio da dignidade da pessoa humana. O resultado a que se chega é um exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada.⁷⁰

De fato, apesar de existirem direitos fundamentais que não têm relação direta e imediata com a dignidade da pessoa humana (por exemplo, os incisos XXI, XXV, XXVIII e XXIX da CRFB/88), deve-se admitir que esse princípio constitui o fundamento dessa categoria de direitos, já que através dele é que se atende a um *mínimo pacto civilizatório*, conferindo reverência a valores fundamentais como a vida, a integridade física e moral das pessoas, a liberdade e a segurança.⁷¹

2.4 Classificação

68 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. reimp., Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 115.

69 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 85.

70 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 373.

71 O professor Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 109) também sustenta esse entendimento: “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Os direitos fundamentais, em virtude de sua complexidade normativa, exigem uma sistematização para que se possa melhor compreendê-los como categoria juridicamente relevante.

Para isso, foram elaboradas várias classificações de acordo com os mais variados critérios, dentre os quais os que levavam em conta: a titularidade e os sujeitos; o conteúdo; a estrutura normativa; a forma de tutela; a força jurídica; e o regime jurídico.⁷²

Dentre a diversidade de critérios desenvolvidos, pode-se mencionar a *teoria dos 4 (quatro) status*, de Giorgio Jellinek como a tentativa de sistematização clássica que serviu de parâmetro a outras classificações.

Segundo a doutrina de Jellinek, o indivíduo pode desenvolver junto ao Estado várias relações denominadas status, a saber: 1) *status passivo (status subjectionis)*, em que o indivíduo se encontra numa posição de subordinação em relação ao Estado, devendo estar sujeito aos deveres e vedações definidos pelo ente estatal; 2) *status negativo (status negativus ou status libertatis)*, que confere um espaço de autonomia ao homem, decorrente de sua própria condição humana, âmbito no qual estão incluídos todas as manifestações da liberdade; 3) *status positivo (status civitatis)*, que revela exigência de que o Estado atue positivamente em favor do indivíduo através do reconhecimento do direito a uma prestação; 4) *status ativo (status activus)*, pelo qual o indivíduo pode participar da formação da vontade política do Estado, mediante o exercício da cidadania e a participação democrática.⁷³

A partir dessa teoria, que evoluiu ao longo do tempo, os direitos fundamentais passaram a ser classificados em: *direitos de defesa (ou direitos de liberdade)*, *direitos a prestações e direitos de participação*, que são correspondentes, de forma respectiva, aos status negativo, positivo e ativo.

2.4.1 Direitos de defesa

72 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 191.

73 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pp. 139-140; FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 101-103.

Os direitos de defesa são aqueles que asseguram uma esfera de liberdade individual imune às ingerências do Estado. São verdadeiros limites aos poderes públicos que exigem um dever estatal de abstenção, de não-ingerência na vida do indivíduo.⁷⁴

A história desses direitos liga-se ao modelo de Estado Liberal, bem como aos chamados direitos de *primeira geração*. Assim, são direitos que têm como essência o valor da liberdade, localizando-se portanto, nesse grupo, as liberdades individuais contidas no artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Outros exemplos retirados do nosso texto constitucional podem ser apresentados como representantes dessa espécie de direitos fundamentais: a liberdade de crença e de exercício de culto (artigo 5º, inciso VI); a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (artigo 5º, inciso X); o sigilo das comunicações (artigo 5º, inciso XII); a liberdade de locomoção (artigo 5º, inciso XV); a vedação a penas de caráter perpétuo (artigo 5º, XLVII, b), dentre vários outros.

Um outro aspecto importante dos direitos fundamentais de defesa diz respeito a sua violação. Tais direitos quando afrontados têm no sistema jurídico respostas condizentes com a lesão perpetrada. Seja através da cominação de uma obrigação de não fazer dirigida ao Estado, seja com a decretação da anulação do ato violador pelo Poder Judiciário, os direitos de defesa encontrarão sempre a tutela da ordem jurídica. Ademais, a responsabilidade civil é acrescentada ao sistema de proteção desses direitos, sendo que sua ofensa poderá resultar em uma compensação financeira.⁷⁵

2.4.2 Direitos a prestações

Os direitos a prestações se constituem em espécie normativa que exige do Estado uma postura ativa com o intuito de reduzir as desigualdades sociais, promovendo as condições materiais necessárias à realização efetiva das liberdades asseguradas pelos direitos de defesa. São direitos que proíbem o Estado de se omitir.

74 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 140; FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 104.

75 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 142.

Estes direitos têm sua história ligada ao surgimento do Estado Social de Direito (“Estado de bem-estar social” ou *Welfare State*). São os direitos econômicos, sociais⁷⁶ e culturais que compõem o conjunto dos chamados *direitos de segunda geração*. Foram introduzidos nas constituições posteriores à primeira guerra mundial (Constituição Mexicana, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919; e a Constituição Brasileira de 1934), sendo inseridos principalmente nas cartas constitucionais elaboradas após o segundo pós-guerra.⁷⁷

Pelo fato de corresponderem a uma atuação positiva do Estado, referem-se, dentro de uma relação jurídica, às obrigações de fazer ou de dar. Logo, são direitos que visam a promoção da igualdade material e da solidariedade entre as pessoas. ⁷⁸

Enfim, os direitos fundamentais a prestações são caracterizados por uma intervenção ativa do Estado, sendo importante assinalar que o seu modo de atuar poderá variar conforme a prestação a ser oferecida em direitos a prestações jurídicas (relacionados a uma atuação normativa do Estado, decorrente da regulamentação de um bem jurídico tutelado como direito fundamental)⁷⁹ e direitos a prestações materiais (vinculados a uma utilidade concreta, ou seja, a entrega de um bem ou a prestação de um serviço, o que revela a valorização do princípio da igualdade material)⁸⁰.

2.4.3 Direitos de participação

Os direitos fundamentais de participação são aqueles que objetivam garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade política do país. São ligados, assim, à atuação política dentro de um regime democrático e geram a existência de uma liberdade

⁷⁶ É importante ressaltar que existem direitos sociais, portanto, direitos de segunda geração que são classificados como direitos de defesa, gerando assim o dever do Estado de se abster. Trata-se de uma exceção que convém ser abordada. Como exemplo, apresenta-se o direito de greve. Assim, apesar de comumente relacionados, não se deve confundir estas categorias, já que se referem a critérios que são distintos, porém compatíveis.

⁷⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 107

⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. e atual., Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p. 98, *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. Op. Cit., p. 107.

⁷⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 143.

⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 192.

de participação plena dos cidadãos nos processos decisórios de natureza pública⁸¹. Correspondem, em conseqüência, aos direitos políticos.

Apesar dessa categoria de direitos fundamentais estar sendo aqui tratada como um terceiro grupo, não se pode deixar de registrar que tal questão é objeto de divergência doutrinária.

Assim, Canotilho, Robert Alexy e Ingo Sarlet localizam os direitos políticos, de acordo com as suas peculiaridades, tanto no grupo dos direitos de defesa como no grupo dos direitos a prestações. Dessa maneira, essa parcela da doutrina não concebe os direitos de participação como uma terceira espécie.⁸²

De outro lado, Edilson Pereira de Farias e José Carlos Vieira de Andrade defendem a autonomia dos direitos de participação em razão da sua função de garantir a participação individual na vida política e promover a formação da vontade política dentro de uma comunidade.^{83 84}

3. CONCLUSÃO

A compreensão introdutória da categoria dos direitos fundamentais exigiu a necessária passagem pela tentativa de sua definição adequada, pelo seu fundamento e pela sua classificação.

A definição de direitos fundamentais é relevante para o direito constitucional na medida em que revela um *pacto civilizatório mínimo* sustentado pela promoção de valores caros à racionalidade e à vida em sociedade, tais como dignidade, liberdade e igualdade.

Os direitos fundamentais têm como fundamento material o *princípio da dignidade humana* e constituem uma construção jurídica que, com vários sobressaltos, vem sendo definida e redefinida ao longo da história. Constituem uma categoria viva, e, por isso,

81 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 354, *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. Op. cit., p. 115.

82 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 151.

83 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, pp. 115-116.

84 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., pp. 192-193.

dinâmica, e que indica a tendência de expansão a partir da gradativa e difícil evolução da sociedade.

Se no passado existiam discussões importantes relacionadas a cada um dos direitos fundamentais de defesa, a prestações e de participação, atualmente também surgem controvérsias sobre temas candentes na sociedade, como, em geral, os ligados às redes sociais, à pandemia de COVID-19, à participação política numa sociedade global, conectada e com fronteiras cada vez menos rígidas.

É certo que entender corretamente o que são os direitos fundamentais, o seu substrato material e sua classificação mais tradicional são apenas um *passo inicial* na direção de um estudo mais amplo, profundo e conectado com a realidade cuja dinamicidade faz com que tal categoria esteja sempre em evolução.

Compreendida a essência dos direitos fundamentais, ainda que de forma breve, será possível entender toda a sua importância na sociedade atual, em especial a brasileira, na qual a realidade comprova que os direitos, por mais consagrados que sejam na história, precisam sempre ser defendidos, valorizados e reafirmados, sob pena de abrir espaço a inimagináveis retrocessos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 327-378.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. reimp. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 103-194.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ASSÉDIO PROCESSUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO

IVAHYR PESSOA LEBRE SILVEIRA:

Servidor público do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJ/SE). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Aracaju/SE.

RESUMO: O estudo em questão tem por objetivo analisar a indenização como o principal meio de coibição do assédio processual na justiça do trabalho, levando-se em consideração os princípios e a jurisprudência vigentes. Especificamente, visa: levantar a finalidade e a importância dos princípios que regem a temática, conhecer o que a legislação possui para coibir a sua prática; traçar o conceito de assédio e de assédio moral; e, por fim, explicar como se dá o assédio processual, suas consequências e seu meio de coibição. O problema de pesquisa pauta-se na indagação: A indenização é melhor alternativa para se coibir o assédio processual? A justificativa refere-se à atualidade e à relevância da temática, dada a necessidade de se averiguar o assédio processual na justiça do trabalho. A metodologia estrutura-se num procedimento metodológico de revisão bibliográfica e documental, empregando-se o método de estudo dedutivo e o método de abordagem qualitativo. A hipótese central da pesquisa é a de que a indenização é a melhor alternativa, uma vez que ônus ao Estado será um motor atuante na contenção da morosidade processual, do desestímulo da parte contrária e da descrença no Judiciário.

Palavras-chave: Assédio processual. Justiça do Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a análise a fundo do instituto do assédio processual, especialmente na justiça do trabalho. Apesar de relativamente recente sua conceituação e especificações, esse instrumento processual tem sua origem anos atrás, visto que os representantes das partes em juízo, por vezes, utilizam-se dos mais diversos recursos – *latu sensu* – processuais a fim de alcançar a sua tutela jurisdicional ou atrasar a entrega da tutela jurisdicional a outrem.

Desse modo, tanto os tribunais pátrios como a própria legislação tem atentado para o célere desenvolvimento da lide. Em outras palavras, o direito evolui paulatinamente colimando uma ágil prestação jurisdicional.

Para tanto, faz-se necessário coibir práticas como a no presente estudo. Contudo, para resolver tal problema, imperioso é o estudo aprofundado dele e das suas nuances. Assim, algumas questões relevantes foram apontadas, quais sejam: um breve esboço histórico, contra quais princípios, constitucionais e trabalhistas, bem como direitos e deveres o assédio processual atenta, seu conceito, seus elementos essenciais, a distinção entre a litigância de má-fé e assédio processual em si, quais as consequências e as possíveis soluções.

O objetivo central desse estudo é analisar a indenização como o principal meio de coibição do assédio processual na justiça do trabalho, levando-se em consideração os princípios e a jurisprudência vigentes. Os objetivos específicos são: levantar a finalidade e a importância dos princípios que regem a temática, conhecer o que a legislação possui para coibir a sua prática; traçar o conceito de assédio e de assédio moral; e, por fim, explicar como se dá o assédio processual, suas consequências e seu meio de coibição.

Esse estudo é de vital importância, pois o mal do assédio processual que assola o judiciário vai contra tudo aquilo que o legislador vem combatendo desde os primórdios, qual seja, a morosidade processual e a consequente procrastinação da entrega do bem da vida.

Desse modo, busca-se estudá-lo a fundo, assim como analisar possíveis condutas já em prática e soluções que poderão vir a ser usadas no futuro para coibir a prática do assédio processual.

Quanto à relevância acadêmico-científica desse estudo, a mesma se torna patente a partir do momento em que o atual trabalho trará e mostrará soluções aos problemas do assédio processual que ocorre na área trabalhista. Portanto, esta pesquisa proporcionará àqueles que não tiveram a oportunidade de entrar em contato com o tema de saber mais acerca do instituto jurídico, das suas consequências, sobre o entendimento dos tribunais pátrios, bem como possíveis caminhos para se evitar tal mal.

Dessa forma, o fato do tema ser atual proporciona duas vertentes: a primeira é que inexistem material farto para pesquisa em livros de direito, em razão de sua contemporaneidade, por outro lado, apresenta-se como uma dádiva, visto que o escopo do direito é sempre o debate de opiniões jurídicas abalizadas a fim de cada um sopesar os argumentos apontados e formar seu próprio ponto de vista e um tema dessa magnitude e atualidade proporciona isso em demasia.

No que tange aos métodos e técnicas apropriados para o alcance dos objetivos da pesquisa, temos a utilização da pesquisa bibliográfica. No tocante ao método de estudo, será empregado o dedutivo, pois se sabe que este teoricamente é o método que parte do mais abrangente para o específico, e, portanto, se adapta perfeitamente ao estilo desta pesquisa. Já quanto aos métodos auxiliares iremos utilizar principalmente o histórico, tendo em vista que será realizado um amparado histórico das principais causas que norteiam o tema.

No que se refere aos métodos de abordagem quanto ao objetivo será utilizada o método qualitativo, pois o trabalho em questão não tem como finalidade primordial a demonstração de dados estatísticos, importando, portanto, o estudo doutrinário, bem como a utilização de pesquisas jurisprudências com o fim de obter uma síntese conclusiva acerca do tema.

É necessário ressaltar que no tocante às técnicas de pesquisa utilizar-se-á principalmente a bibliográfica, através de recursos como livros, códigos, sítios eletrônicos, revistas, artigos jurídicos e demais diversas publicações, bem como recentes jurisprudências, tendo estas o papel importantíssimos quando para fundamentar os posicionamentos que serão estudados.

Para uma melhor compreensão, a presente pesquisa foi dividida em cinco capítulos. O primeiro tópico, que se lê neste momento, foi reservado para apresentar as principais ideias do trabalho, os métodos de pesquisa, bem como o interesse no assunto.

No segundo tópico, será abordado, primeiramente, a finalidade e importância dos princípios, assim como a sua diferença das garantias constitucionais. Posteriormente, serão analisados diversos princípios que são de vital importância para um melhor entendimento do tema em questão, tais quais, o do acesso à justiça, o da razoável duração do processo e o princípio da celeridade.

No terceiro tópico, serão conhecidos os direitos e deveres das partes, insculpidos na legislação infraconstitucional, que também são igualmente importantes para a compreensão da pesquisa.

O quarto tópico trará o conceito de assédio e de assédio moral, institutos de essencial importância para entendimento do tema principal.

Por fim, o quinto tópico é considerado o âmago do trabalho, que será intitulado de "Assédio processual", serão abordados, dentre outros assuntos, o as premissas gerais do instituto, conceito, os elementos que o integram, a diferenciação de outro instituto que muito se assemelha a ele que é a litigância de má-fé, sua presença em massa na justiça do trabalho, assim como as consequências que ele traz e meios de coibição.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Para dissertar acerca do tema principal do trabalho, faz-se necessário, primeiro, fazer uma pequena digressão histórica e conceitual sobre princípios. Ressalte-se, por outro lado, que não se tem a intenção de realizar uma análise pormenorizada e profunda acerca desse assunto, visto que não é o tema do atual estudo.

Como a própria acepção da palavra denota, princípio é termo em português derivado do latim "*principium*" que nada mais é, em sumária sinopse, que início, origem, começo. E nada mais lógico que começar a tratar do tema pelo seu início.

Nas ilustres palavras do jurista espanhol F. de Castro, presentes na obra de Paulo Bonavides, princípios são definidos assim:

[...] os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade (CASTRO, apud BONAVIDES, 2009, p. 256).

Na mesma linha de raciocínio segue F. de Clemente quando afirma, em meados do século XX, nas palavras insculpidas na obra de Paulo Bonavides, que "assim como quem nasce tem vida física, esteja ou não inscrito no Registro Civil, também os princípios 'gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios' figurem ou não nos Códigos;" (CASTRO, apud BONAVIDES, 2009, p. 256).

Pode-se perceber, portanto, que desde os mais antigos registros os princípios são normas objetivas que atuam no campo do dever-ser e que, apesar de não expressamente escritas, detêm um valor real.

Assim, tem-se que os princípios são normas que desempenham alto grau de importância na sociedade justamente porque servem de parâmetro para a criação de outras normas. Dessa forma, se uma nação é regida por uma norma "A" jamais poderá uma lei se calcar num princípio "B" totalmente contrário ao primeiro.

Contudo, engana-se aquele que pensa que princípio não é norma jurídica, pois o é, mas é norma jurídica chave, haja vista que impõe às normas *strictu sensu* limite, bem como impera que tenham mesmo conteúdo e sentido.

Não se confunda, todavia, princípios com regras, pois segundo Jean Boulanger, citado por Paulo Bonavides, eis a diferença entre ambos:

Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma diferença de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte da confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio (BOULANGER, apud BONAVIDES, 2009, p. 257).

Adiante, continua Paulo Bonavides citando o jurista francês “ela (a regra jurídica) é especial na medida em que rege *tão-somente atos ou fatos*, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada” (BOULANGER, apud BONAVIDES, 2009, p. 257).

E, a seguir, prossegue, “O princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma *série indefinida de aplicações*.” (BOULANGER, apud BONAVIDES, 2009, p. 257).

Na mesma toada, porém muito tempo após, profere suas palavras o eminente Eros Roberto Grau em sua obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”:

Pois bem, quanto aos princípios positivos do Direito, evidentemente reproduzem a estrutura peculiar das normas jurídicas. Quem o contestasse, forçosamente teria de admitir, tomando-se a Constituição, que nela divisa enunciados que não são normas jurídicas. Assim, p. ex., quem o fizesse haveria de admitir que o art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988 não enuncia norma jurídica ao afirmar que todos são iguais perante a lei[...]. Isso, no entanto, é insustentável, visto que temos aí, nitidamente – tal como nos arts. 1º, 2º, 17, 18, 37, *v.g.* – autênticas espécies de normas jurídicas. Ainda que a generalidade dos princípios seja diversa da generalidade das regras, tal como o demonstra Jean Boulanger, os primeiros portam em si o pressuposto de fato[...], suficiente à sua caracterização como norma. Apenas o portam de modo a enunciar uma série

indeterminada de *facti species*. Quanto à estatuição [...], neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável com outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre com relação a inúmeras *normas jurídicas incompletas*. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido da validade delas (GRAU, 2012, p. 125, apud RODRIGUES, 1994, p. 29).

Compreende-se, por fim, que princípios são normas jurídicas de efeito amplo, abrangendo uma gama de situações, justamente porque as leis não podem abarcar todos os fatos da vida humana.

Por tal motivo é que o estudo dos princípios é de vital importância para o presente trabalho, pois, embora o tema esteja presente há muito tempo no âmbito jurídico, somente agora está sendo estudado aprofundadamente, ante a preocupação com a morosidade processual e, por conseguinte, diante dessa recente preocupação, inexistem regramentos jurídicos, fazendo-se imperiosa a aplicação dos princípios para a resolução desse mal.

Para tanto, faz-se forçoso o estudo de alguns princípios principalmente: princípio do acesso à justiça e princípio da razoável duração do processo, intimamente ligado ao princípio da celeridade, presente na seara trabalhista.

2.1 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O princípio do acesso à justiça encontra-se plasmado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal com a seguinte dicção: *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"* (BRASIL, 1988, n. p).

O direito de ação surge para a sociedade desde o momento em que o Estado proíbe a autotutela, pois a partir desse momento o Estado assume para si a responsabilidade de solução dos conflitos através de um sistema organizado e mais humano.

Assim, com o fim da autotutela, se um indivíduo crê que teve seu direito violado, faz uso do direito de ação para pleitear uma condenação pelo Estado.

Tal princípio encontra definição nas palavras de Nelson Nery Jr.:

Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. O princípio constitucional do direito de ação garante ao jurisdicionado o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada (NERY JÚNIOR, 2006, p. 13).

Já Luiz Guilherme Marinoni, conceitua-o da seguinte maneira:

[...] é muito mais do que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, diante dos seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARINONI, 2012, p. 225).

Nota-se, portanto, que o direito de ação é direito estritamente “fundamental processual, e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação, e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles” (MARINONI, 2012, p. 209).

Contudo, deve-se ressaltar um ponto que suscita dúvidas na doutrina quanto a opacidade do termo “acesso à justiça”. Parte dos estudiosos acreditam que o termo acesso à justiça significa acesso ao Poder Judiciário, enquanto outros, valendo-se de uma exegese mais ampla, sustentam que o termo compreende o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais para a vida humana.

Atualmente, entende-se que o acesso à justiça não se resume ao emprego de meios processuais a fim de alcançar um objetivo por meio do Poder Judiciário, mas mais que isso. Tal princípio exalta os objetivos mais amplos e, ao mesmo tempo, intrínsecos que o direito traz consigo, ou seja, a procura de soluções às lides, pautadas em valores e costumes de uma sociedade moderna.

Nesse contexto, Kazuo Watanabe, citado na obra de Horácio Wanderley Rodrigues, exalta:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o **acesso à ordem jurídica justa** (WATANABE, apud RODRIGUES, 1994, p. 29, grifo nosso).

No entanto, para que se dê o acesso à justiça na sua forma mais abrangente, necessário o emprego de instrumentos processuais que possibilitem uma efetiva prestação jurisdicional. Por isso que ao se falar em acesso à justiça, ainda que se adote a posição majoritária na doutrina de que o princípio em questão não se resume ao ingresso ao poder judiciário, não se pode, jamais, olvidar que a via judiciária é o meio pelo qual o acesso à justiça se efetiva.

Magistrais as palavras de Horário Wanderley Rodrigues sobre o tema:

No entanto também não se pode prescindir, no seu estudo, desse aspecto vinculado ao direito processual e, conseqüentemente, de sua análise. Segundo Watanabe (1988:135), o direito de acesso à justiça é também direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada, e o acesso a ela deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito; ou como coloca Dinamarco (1987:451), o acesso à justiça é problema também interligado à abertura de vias de acesso ao processo, tanto para a postulação de provimentos, como para a resistência (RODRIGUES, 1988, p. 135; DINAMARCO, 1987, p 451, apud MARINONI, 2012, p. 209).

Dessa forma, se de um lado não se pode relegar os instrumentos processuais como caracterização do acesso à justiça, por outro, também não é correto limitar o acesso à justiça somente ao ingresso ao Poder Judiciário. As duas interpretações do princípio são, na verdade, complementares.

Portanto, fácil concluir que a problemática do acesso à justiça é o elo entre o processo civil e uma ordem jurídica calcada em valores, costumes e princípios. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

É possível dizer, até mesmo, que a questão do acesso à justiça foi tema-ponte que fez a ligação do processo civil – antes compreendido

exclusivamente na sua dimensão técnica – com a “justiça social” (MARINONI, 2012, p. 189).

Por derradeiro, percebe-se o quão importante é o tema em espeque para o presente trabalho, pois que o assédio processual coíbe o acesso à justiça na sua forma mais ampla.

Não cuida esse assédio de impedir que o indivíduo busque no Poder Judiciário a solução dos seus problemas, contudo, como veremos a seguir, esse “instrumento processual” acarreta diversos efeitos ao processo e, dentre eles, a morosidade que tem como conseqüência, primeiramente, a inefetiva prestação da tutela jurisdicional e, por vezes, a desistência de sua busca em razão do ônus excessivo, seja ele pecuniário ou psicológico.

Sendo assim, o assédio processual é instituto que desobedece simplesmente a direito mais que fundamental do nosso ordenamento jurídico, qual seja, o direito de ação e, logo, deve buscar ser afastado peremptoriamente do processo brasileiro.

2.2 PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A lentidão na entrega da prestação jurisdicional sempre foi um problema do direito pátrio e o legislador brasileiro, de diversas maneiras, tentou resolver tal situação criando mecanismos para uma entrega efetiva da prestação jurisdicional.

Pode-se dizer que umas das primeiras medidas efetivas criadas pelo legislador a fim de sanar a morosidade processual foi a tutela antecipada insculpida no art. 273 do Código de Processo Civil que consiste no ato de o juiz de antecipar ao indivíduo do processo o bem da vida provisoriamente, desde que presentes alguns requisitos.

Da mesma forma, outro mecanismo criado a fim de curar o mal da demora foram os juizados especiais que são órgãos do Poder Judiciário que se pautam, segundo o art. 2º da lei que os criou (Lei 9.099/1995), pelos princípios da “[...] oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e **celeridade** [...]”.

Percebe-se então que há uma busca constante em dotar o Poder Judiciário de agilidade, pois não mais vigora - se é que já vigorou - a máxima de que “a justiça tarda, mas não falha”, afinal de contas, se ela tarda, já falhou.

Por sua vez, em seu tempo, Ruy Barbosa dizia: “A justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Essa preocupação, como não poderia deixar de ser, atingiu também o legislador, que acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, o inciso LXXVIII que tem a seguinte entonação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação” (BRASIL, 1988, n. p.).

Evidencia-se, dessa forma, que a busca de soluções para sanar a morosidade na entrega **eficiente** da tutela jurisdicional é preocupação atual do legislador que optou por insculpir aquelas palavras no rol de direitos fundamentais na Carta Magna brasileira.

“Eficiente”, aliás, é termo que denota o emprego de meios suficientes, com o menor custo possível a fim de obter o melhor resultado possível. Eficiência, dessa forma, traz consigo a impressão de algo extremamente positivo, conceito esse que destoa do conceito de justiça, atualmente.

Portanto, o que se pretende com a inclusão do inciso ao artigo supracitado é imprimir eficiência às garantias processuais para que o Estado, através do Judiciário, consiga entregar uma tutela jurisdicional efetiva. Não ocorrendo isso, desrespeita-se direitos fundamentais do cidadão.

Outrossim, não se olvide que antes mesmo da inclusão pelo legislador constituinte do mencionado inciso ao artigo 5º da nossa Carta Maior, implicitamente o Estado tinha a obrigação de prestar uma justiça célere, conforme apregoam os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV). Ou seja, o tempo de duração do processo era alvo de preocupação ainda que não houvesse qualquer garantia constitucional explícita.

Conclui-se que não mente o ditado que afirma que tempo é dinheiro, especialmente no processo judicial. Marinoni afirma que “o tempo é uma necessidade: é uma necessidade do juiz, que dele precisa para formar sua convicção, e uma necessidade democrática, advinda do direito de as partes participarem adequadamente do processo, direito esse que tem expressão no princípio do contraditório” (MARINONI, 2012, p. 189).

Mas mais que isso, o tempo razoável de duração de uma demanda é um direito fundamental assegurado constitucionalmente ao indivíduo que ingressa no judiciário,

direito esse desrespeitado frontalmente em certas ocasiões por práticas processuais tal qual o assédio processual.

Em que pese o inciso acrescentado pelo legislador relativo ao “direito fundamental a um processo sem dilações indevidas” (DIDIER, 2008, p 41), tenha sofrido algumas críticas, andou bem o reformador constituinte, visto que conseguiu conceder generalidade e alcance ao dispositivo, cabendo aos aplicadores do direito concederem-no a efetividade.

Ademais, em ocorrendo a prática do assédio processual se desrespeita o direito de participação igualitária de cada parte no processo que advém do princípio da razoável duração do processo conjuntamente ao contraditório e ampla defesa e, conseqüentemente, não se satisfaz a regra encartada implicitamente no princípio da segurança jurídica.

A morosidade processual leva à insegurança jurídica, visto que o cidadão não mais crê na efetividade do Poder Judiciário e, por conseguinte, leva à descrença do cidadão na justiça.

Na mesma toada, a seara trabalhista, justiça que é essencialmente guiada por princípios como o da celeridade, economia processual e informalidade também se encontra muita demora em razão da utilização recorrente de inúmeros recursos disponíveis.

Ives Gandra Martins Filho afirma:

Um sistema processual saudável é aquele que resolve as demandas judiciais em tempo socialmente tolerável. Para isso, deve-se reduzir o número de recursos e de instâncias. A sistemática recursal trabalhista atual permite que uma demanda seja rediscutida em torno de 25 vezes, se forem utilizados todos os recursos na fase de conhecimento e de execução (com embargos declaratórios e agravos). O sistema lembra campeonato de futebol de Estado pequeno, com apenas dois times competindo efetivamente, num torneio que se disputa em 8 fases de ida e volta, classificando-se para a final os dois melhores times, e a final sendo disputada em 3 jogos, mas com prorrogação e disputa final de pênaltis, em que somente nesse momento é que se sabe qual o campeão (MARTINS FILHO).

Embora na Consolidação de Lei Trabalhistas não exista dispositivo com o mesmo teor do criado pelo legislador constituinte, encontra-se a norma encartada no art. 765 que confere aos Juízos e Tribunais ampla liberdade na direção do processo e o dever de velar pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao seu esclarecimento.

Todavia, é tarefa hercúlea para os magistrados sopesar a aplicação desse princípio sem prejudicar o princípio do contraditório e ampla defesa, bem como do devido processo legal.

Assim, diante de um caso concreto, o juiz não pode privilegiar o direito fundamental da duração razoável do processo em detrimento do contraditório e ampla defesa, sob pena de prejudicar uma das partes.

Desse modo, a parte que pretende ver a dilação indevida de um processo, faz uso de todos os tipos de recursos a fim de ver prejudicado o direito alheio.

Por derradeiro, pode-se perceber facilmente que a morosidade representa uma falha do processo. Nessa toada, o bem atacado pela demora na prestação jurisdicional não se limita ao povo, mas à dignidade da pessoa humana, haja vista que a inefetividade da justiça implica em um desrespeito à dignidade humana.

Inobstante, representa também uma afronta ao devido processo legal, pois, para se verificar a integridade de qualquer processo, faz-se mister averiguar se o tempo de tramitação é ou não razoável.

Imperioso, portanto, buscar a correção dessa falha a fim de venerar o princípio da razoável duração do processo e seus correlatos.

3 DOS DEVERES DAS PARTES E DOS SEUS PROCURADORES

Realizado o estudo dos princípios gerais, imperioso fazer alusão a um capítulo do Código de Processo Civil, insculpido no art. 77 e seguintes que expõe os deveres das partes e dos seus procuradores.

Como o presente trabalho trata do assédio processual na justiça do trabalho, forçoso se faz afirmar que a legislação processual civil se aplica subsidiariamente à processual trabalhista quando nos casos de omissão da CLT, aquele for compatível com esse, conforme dispõe o art. 769 do mesmo encartado justrabalhista.

Destarte, possível a aplicação da carta processual civil na seara trabalhista, pois não há disposições semelhantes na CLT e coaduna-se com as diretrizes e princípios da justiça laboral.

Assim, o art. 77 do CPC tem a seguinte dicção:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. VII - informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações. (Incluído pela Lei nº 14.195, de 2021).

Aduz-se do artigo que as partes e respectivos procuradores que ingressarem em juízo tem algumas obrigações a cumprir. A primeira, conforme o inciso I, diz respeito a expor a verdade dos fatos em juízo, ou, como chamada por Nelson Nery Jr., em seu código de processo civil comentado, "dever de probidade".

Cabe à parte, representada por seu procurador no processo, agir com probidade sob pena de sofrer as consequências processuais cabíveis.

Afirma o ilustre doutrinador:

O processo é um jogo fundado no contraditório. Nele o autor deduz pretensão e o réu dela se defende. As alegações das partes devem ser deduzidas em obediência à verdade. Evidentemente a verdade de

que trata a norma é de índole subjetiva, sendo suficiente para a observância do princípio, que a parte acredite naquilo que afirma[...]. Pelo princípio não se exige a alegação da verdade absoluta, mas sim a veracidade dos fatos [...] (NERY JÚNIOR, 2007, p. 207).

Dessa forma, deve a parte pleitear ou se defender em juízo sempre afirmando aquilo que acredita ser a verdade quando aos fatos, pois, caso não o faça, estaria abusando do direito de defesa.

O inciso II representa, talvez, o dever mais violado quando da utilização do malartifício do assédio processual.

O dever de lealdade e boa-fé consiste na obrigação que tem as partes em agir com fidelidade e lisura ao processo, evitando “provocar incidentes inúteis e/ou/ infundados” (NERY JÚNIOR, 2007, p. 207).

Sobre o tema, Nelson Nery Jr. assevera:

A ele [o litigante] é vedada a utilização de expedientes de chicana processual, procrastinatórios, desleais, desonestos, com o objetivo de ganhar a demanda a qualquer custo. São exemplos de atitudes desleais: a) indicar endereço errado de testemunhas, a fim de inviabilizar seu depoimento; b) ingressar com seguidas petições desnecessárias provocando tumulto processual; c) requerer ida dos autos para contador para atrasar o processo [...] (NERY JÚNIOR, 2007, p. 207).

Os demais incisos tem relação intrínseca com o primeiro e o segundo, pois não formular pretensões ou alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento, bem como não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários a declaração ou defesa do direito e não criar embaraços, todos são hipóteses que decorrem do dever de boa-fé e lealdade, assim como do dever de probidade.

Fato é que se praticado o assédio processual, além de se infringir todos os princípios e diretrizes constitucionais do estado democrático de direito, desobedece-se também os deveres das partes e procuradores, levando a consequências drásticas no âmago do Judiciário.

4 ASSÉDIO

Finalizado o estudo superficial de alguns princípios que norteiam o tema de assédio processual, alcança-se, enfim, o capítulo que é âmago do trabalho, qual seja, o assédio processual.

Entretanto, necessária se mostra a dissecação de alguns institutos que permeiam o cerne do trabalho, tal qual o caso do assédio. Partir-se-á, portanto, de uma premissa geral para o estudo profundo e especial de um tema mais delimitado.

Assédio encontra definição nas páginas do Dicionário Aurélio como: “*s.m.* **1.** Cerco posto a um reduto para tomá-lo; sítio. **2.** *Fig.* Insistência importuna junto de alguém com perguntas, propostas, pretensões, etc.” (FERREIRA, 1998).

Os mais antigos escritos afirmam que a palavra assédio nasceu do termo em latim *obsidere* que significa insistência importuna, junto de alguém com perguntas, propostas, pretensões etc.

Preciosas também são as lições de Hirigoyen (2005) que afirma o termo assédio ter nascido das letras do sueco Heinz Leymann que introduziu no direito o verbo em inglês *to mob* que significa assediar, atacar.

Inobstante, também pode-se se citar a expressão atualmente muito em voga do *bullying* que encontra origem no verbo em inglês *to bully* que também tem significado semelhante ao acima citado, sendo este descrito como uma outra forma de maus tratos aplicados às crianças. Com o passar do tempo, esse termo adquiriu significados mais amplos, ensejando um abuso à coletividade.

Percebe-se dessa forma, que o assédio tem várias formas dando ensejo a inúmeras reações e pode-se materializar através de gestos e palavras, por insinuações, por críticas, pode ocorrer tão-somente no campo sexual ou ainda lesar somente à bens imateriais e, por derradeiro, pode ele se manifestar no decorrer de uma demanda processual, que, em suma, denota o sítio que alguém faz através de meio processuais lícitos ou ilícitos, voluntariamente ou involuntariamente, a fim de fragilizar a vítima emocionalmente ou psicologicamente com intuito de obter vantagem processual indevida.

Esse tipo descrito é o conceito sumário de assédio processual que se manifesta como uma espécie do gênero assédio moral, restrita a atuação da parte em juízo, motivo

pelo qual imperioso o estudo do último com escopo de obter base concreta e sólida para a análise daquele.

4.1 ASSÉDIO MORAL

O assédio moral, muito provavelmente, tem origem no nascimento na ideologia do neoliberalismo que se funda como um produto do liberalismo econômico neoclássico, ou seja, refere-se a uma redefinição do liberalismo clássico, influenciado pelas teorias econômicas neoclássicas e que buscava uma liberdade maior de mercado sem a intervenção Estatal.

Dessa forma, as pessoas lutavam entre si cada vez mais para conquistar seu lugar no mercado de trabalho, a fim de evitar o desemprego. Esse cenário, repleto de oferta, marcado pela competitividade empresarial e redução dos foros de trabalho, constitui o local perfeito para a disseminação do assédio moral.

Com o avanço do tempo, o legislador sentiu a necessidade de coibir tal prática, quando trouxe a primeira proteção contra os abusos cometidos à moral na década de 1980 com a promulgação da Constituição Federal da República Brasileira de 1988 que em seu dispositivo 5º, inciso V afirma que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material moral, ou à imagem.

Igualmente, no inciso X do mesmo artigo, o legislador aprofundou a proteção à imagem e à honra das pessoas asseverando que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Esses, dentre outros tantos dispositivos espalhados por nosso ordenamento jurídico, visam proteger as pessoas em face dos abusos cometidos pelas partes adversas. Nasce então instrumento valiosíssimo para o direito processual no combate ao assédio moral.

Pode-se conceituar assédio moral como uma agressão direta ou indiretamente feita a uma pessoa de forma sistemática, deixando-a em condição de debilidade com intuito de obter algum tipo de vantagem.

O conceito encontra respaldo nas palavras de Marie-France Hirigoyen (2005) uma das primeiras estudiosas a tratar do tema sob uma visão psicanalista. Ela entende o assédio moral como sendo qualquer conduta abusiva, configurada através de gestos, palavras,

comportamentos inadequados e atitudes que fogem do que é comumente aceito pela sociedade.

Percebe-se, primeiramente, que se trata o assédio moral de um processo, ou seja, da repetição daquelas condutas a fim de desestabilizar o indivíduo e atingir seus objetivos. Em segundo plano, mas igualmente importante, a repetição e caracterização do abuso moral leva, incondicionalmente, a um atentado contra o princípio da dignidade da pessoa humana, pois visa, como dito, abalar o psicológico e o emocional da vítima. Assim, o assédio moral é prática de prejuízo incomensurável ao processo bem como ao indivíduo.

Portanto, dissecando a locução assédio moral, fácil perceber que se trata o instituto de submeter alguém a reiterados ataques, procedimentos, condutas, comentários, críticas a fim de levar-lhe ao constrangimento, ferindo-lhe, por conseguinte, a honra, imagem pessoal, brio.

Já na seara trabalhista, é fácil constatar a presença do assédio moral, até porque fora neste ramo que provavelmente surgiu o mesmo, quando aqueles atos e comportamentos constantes e inadequados emergem do superior hierárquico ou mesmo dos colegas de trabalho, traduzindo-se numa perseguição contínua capaz de levar o indivíduo à desestabilização emocional acarretando em prejuízo ao trabalho.

Nesse mesmo sentido, são as valiosas palavras de Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt que escreveu:

Nesse sentido, o assédio pode ser também visto através do ângulo do abuso de direito do empregador de exercer seu poder diretivo ou disciplinar. Porque é sob o manto do exercício normal de suas prerrogativas patronais, que o assédio se manifesta mais freqüentemente. Nessas hipóteses, as medidas empregadas têm por único objetivo deteriorar, intencionalmente, as condições em que o trabalhador desenvolve seu trabalho. É o caso, por exemplo, de uma transferência de local de trabalho, com o objetivo de desestabilizar o empregado. Evidentemente, trata-se de um caso de abuso de direito sutil e, portanto, mais difícil de ser demonstrado. A obrigação de executar o contrato de trabalho de *boa-fé* pode, contudo, vir em

auxílio do trabalhador, já que se impõe a ambas as partes ligadas por uma relação de trabalho (SCHMIDT, 2013).

Consiste, portanto, o assédio moral no âmbito trabalhista no emprego de meios agressivos em face do trabalhador, fazendo uso abusivo do poder diretivo, conduzindo o empregado a estado de desconforto psíquico. A desestabilização que lhe é aplicada pode lhe causar humilhação, inferioridade e levar, por fim, a, por exemplo, um pedido de demissão.

Diversos são os julgados que se encontra na área trabalhista sobre assédio moral.

In verbis:

DANO MORAL. RESTRIÇÃO AO USO DE BANHEIRO. ATO ILÍCITO. OFENSA À HONRA SUBJETIVA IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Na hipótese, o Regional reformou a sentença na qual se condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, com amparo nos seguintes elementos fático-probatórios: existia -pelo menos-três pausas ao longo da jornada, totalizando 40 min. (fs. 285/286), não havendo indícios de que fosse vedado o uso do banheiro em qualquer delas-; -em parte do período contratual os intervalos somavam 45 min, e (...) sugere certa liberdade no uso do banheiro-; havia -um relatório para justificativa em caso de extrapolação desses intervalos-, no qual se fazia -inserção em lista negra daqueles que ultrapassavam o tempo permitido para ir ao banheiro-. Não obstante a constatação dos fatos citados, a Corte a quo se convenceu de que inexistiu dano à esfera íntima do autor, haja vista que esse não relatou, -na inicial que sofria humilhações verbais pela extrapolação da pausa-; -eventual exigência para que fossem observados os intervalos, já bastante elásticos, não pode ser considerada como excesso de rigor por parte da empregadora-; a existência de relatório sobre extrapolação dos intervalos não faz presumir que -ele tenha dado ensejo a constrangimento ou humilhações ao autor-; e, na organização do trabalho, não se vislumbra -nenhum ato atentatório à dignidade do reclamante, tampouco prova efetiva de sofrimento íntimo, relacionado à esfera moral-. A Constituição Federal consagra, em seu artigo 5º, inciso X, o direito à -intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral

decorrente de sua violação-. Para que se configurem a existência do dano moral e a consequente obrigação de indenizar o ofendido, torna-se indispensável que tenham ocorrido o ato ilícito - omissivo ou comissivo e culposo ou doloso - praticado pelo agente, a constatação do dano vivenciado pela vítima e o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita. Para fins de aferição da responsabilidade civil por dano moral do empregador, é imprescindível a prova do fato danoso em si, perpetrado por conduta ofensiva à dignidade da pessoa humana, o qual representa a relação de causa e efeito entre a conduta do empregador e o dano moral suportado pelo empregado, sendo prescindível, contudo, a prova de prejuízo concreto, por se tratar de violação de direitos da personalidade, que atingem tão somente a esfera íntima do ofendido. Extrai-se da decisão do Regional que a reclamada fazia controle rígido de uso do banheiro, relacionando-o como critério de aferição de produtividade dos empregados, em detrimento da satisfação de necessidades fisiológicas inerentes a qualquer ser humano; exigia justificativa pelo extrapolamento do tempo destinado a intervalos; e inseria os nomes dos -retardatários- em relatórios, os quais foram denominados -lista negra- pela própria Corte de origem. Nesse contexto, estão evidenciados o abuso no exercício do poder diretivo, a prática de ato ilícito, afronta às normas de proteção à saúde - possível aparecimento de patologias do trato urinário ou intestinal -, o nexo causal entre a conduta patronal e o dano causado ao reclamante, e o dano moral, cuja constatação decorre de uma presunção natural (presunção hominis), já que são prováveis e razoavelmente deduzidos, na hipótese, o sofrimento íntimo, o constrangimento ilegal e a situação degradante e vexatória do autor. Ressalta-se que a ofensa à honra subjetiva do reclamante, o dano moral, revela-se in re ipsa, ou seja, presume-se, sendo desnecessário qualquer tipo de prova para demonstrar o abalo moral decorrente da restrição a que estava submetido o reclamante de uso do banheiro. Isso significa afirmar que o dano moral se configura, independentemente de seus efeitos, já que a dor, sofrimento, angústia, tristeza ou abalo psíquico da vítima não são passíveis de

serem demonstrados, bastando que ocorra violação efetiva a um direito da personalidade e da dignidade da pessoa humana para que o dano moral esteja configurado. Evidenciado, assim, o dano moral, é devida a indenização correspondente, nos termos dos artigos 5º, inciso X, da Constituição Federal e 927 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 27500-05.2009.5.03.0006 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 13/06/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 05/10/2012)

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. O instrumento de mandato constante dos autos confere a prevalência dos poderes outorgados aos advogados para atuarem até o final da demanda. Logo, deve ser afastado o fundamento assentado pelo juízo primeiro de admissibilidade no despacho denegatório do recurso de revista de irregularidade de representação. A consequência lógica, no caso concreto, não é o provimento do agravo de instrumento, mas, sim, dar seguimento no exame dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, nos termos da OJ nº 282 da SBDI-1 do TST. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA. 1. DANO MORAL - CARACTERIZAÇÃO. O Tribunal Regional indicou expressamente as provas que foram produzidas e trazidas aos autos, demonstrando o tratamento desrespeitoso e humilhante que fora infligido à reclamante. À reclamada, foi assegurado o direito subjetivo de ação, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; porém não conseguiu se desincumbir do ônus de comprovar a veracidade dos fatos controvertidos, é o que revela a transcrição do depoimento da testemunha da empresa. Para se chegar a entendimento contrário, seria necessário o reexame de fatos e provas, circunstâncias que fundamentaram a decisão regional e que não se admite nesta fase recursal, consoante a Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.

[...]

(RR - 4740-54.2009.5.03.0138 , Relatora Ministra: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, Data de Julgamento: 26/09/2012, 5ª Turma, Data de Publicação: 05/10/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. EXCESSO DE PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. Não desconstituídos os fundamentos do despacho denegatório, improspera o agravo de instrumento destinado a viabilizar o trânsito do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (1384000220075020023 138400-02.2007.5.02.0023, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 30/04/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMBRAPA. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. PODER DIRETIVO. SEPARAÇÃO DE PODERES. O poder diretivo do empregador (art. 2.º da CLT) não é absoluto, devendo respeitar os direitos trabalhistas protegidos pela legislação heterônoma e autônoma. Nesse cenário, emerge o art. 468 da CLT como limite às alterações contratuais, cabendo ao Judiciário, no final das contas, analisar se houve ou não o adequado exercício dos poderes empresariais. Ademais, o art. 2.º da CF/88 não põe a Administração Pública, direta ou indireta, em uma redoma, tampouco a torna imune ao Poder Judiciário, ante o disposto no art. 5.º, XXXV, da CF/88. Assim, as relações de trabalho firmadas pela EMBRAPA não são travadas em uma zona franca, onde os direitos trabalhistas podem ser postos e retirados sem qualquer controle jurisdicional. Agravo de Instrumento não provido. 2.º CLT 468 CLT 2.º CF/88 5.º XXXV CF/88 (5305020105090657 530-50.2010.5.09.0657, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 29/02/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/03/2012)

REGULAMENTO INTERNO PODER DIRETIVO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA O acolhimento de pedido indenizatório por dano moral pressupõe a configuração de ato ilícito, praticado pelo empregador. Em assim, a imposição de normas de conduta inerentes à função desempenhada pelo obreiro na empresa revela, tão-só, o exercício do poder diretivo, sem repercutir na esfera íntima do

obreiro. (389004820085070003 CE 0038900-4820085070003, Relator: ANTONIO MARQUES CAVALCANTE FILHO, Data de Julgamento: 04/05/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/06/2011 DEJT)

RECURSO DE REVISTA - NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. O Regional solucionou a controvérsia de forma fundamentada, não havendo se falar em negativa de prestação jurisdicional. Recurso não conhecido.2. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA - PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR - INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA INDEVIDA. Não há que se falar em pagamento de indenização compensatória pela dispensa sem justa causa, pois há previsão no ordenamento jurídico de pagamento de multa pela despedida arbitrária do empregado. Com efeito, a dispensa por justa causa, por si só, não é motivo jurídico suficiente que viabilize o pleito de indenização compensatória, na medida em que está dentro dos limites legais do poder diretivo do empregador a livre contratação e despedida de trabalhadores, de acordo com as normas celetistas. Recurso conhecido e provido.3. COMPLÇÃO DE APOSENTADORIA - TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL - VENDA DE CARIMBO. O TRT negou provimento ao recurso do Autor quanto ao pedido de diferenças decorrentes da -venda de carimbo-, portanto, a Reclamada não tem interesse em recorrer, no ponto. Recurso não conhecido. (2138800912000509 2138800-91.2000.5.09.0003, Relator: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de Julgamento: 15/08/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2012)

Percebe-se, cristalina, desses julgados que o assédio moral decorre quase sempre do abuso do poder diretivo do empregador que se utiliza de uma prerrogativa que lhe é inerente de maneira descomedida.

Por essa razão é que se diz que o meio trabalhista é a principal seara para a proliferação desse mal.

Pense-se no exemplo de um termômetro que marca a licitude dos atos trabalhistas feitos pelo empregador numa escala de 0 a 10, sendo 0 o ato mais inofensivo e o 10 o mais ofensivo aos direitos trabalhistas. Até o grau 5º os atos praticados pelo empregador são lícitos e, portanto, dentro da esfera do poder diretivo que lhe é inerente. Entretanto, a partir

do 6º grau o empregador abusa do poder diretivo, começando a escala em que caracteriza-se o assédio ao trabalhador.

Nesse sentido são todos os julgados acima. Todos ocorreram abuso do poder diretivo do empregador o que, indubitavelmente, levou a um assédio ao empregado e, conseqüentemente, uma indenização por danos morais pelos tribunais pátrios.

Feita essa análise sintética de institutos que são deveras importantes para a análise do tema primário, passa-se ao próximo capítulo, em que será tratado o assédio processual.

5 ASSÉDIO PROCESSUAL

Com o estudo preliminar do institutos mais genéricos como o assédio e outros, já é possível entender melhor a figura do assédio processual, motivo pelo qual se inicia este presente tópico.

Contudo, surge o primeiro problema que é: como qualificar esse novo instituto? Deve-se entendê-lo como um tipo de litigância de má-fé, um novo tipo de assédio moral ou mesmo um instituto autônomo?

Tarefa das mais árduas é encaixar um novo conceito em algum gênero, pois essa nova ferramenta sempre guardará semelhanças com outras já existentes e ao mesmo tempo trará inovações em relação aos instrumentos antigos.

Assim, embora árdua, pode-se afirmar que o assédio processual é uma espécie de assédio moral, guardando, contudo, suas diferenças. Tem-se como diferença principal o fato de que o assédio moral cuida de uma relação de direito material, ao passo que o assédio processual incide estritamente na relação de direito processual.

Na mesma toada, diferentemente do assédio moral que tem o escopo de eliminar a outra parte de uma relação, deixando-a desconfortável, impondo-a situações vexatórias, atingindo-lhe a honra, o assédio processual tem por fim procrastinar a prestação jurisdicional, retardar o cumprimento das obrigações reconhecidas judicialmente, atribuindo a outra parte todo o ônus da tramitação judicial.

O assédio desta natureza tem propósito coberto pelo manto da licitude, pois aparentemente usando-se de meios lícitos, mero exercício regular das faculdades

processuais, busca resultado ilícito, senão ilícito, reprovável ética e moralmente, retardando o julgamento do feito e, por conseguinte, a entrega do bem da vida, fato gerador de prejuízos tanto à parte que tem razão quanto à própria sociedade vez que abarrotava o judiciário de processos, causando a morosidade processual e descrença na justiça.

Aliás, extrai-se do parágrafo acima uma das características mais marcantes do assédio processual o fato de não somente ser vítima dessa mazela a parte contraposta no processo, mas também o próprio Estado, a sociedade, em razão das enormes consequências nocivas ao judiciário como a morosidade da justiça, o comprometimento de princípios fundamentais da república como a razoável duração do processo, o devido processo legal, bem como princípios da seara trabalhista, a exemplo da celeridade.

Assim, temos como sujeitos passivos do assédio processual a parte adversa e o Estado, ao passo que o assédio moral tem exclusivamente como vítima o indivíduo que sofreu o ato, visto que é ação praticada exclusivamente contra o âmago da pessoa.

O instituto em questão, como já dito, é relativamente novo nas discussões jurídicas e também de bastante difícil percepção, isso porque, por vezes, confunde-se com o mero exercício do direito de defesa, garantido constitucionalmente pelo contraditório e ampla defesa.

Assim sendo, é tarefa quase hercúlea- e também deveras perigosa, pois se pode prejudicar uma garantia constitucional em detrimento de outra, ou seja, pode-se privilegiar a duração razoável de processo sacrificando, assim, o contraditório e ampla defesa - definir qual o limite que separa o exercício do direito de defesa do assédio processual.

Mauro Vasni Paroski, um dos maiores doutrinadores sobre assédio processual do país, quiza o maior, sobre o tema, asseverou:

Esse discurso em prol do exercício do amplo direito de defesa, que impediria a condenação do litigante por assédio processual, é perigoso e pode levar a resultados injustos, impondo ao autor que tem razão todo o ônus da distribuição do tempo do processo.

A ampla defesa e o contraditório, inerentes ao devido processo constitucional, não devem e não podem ter essa amplitude, sob pena de produzirem efeitos que se opõem à principal finalidade da prestação jurisdicional, que é a pacificação social, através da solução dos conflitos individuais e coletivos de interesses, gerando

resultados, individual e socialmente justos, de acordo com o ordenamento jurídico-constitucional, vigente (PAROSKI, 2009).

Do excerto, percebe-se que o direito constitucional do contraditório e ampla defesa deve ser usado de maneira não abusiva, ou seja, não colimando a prolongação da demanda na *via crucis* do tempo, sob pena de sacrifício de outros princípios igualmente protegidos por nossa Carta Magna como a duração razoável do processo, a dignidade da pessoa humana, bem como a celeridade inculpada na legislação justralhista.

Por tal motivo que é extremamente complexo definir uma linha que separe o exercício regular do direito de defesa e o assédio processual. Cabe ao julgador, em cada caso, analisar a situação para definir a presença ou ausência de assédio processual, para que, no fim, a demanda não gere efeitos contrários àqueles pretendidos com a finalidade do processo.

Não obstante isso, o assédio processual assume várias formas a fim de impedir a regular marcha processual, tais como a oposição de inúmeros embargos de declaração com alegações infundadas, requerimentos de diligências que visam atrasar o andamento processual, recursos manifestadamente inaptos para tais fins, nomeação de bens inexistentes à penhora na fase de execução etc.

Todos esses meios de protelação da entrega jurisdicional tem algo em comum com a atuação regular do direito que tem o fim de debater o direito: o emprego de meios lícitos. Em ambos os casos, seja com intuito de fazer prevalecer seu argumento jurídico e, por fim, vencer a demanda, seja para atrasar a entrega do bem da vida, a utilização dos instrumentos processuais permitidos por lei é imperiosa.

Sendo assim, não há emprego de meios ilícitos para atingir o atraso processual, mas sim o emprego de meios lícitos que são utilizados com fim de acobertar interesses escusos, bem como moral e eticamente condenáveis.

Mauro Paroski, acerca do emprego de meios lícitos para obter resultados abomináveis, fala:

Esta é uma visão por demais simplista, cômoda, conservadora e sem o compromisso de fazer valer a ordem democrática e os seus objetivos, valorizando a pessoa humana, a sua dignidade e a função

social de tudo que há na sociedade, para quem sabe corrigir as injustiças e diminuir as diferenças entre pessoas e classes sociais, atingindo a efetivação do princípio da igualdade material. O Judiciário, ao não reconhecer o assédio processual, quando presente, assume a condição deliberada de aparelho ideológico do Estado, na pior de suas acepções, vestindo o figurino do personagem que tudo faz para ajudar a manter a ordem estabelecida pelas classes dominantes, ainda que injusta, e para convencer aos jurisdicionados que tudo está na mais absoluta normalidade. Transmite a idéia de que é lícito e razoável o devedor agir abusivamente para retardar a efetivação da prestação jurisdicional, com a entrega do bem da vida ao credor, por dez, quinze, vinte ou mais anos, mesmo no âmbito da Justiça do Trabalho. Não pune satisfatoriamente aquele que nitidamente atua para esse atraso, embora as normas legais existentes possibilitem a incidência de sanções para prevenir e coibir os atos procrastinatórios, ilegais e imorais (PAROSKI, 2009).

Assim, não se sustenta o argumento de que o uso de meios lícitos afasta a incidência de assédio processual, até porque impossível seria a utilização de meios ilícitos dentro de uma demanda processual. O que se busca punir é a intenção do agente que contradiz com as diretrizes constitucionais do processo com o emprego de maneira abusiva daqueles meios, e não o emprego deles, por si só.

Alie-se a esses argumentos a dicção do art. 187 do Código Civil de 2002 que afirma peremptoriamente que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2012, n. p.).

Aufere-se dessa norma que a legislação pátria busca incessantemente coibir os atos abusivos, ou seja, como afirma Nelson Nery Jr. em seu Código Civil comentado (NERY JR., 2007, p. 350) “quando o ato é resultado do exercício *não* regular de direito”.

Prosegue o doutrinador afirmando que “no ato abusivo há a violação da finalidade do direito, de seu espírito, violação essa aferível objetivamente, independentemente de dolo ou culpa” (NERY JR., 2007, p. 350).

Na análise do assédio processual, pode-se perceber que se trata, claramente, de um abuso de direito, pois excede o uso regular do contraditório e ampla defesa, violando, por fim, a finalidade do direito que é a solução de conflitos, pacificação social.

Portanto, os excessos devem ser punido, visto que tal conduta não se coaduna com as diretrizes de um estado democrático de direito.

5.1 CONCEITO

Realizado o apanhado geral, imperioso a dissecação do instituto através de conceitos lançados por doutrinadores, encontrado nas jurisprudências e formulados nesse trabalho.

Para tanto, mister verificar a origem do assédio processual que, como se percebe pela leitura da pesquisa, trata-se de um novo conceito no direito.

Tratados diversos tem como marco inicial a decisão prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais nº 2784/2004, pela Juíza Mylene Pereira Ramos, da 63ª Vara do Trabalho de São Paulo em 08/04/2005 em que pela primeira vez no Brasil fora utilizado o termo “assédio processual” para nominar um tipo de procrastinação da entrega efetiva da demanda por meio de diversos recursos e meios processuais. *In verbis* parte da decisão:

DO DANO MORAL

O pedido é parcialmente procedente. Pretende o autor ser indenizado pelos danos morais e materiais sofridos pelo descumprimento de acordo judicial celebrado com o réu em reclamação trabalhista, e pela demora em seu recebimento por meio de execução motivada por inúmeros incidentes e recursos interpostos pelo réu. O pedido é procedente. Praticou a ré “assédio processual”, uma das muitas classes em que se pode dividir o assédio moral. Denomino assédio processual a procrastinação por uma das partes no andamento de processo, em qualquer uma de suas fases, negando-se a cumprir decisões judiciais, amparando-se ou não em norma processual, para interpor recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, petições despropositadas, procedendo de

modo temerário e provocando incidentes manifestamente infundados, tudo objetivando obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária. A ré ao negar-se a cumprir o acordo judicial que celebrou com o autor, por mais de quinze anos, interpondo toda sorte de medidas processuais de modo temerário, e provocando incidentes desprovidos de fundamento, na tentativa de postergar ou impedir o andamento do feito, praticou autêntico "assédio processual" contra o autor e o Poder Judiciário. Ante todo o conjunto probatório, torna-se evidente a conduta dolosa do réu, objetivando o não cumprimento de decisão judicial, ofendendo a dignidade do autor como pessoa humana. Com efeito, em acordo homologado em 20 de novembro de 1985 (fls. 52 e ss.), nos autos da reclamatória trabalhista no. 2475/81, o réu comprometeu-se em cumprir obrigações de pagar a quantia acordada e de complementar os proventos de aposentadoria do autor. Ainda no ano 2000 (fls. 373) o autor suplicava ao Judiciário o cumprimento do prometido, na tentativa de receber do réu o que lhe era devido. Isso porque o réu por várias vezes descumpriu decisões judiciais demonstrando desrespeito também para com o Poder Judiciário. Exemplo disto é a petição às fls. 181 onde afirma que suspendeu o pagamento da complementação de aposentadoria do autor, alegando como fundamento diploma legal vigente desde 1977, sete anos antes da celebração do acordo. Somado a isto, utilizou-se dos meios processuais disponíveis para dificultar o andamento do feito, interpondo toda sorte de recursos - ordinário, embargos, agravo de petição - criando obstáculos ao cumprimento do acordo, e conseqüentemente, das obrigações que sabia era devedora. Agiu dolosamente, contra direito de empregado aposentado que iniciou a prestação de serviços em 12.09.1955 (fls.603). As decisões reprovando os atos praticados pelo banco réu foram diversas, a exemplo das exaradas às fls. 248 e 265/267. Até mesmo o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2a. Região, em sede de embargos de declaração interposto pelo réu (fls. 138), foi compelido a explicar-lhe que o banco estava infringindo seu dever de respeitar o ato jurídico perfeito, - "*in casu*" o acordo de fls. 52 e ss.-, o direito adquirido do autor em ver cumprido o quanto avençado, e a coisa julgada, ou seja, a decisão judicial que homologou o acordo. Outro

exemplo dos muitos obstáculos criados pela ré está às fls. 352, quando após requerer dilação de prazo para cálculos, apresentou-os (fls. 353/355), porém não depositou sequer a parte incontroversa. O autor laborou por 30 anos ininterruptamente, e após celebrar acordo judicial com o réu, foi tratado em condições ofensivas à dignidade humana. O réu, uma das maiores instituições financeiras do país, utilizou-se de todo seu aparato jurídico para massacrar os direitos, a honra e a imagem do autor que, repise-se, laborou desde 12.09.1995. Frágil, perante o poderio econômico do réu, e atado o Poder Judiciário pelas malhas das normas processuais que permitiram ao réu delongar o cumprimento de sua obrigação por mais de quinze anos, nada restou ao sofrido autor do que esperar. Neste ínterim, sofreu a vergonha e a humilhação de um empregado que após 30 anos de trabalho na mesma instituição se vê por ela massacrado. A estratégia processual adotada pela ré arrastou pela via crucis não só o autor, mas também muitos outros empregados, que pelo imenso volume de processos em andamento, não conseguem receber suas verbas de natureza alimentar. Dito de outra forma, o réu onerou o Poder Judiciário, concorrendo para o sobrecarregando da Vara, requerendo o labor de vários Servidores para a movimentação do processo, atrasando o andamento dos demais. Por certo, o autor tem direito a indenização por dano moral. Atingido em seus direitos individuais, sofreu a angústia daquele que sente-se ofendido, até mesmo em sua alma, esta última, um dos bens jurídicos que devem ser protegidos do assédio moral nas palavras de Francisco González Navarro. O sofrimento humano é bem definido por José Ortega y Gasset in El Espectador, Revista de Occidente, Madrid, 1960, quando diz: "Cuando no hay alegría el alma se retira a um rincón de nuestro cuerpo hace de el su cubil (...) para alimentar su dolor y sostener en pie su desesperación". A norma positiva ampara o autor. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal em seu artigo 1o., inciso III e 5o., inciso X, bem como o Código Civil, em seus artigos 11 a 21, vedam ofensas à dignidade e à honra do indivíduo, estabelecendo o mesmo artigo 5o. da Carta Magna, incisos V e X o dever de indenizar o ofendido, direito regulamentado pelas

disposições do artigo 927, parágrafo único e 944 e seguintes do Código Civil.

A Juíza com maestria traçou as primeiras linhas conceituais sobre o assédio processual, conceito esse que propagar-se-ia no tempo e influenciaria diversos trabalhos, inclusive o presente.

Dessa forma, tem-se esse como o primeiro tratado a abordar o tema em questão e, portanto, origem do assédio processual no Brasil.

Após esse conceito, diversos doutrinadores foram convidados a elaborar seus próprios conceitos e estudar o tema a profundidade.

Inúmeros trabalhos foram escritos e trouxeram mais características sobre o instituto. Com igual maestria Mauro Paroski, como já dito, um dos maiores doutrinadores sobre o tema, senão o maior, traçou o seguinte conceito:

Em síntese, o assédio processual, fundado no exercício imoderado de faculdades processuais, muitas vezes qualificando-se em uma ou mais figuras dos incs. do art. 17, do CPC, consiste num conjunto de atos que tem por escopo retardar a prestação jurisdicional, causando desestímulo no adversário na demanda, por se sentir impotente e humilhado, reduzindo suas expectativas quanto ao resultado justo da solução a ser ministrada ao conflito, ensejando ao assediador vantagens processuais indevidas, podendo repercutir em ganhos de ordem patrimonial (PAROSKI, 2009).

Em outra passagem, Paroski exala conhecimento, afirmando:

Entende-se, em linhas gerais, que assédio desta natureza consiste no exercício abusivo de faculdades processuais, da própria garantia da ampla defesa e do contraditório, pois, a atuação da parte não tem a finalidade de fazer prevalecer um direito que se acredita existente, apesar da dificuldade em demonstrá-lo em juízo, nem se cuida de construção de teses sobre assuntos em relação aos quais reina discórdia nos tribunais, a exemplo de uma matéria de direito, de interpretação jurídica, complexa e de alta indagação.

Nada disso. O verdadeiro propósito do litigante é dissimulado, pois, sob aparência de exercício regular das faculdades processuais, deseja um resultado ilícito ou reprovável moral e eticamente, procrastinando a tramitação dos feitos e causando prejuízos à parte que tem razão, a quem se destina a tutela jurisdicional, além de colaborar para a morosidade processual, aumentando a carga de trabalho dos órgãos judiciários e consumindo recursos públicos com a prática de atos processuais que, sabidamente, jamais produzirão os efeitos (supostamente lícitos) desejados pelo litigante assediador (PAROSKI, 2009).

Não menos notável foi o conceito fornecido por Nilton Ragel Barreto Paim e Jaime Hillesheimem sua obra “O assédio processual no processo do trabalho”:

O assédio processual podemos definir como a procrastinação do andamento do processo, por uma das partes, em qualquer uma de suas fases, negando-se ou retardando o cumprimento de decisões judiciais, respaldando-se ou não em norma processual, provocando incidentes manifestamente infundados, interpondo recursos, agravos, embargos, requerimentos de provas, contraditas despropositadas de testemunhas, petições inócuas, ou quaisquer outros expedientes com fito protelatório, inclusive no decorrer da fase executória, procedendo de modo temerário e provocando reiteradas apreciações estéreis pelo juiz condutor do processo, tudo objetivando obstacularizar a entrega da prestação jurisdicional à parte contrária (PAIM; HILLESHEIM, 2010, p. 1112).

Nota-se dessa gama de definições alguns traços em comum que permitem elaborar um conceito próprio, como sendo assédio processual a série condutas abusivas em juízo que fazem mal uso do direito de defesa, utilizando-o para procrastinar a entrega da tutela jurisdicional colimando desestimular a parte adversa a prosseguir no feito processual, bem como tem como efeito acessório a descrença na Justiça, fazendo com que essa suporte sozinha o ônus da distribuição do processo na *via crucis* do tempo, violando completamente princípios de viés constitucional como o do acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, à razoável duração do processo, bem como o da celeridade

no diploma justralhista, não obstante deveres das partes das partes e de seus procuradores em juízo, insculpidos no art. 77 e ss. do CPC.

Dessa forma, perceptível é a presença de alguns elementos em comum em todos os conceitos trazidos à baila. Esses elementos serão estudados a seguir em tópico reservado.

5.2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES

Pelo exposto, o assédio processual é espécie do gênero assédio moral. Assim sendo, deve ele seguir as características marcantes do seu gênero, diferindo somente em alguns pontos, o que o torna um instituto a parte.

Como não poderia deixar de ser, segundo a doutrina majoritária, o assédio processual possui os mesmos elementos presentes no assédio moral, quais sejam, dimensão da agressão, duração, objetivo e potencialidade.

Todavia, abre-se um parêntese para que se possa discordar em parte da doutrina majoritária e incluir dentro desses elementos mais dois que distinguem peremptoriamente o assédio moral do processual que são os sujeitos ativo e passivo dessa relação, que passaremos a estudar em seguida.

A dimensão da agressão no assédio processual consiste na gama de oportunidades que goza o sujeito ativo de atrasar a entrega da tutela jurisdicional. Essa dimensão pode ser aferida através dos inúmeros recursos disponíveis no âmbito processual, como embargos de declaração, nomeação à penhora de bens inexistentes em fase de execução, petições inúteis que provocam tumulto processual, requerimentos de diligências que visam atrasar o andamento do feito, agravos infundados etc.

Reside no elemento da duração do assédio processual talvez a mais evidente característica do assédio processual, justamente porque esse elemento se confunde com a própria finalidade do assédio em juízo.

Esse elemento resta caracterizado quando se percebe que mais de uma vez o assediador faz uso dos instrumentos processuais para atrasar a efetiva entrega do bem da vida "militando em desfavor da garantia constitucional da razoável duração do processo, sempre, como corolário lógico e deliberadamente desejado, em prejuízo ao outro litigante, e ao interesse público em uma célere prestação jurisdicional" (PAROSKI, 2009).

Como já fora afirmado nesse presente estudo, o assédio processual não se configura através de uma única ação, mas se trata de um processo, ou seja, a interposição de vários atos que caracterizam o elemento da duração.

No que tange ao objetivo, tem-se muito claro que visa o agressor deprimir o sujeito passivo para que ele (a) negligencie a causa e perca prazos processuais, por exemplo; (b) aceite, à força, acordo que é, visivelmente, maléfico; (c) desacredite no Poder Judiciário.

Com relação à potencialidade dos atos, este elemento caracterizar-se-á individualmente em cada caso, analisando quais os objetivos alcançados pelo agressor. Só assim, poderá se aferir a potencialidade, isto é, se causou, de fato, desestímulo no assediado, se impeliu descrédito ao sujeito passivo no regime democrático de direito ou se o forçou a celebrar acordo prejudicial, dentre outras.

Não obstante esses elementos citados por maior parte da doutrina acrescente-se os sujeitos passivo e ativos da demanda.

O sujeito passivo é elemento único no assédio processual, pois se difere do assédio moral. Enquanto nesse o sujeito passivo é somente a pessoa assediada, visto que o assédio moral atinge exclusivamente a honra, a imagem pessoal, o foro íntimo da pessoa, o assédio processual atinge também o Estado.

A prática do assédio processual, leva a sociedade a desacreditar na imparcialidade da justiça, pois que aqueles que tem mais recursos financeiros para bancar a interposição de recursos atrás de recursos são beneficiados pela morosidade processual, enquanto que aqueles que pleiteiam direitos geralmente não conseguem arcar com o ônus da prolongação do processo e são impelidos à desistir da demanda ou celebrar acordos prejudiciais.

Dessa forma, a sociedade acaba por desanimar com a oportunidade de discutir seus direitos perante o judiciário.

No que pertine ao sujeito ativo do assédio processual, é questão controversa. Por se tratar de modalidade de assédio moral praticada em juízo, quem tem legitimidade para realizar atos processuais em nome do pleiteante é o seu patrono, pois é ele que interpõe recursos, peticiona ao magistrado e realiza os mais diversos atos processuais.

Se o faz com o intuito de atrasar o fim da demanda, com o consentimento ou não do representado, comete assédio processual.

Assim sendo, quem realiza o assédio processual é o advogado que desobedece aos deveres dispostos na legislação civil em seus art. 77 e ss. com intuito de procrastinar a conclusão do processo, diferentemente do assédio moral que pode ser praticado por qualquer pessoa.

5.3 DIFERENÇA ENTRE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E ASSÉDIO PROCESSUAL

Não é anormal ver julgados, estudos e pessoas confundirem a litigância de má-fé com o assédio processual, vez que ambos os institutos têm objetivos semelhantes.

Todavia, um estudo mais aprofundado como o presente deve traçar distintos parâmetros entre os dois, a fim de esclarecer a confusão.

Primeiramente, tem-se claro a distinção entre os dois, haja vista que a litigância de má-fé está inculpada na legislação processual civil no art. 80 do CPC, enquanto que o assédio processual não tem previsão legal.

Assim dispõe o art. 80 do CPC:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (BRASIL, 2012)

Má-fé, segundo Nelson Nery Jr. é "a intenção malévola de prejudicar, equiparar à culpa grave e ao erro grosseiro (NERY JÚNIOR, 2007, p. 213).

O conceito de assédio processual, por sua vez, já fora exposto no presente ensaio como sendo, em suma, a série condutas abusivas em juízo que fazem mal uso do direito de defesa, utilizando-o para procrastinar a entrega da tutela jurisdicional colimando desestimular a parte adversa a prosseguir no feito processual, bem como tem como efeito

acessório a descrença na Justiça, fazendo com que essa suporte sozinha o ônus da distribuição do processo na *via crucis* do tempo.

Da comparação desses dois conceitos, constata-se que, como bem afirmou o Magistrado Mauro Paroski, a diferenciação está no grau de intensidade, pois que a prática de apenas um ato atentatório ao exercício da jurisdição caracterizar-se-ia como litigância de má-fé, ao passo que a reiteração desse tipo de atos incidiriam no assédio processual (PAROSKI, 2009).

Como afirmou o sábio Juiz em seu estudo:

[...] a prática de apenas um ato que possa caracterizar a parte como litigante de má-fé ou mesmo a prática de ato atentatório à dignidade da justiça ou ao exercício da jurisdição (arts. 14, 17 e 600 do CPC), não seria suficiente, pela falta de reiteração, para caracterizar o assédio processual, mas, de outro lado, se a conduta da parte revela sucessivos atos que a enquadre como litigante de má-fé, pela repetição insistente e pelos presumíveis objetos ilícitos, em manifesto prejuízo a parte adversária e ao exercício da jurisdição, aí sim, poderia ser classificada como assédio processual (PAROSKI, 2009).

À guisa de exemplo, o doutrinador dispõe um caso que vivenciou ao atuar como Juiz titular na Vara do trabalho que atuava. Assim redigem suas linhas:

[...] em audiência inaugural o réu ofereceu exceção de incompetência em razão do lugar, o que se deu em duas demandas (uma reclamação trabalhista e uma indenizatória de dano derivado de acidente de trabalho). Instruída e julgada a exceção, sendo a mesma rejeitada, o excipiente interpôs simultaneamente correição parcial, exceção de suspeição e recurso ordinário, cujo seguimento foi negado, porque incabível. Por isso, interpôs agravo de instrumento. Ou seja, três medidas processuais (além do agravo de instrumento) para atacar uma decisão interlocutória, que sequer comportava impugnação de imediato. Na seqüência do procedimento, na demanda indenizatória por acidente de trabalho, o réu alegou prescrição extintiva, que seria analisada na sentença final, mas, não querendo aguardar o momento

processual oportuno, protocolou petição requerendo que a prejudicial de mérito fosse analisada antes da audiência de instrução. O juízo a analisou, rejeitando-a. Desta decisão, começou tudo de novo, com recurso ordinário, agravo de instrumento, correição parcial e exceção de suspeição. Resumo da ópera: com esta conduta, o réu conseguiu retardar a entrega da prestação jurisdicional (pelas inevitáveis suspensões do processo) de seis a oito meses, pelo menos. Indaga-se: não se está diante de inegável caso de assédio processual (PAROSKI, 2009).

Inferre-se do exemplo que o réu exerceu de maneira abusiva seu direito de defesa, agravando de decisões que não poderiam ser agravadas, usando outros recursos de maneira indevida, valendo-se de instrumentos que são usados somente em casos excepcionálíssimos, como a correição parcial. Dessa forma, conseguiu seu objetivo ao retardar a entrega da jurisdição em, pelo menos, seis meses. Está-se, sim, diante de evidente caso de assédio processual.

Diferentemente seria se, o réu interpusesse um único recurso de maneira indevida, com intuito evidentemente protelatório. Estar-se-ia aí diante da hipótese gravada no inciso VII do art. 80 do CPC, caso de litigância de má-fé.

Extrai-se, portanto, outra diferença básica entre os dois conceitos, que as hipóteses de litigância de má-fé estão previstas no art. 80 do CPC, em rol taxativo, enquanto que, como não há previsão legal para o assédio processual, este deve ser analisado em cada caso concreto.

No que tange aos sujeitos passivos, existe uma dissensão na doutrina. Parte dela assevera que somente a vítima é sujeito passivo da litigância de má-fé, enquanto que outra parte acredita que além da própria vítima, o Estado também é sujeito passivo da litigância de má-fé, pois que as consequências geradas sejam elas provenientes de um ato isolado ou de uma série ininterruptas de atos, atingem tanto os interesses pessoais da vítima quanto o objetivo primordial do Poder Judiciário, do Estado e, portanto, da sociedade que é a prestação jurisdicional num tempo razoável.

Por derradeiro, percebe-se também que a litigância de má-fé tem instrumento de coibição previsto na legislação processual civil (art. 81), qual seja, a multa de 1% a 10% sobre o valor da causa, o assédio processual não tem instrumento processual previsto – até porque o próprio conceito é novo. Assim, cabe ao magistrado, valendo-se da equidade,

e senso de justiça que lhe é inerente arbitrar multa e indenização compatíveis com o sofrimento causado, patrimônio do assediador, intensidade do dolo, sempre tendo em vista os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Dessa forma, pode-se claramente apreender que a litigância de má-fé e o assédio processual são institutos, embora semelhantes nos seus objetivos, distintos em muitos outros aspectos.

5.4 CONSEQUÊNCIAS

Definiu-se assédio processual como a reiteração de condutas abusivas em juízo que fazem mal uso do direito de defesa, utilizando-o para procrastinar a entrega da tutela jurisdicional colimando desestimular a parte adversa a prosseguir no feito processual, bem como tem como efeito acessório a descrença na Justiça, fazendo com que ela suporte sozinha o ônus da distribuição do processo na *via crucis* do tempo.

Desse conceito, pode-se extrair, ao menos, três consequências do malefício do assédio processual: primeiramente a morosidade do processo, em segundo plano, mas não menos importante, o desestímulo da parte contrária e em terceiro a descrença da sociedade no Poder Judiciário.

O primeiro efeito do assédio processual é o seu efeito principal, pois é nada menos que seu objetivo: a morosidade processual. Tem a intenção o assediador de procrastinar o feito o máximo possível a fim de prejudicar a parte adversa. Para isso, vale-se dos mais diversos recursos e instrumentos lícitos disponíveis no âmago processual.

Embora a Justiça do Trabalho seja deveras célere, pois pautada nos princípios da celeridade, informalidade, economia processual, em virtude também da sua estruturação que permite nas fases iniciais da instrução a celebração de acordos laborais e a impossibilidade de recorrer das decisões interlocutórias imediatamente, por exemplo, deve-se frisar que poderia incidir mais agilidade a ela não fosse a utilização de artifícios como o do assédio processual.

Como exemplificou Mauro Paroski em trecho de seu trabalho citado linhas acima, algumas demandas poderiam tramitar por muito menos tempo que o normal, caso fosse inibida tal prática.

Outra consequência do assédio processual que não se pode olvidar é o desestímulo da parte adversa que também não deixa de ser um dos seus objetivos.

O desestímulo é uma condição psíquica imposta ao indivíduo que provoca reações contrárias ao estímulo capaz de incentivá-lo a não reagir ou fazer algo.

Nessa toada, o desestímulo processual consiste numa reação de tristeza, abatimento, da parte adversa a não reagir na demanda por não acreditar no sucesso ou, pior, não acreditar no seu fim.

Esse abalo psíquico é de extremo prejuízo à justiça não só porque induz o assediado, que é sempre a parte hipossuficiente de uma demanda – e na Justiça laboral é quase sempre o reclamante – a desistir do processo, mas também porque certas vezes leva o indivíduo à celebração de um acordo forçado que consiste inevitavelmente num abalo das estruturas da justiça.

Quando o assediado é, praticamente, compelido à celebrar um acordo isso compromete a função social da justiça que é buscar a solução de conflitos colimando a paz social de maneira parcimoniosa, íntegra e justa.

Não obstante efeitos devastadores, o assédio processual proporciona o desestímulo não só à parte adversa, mas também à sociedade que atenta aos fatos, acaba por desacreditar na função do Poder Judiciário.

Tal consequência pode levar, no pior cenário, a um estado de total anarquia e de regresso da sociedade.

Dessa forma Paroski, com destreza, abordou o tema:

Quando, ao inverso disso, as pessoas mal intencionadas percebem que é mais vantajoso descumprir suas obrigações legais e contratuais, porque o risco que correm se acionadas em juízo não é de grande monta, podendo usar e abusar de todas as faculdades processuais disponíveis no sistema para protelar o cumprimento da obrigação, sem que com isso sofram penalizações, instaura-se um clima de desconfiança na lei e nas instituições judiciárias, de verdadeira insegurança generalizada, reduzindo o nível de convivência pacífica e aumentando o grau de violência e de tentativas de se fazer justiça com as próprias mãos (PAROSKI, 2009).

Temerária é a situação, pois se lutou muito para atingir o status de país democrático e republicano e, por conta de um malefício, no pior cenário possível, pode se retornar a um Estado de total anarquia em que vigora a autotutela, motivo pelo qual se deve evitar a todo custo esse retrocesso.

Diante de todos os efeitos expostos e todos os efeitos acessórios, necessário se faz a coibição do assédio processual.

5.5 MEIOS DE COIBIÇÃO

O legislador visou proteger ao máximo a honra, imagem pessoal e todos os demais direitos imateriais inerentes à pessoa, impondo uma indenização àquele que violar esses direitos, como se pode ver da dicção do art. 5º, inciso V da Constituição Federal de 1988 que visa a proteção à imagem e honra nos seguintes termos: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988, n. p.).

Da mesma forma, o inciso X do mesmo artigo assevera peremptoriamente: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, n. p.).

Na mesma toada, o Código Civil de 2002 dispõe sobre a reparação do ilícito nos artigos 186 e 927 que, juntos, em suma, dispõem que comete ilícito aquele que violar direito e causar dano a outrem ainda que por omissão e, sendo assim, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002, n. p.).

Contudo, quando se trata do assédio processual, tem-se um tema deveras controverso a imposição de indenização em razão dessa modalidade de assédio. Explica-se.

Ora, se o assédio processual nada mais é que o abuso do direito de defesa, o que o assediador faz é, nada mais, que se utilizar dos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico.

Portanto, alguns defendem que seria impossível a condenação da contraparte pelo exercício do seu direito de defesa.

Concessa vênia, deve-se discordar veementemente desse entendimento.

Isso porque já foi explanado satisfatoriamente que o assédio processual constitui um abuso do direito de defesa pela parte que se usa de meios lícitos para esconder propósitos, senão ilícitos, no mínimo, moral e eticamente repugnáveis.

Dessa forma, não se sustenta a tese de que é impossível a condenação de uma pessoa somente porque a atuação em juízo se restringe às normas processuais, pois se deve averiguar se suas intenções condizem com os interesses da república e com os princípios insculpidos na carta magna e legislação trabalhista.

Destarte, o direito de defesa no processo não pode, jamais, se sobrepor aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoável duração do processo, celeridade, economia processual.

No mesmo sentido escreveu Mauro Paroski:

Afirmar que não se pode condenar em reparação dessa ordem porque a atuação em juízo se conforma com as normas processuais vigentes, repugna às idéias de justiça, dignidade humana e igualdade, verdadeiros valores consagrados pela ordem constitucional. Jamais poderá ser aceito o entendimento de que a garantia do amplo direito de defesa justifica que se dêem tantas oportunidades a quem descumpra a lei, sem impor nenhuma sanção quando derrotado em sucessivas tentativas de retardar a prestação jurisdicional ou a efetivação dos provimentos jurisdicionais (PAROSKI, 2009).

Por esses motivos que se faz possível e, acrescenta-se, necessária a indenização em razão do assédio processual, para justamente, tentar coibir tal prática.

A indenização constitui um instrumento eficaz nos tempos atuais destinado a oprimir institutos que não condizem com objetivos da república.

Muito embora resida no intelecto, tal indenização se perquire através de ponderação pelo senso comum dos eventos experimentados e sua repercussão. Assim, a condenação deve, de um lado, contemplar a compensação pelo abalo sofrido, e, de outro, representar uma punição ao causador do dano, além de buscar a sempre almejada função

preventiva. Assim sendo, a indenização tem três finalidades: compensatória, pedagógica e repressiva.

Primeiramente, a finalidade compensatória da indenização por assédio processual é porque se deve contemplar de algum modo a parte que suportou durante muito tempo o ônus da distribuição do processo no tempo.

Interligada a essa finalidade está a pedagógica que visa conceder ao infrator um ensinamento que aquela conduta que não condiz com o nosso ordenamento jurídico.

E, por fim, a finalidade repressiva que visa alertar ao infrator que tal conduta não pode se repetir.

Por fim, assevere-se que tal indenização, em que pese divergência doutrinária, está, sim, sujeita a ser fixada de ofício pelo juiz, ou seja, independentemente de requerimento da parte, pois se trata de defesa de interesse público, preservação dos interesses republicanos e objetivos processuais e dar maior credibilidade ao judiciário.

Assim, notando a presença de elementos que configurem o assédio processual, deve o magistrado, de imediato, fazer uso da condenação à indenização por danos pessoais a fim de coibir tal prática.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho abordou de forma detalhada o instituto recentemente criado na doutrina do assédio processual, presente principalmente na justiça do trabalho.

Explicou seu conceito, elementos, os princípios que envolve, isto é, tanto aqueles que infringe quanto aqueles que, aparentemente, se baseia.

Não obstante, também observou a semelhanças com a litigância de má-fé e assédio moral. Explanou igualmente suas consequências no meio jurídico e social, assim como possíveis medidas de coibição.

De igual sorte, trouxe também os mais recentes casos decididos nos tribunais trabalhistas pátrios acerca do tema e mostrou a tendência da jurisprudência em aceitar a existência do assédio processual.

Por fim, percebe-se que não há como fugir da conclusão de que o assédio processual, de fato, existe. Não se pode mais asseverar que o abuso do direito de defesa com intuito senão ilícito, moral e eticamente repugnante de postergar a prestação jurisdicional consiste no puro e simples exercício do direito de defesa, que decorre do princípio do contraditório e ampla defesa.

Ao contrário. O abuso do direito de defesa entra em choque com todos os objetivos visados pela República, bem como todos os princípios existentes na Carta Magna e legislação trabalhista.

É cediço que processo rápido não existe em lugar algum. Contudo, prestação jurisdicional que ultrapassa o limite do razoável para ser entregue a quem tem razão é ineficiente. Assim todo o comportamento que venha a agredir princípios como o da razoável duração do processo e da celeridade deve ser combatido com rigor pelo judiciário.

Ademais, a morosidade da marcha processual causa não só o inadimplemento da prestação do direito constitucional de razoável duração do processo e acesso à justiça e de celeridade na legislação trabalhista, como também afeta a dignidade da justiça.

E, se afeta a dignidade da justiça, não há como negar que atinge também a dignidade da parte contrária como pessoa humana, que é a principal vítima da conduta ilícita. Sendo a dignidade sinônimo de honra, deve ser preservada, como bem guardou o legislador constituinte no art. 5º, V e X e, conseqüentemente, feri-la significa impingir dano moral a outrem.

Diante de todo o exposto, chega-se a inabalável conclusão de que o assédio processual é espécie de assédio moral que deve ser combatido pelos defensores da República e amantes do Direito, pois sua prática causa inúmeras conseqüências de viés desastrosos tanto para a justiça, quanto para o país, afinal de contas, a descrença no Poder Judiciário levaria o País a um retrocesso sem precedentes na história.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. **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. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil. *In*: BARROSO, Darlan; Araújo Júnior, Marco Antonio (Orgs.). **Vade Mecum especialmente preparado para a OAB e concursos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. MORAES, Alexandre de (Org.). 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Organização de Leone Pereira. São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 9.099, de 26/09/95**, Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: [S. N.], 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm >. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação Cível nº 89150/2007. Recurso de apelação cível, ação indenizatória, assédio processual, interposição repetida de incidentes, processuais infundados, finalidade procrastinatória, existência, penalidade de litigância de má-fé excluída de recursos anteriormente interpostos, irrelevância, configuração de dano moral advindo do assédio processual, quantum indenizatório, redução, recurso parcialmente provido. 6ª Câmara Cível. Relator Desembargador Mariano Alonso Ribeiro Travassos, 17 de setembro de 2008. Disponível em: < http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/GEACOR_89150-2007_11-09-08_105774.pdf >. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso de Apelação Cível 00508007320095020442. Recurso de apelação cível, ação indenizatória, assédio processual, interposição repetida de incidentes processuais infundados, finalidade procrastinatória, existência, penalidade de litigância de má-fé excluída de recursos anteriormente interpostos, irrelevância, configuração de dano moral advindo do assédio processual, quantum indenizatório, redução, recurso parcialmente provido. 8ª Turma. Relator Rovirso Aparecido Boldo, 13 de abril de 2011. Disponível em: < http://www.tjmt.jus.br/jurisprudenciapdf/geacor_89150-2007_11-09-08_105774.pdf >. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Agravo de Petição 01691008719905020012, 10ª Turma. Relatora Marta Casadei Momezzo, 08 de novembro de 2011. Disponível em: < <http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020111464468.html> >. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. RO 01754-2007-434-02-00-0, 12ª Turma. Relator Marcelo Freire Gonçalves, 12 de agosto de 2010. Disponível em:

<http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020100201007.html/>. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Exceção de Suspeição nº 4002004-52.2010.5.03.0043, 7.ª Turma. Relator Convocado Antonio G. de Vasconcelos, 2 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=108622>>. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00353-2009-043-03-00-8,3.ª Turma. Relator Convocado Marcio Jose Zebende, 1 de junho de 2011. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=108622>>. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00760-2008-112-03-00-4, 4ª Turma. Relator Jose Eduardo Resende Chaves Jr., 11 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=108622>>. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. RO 0000856-58.2010.5.05.0192, 2.ª Turma. Relator Luiza Lomba, 14 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&p_seq_proc=00845&p_ano_pro c=2010&p_cod_vara=192&p_regiao=05&p_seq_apart=00&p_dig_verif=4>. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. AP 0004200-62.1997.5.05.0011, 2.ª Turma. Relatora Dalila Andrade, 14 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&p_seq_proc=00042&p_ano_pro c=1997&p_cod_vara=011&p_regiao=05&p_seq_apart=00&p_dig_verif=9>. Acesso em 21 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. RO -07.2005.5.05.0133, 5ª Turma. Relatora Maria Adna Aguiar, 9 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/default.asp?pagina=consultaDeProcesso&p_seq_proc=01040&p_ano_pro c=2005&p_cod_vara=133&p_regiao=05&p_seq_apart=00&p_dig_verif=3>. Acesso em 21 jun. 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 1989.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal Estar no Trabalho: Redefinindo o Assédio Moral**. Tradução Rejane Janowitz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. O Bérico e o Lúdico no Direito e no Processo. **Rev. Jur.**, Brasília, v. 8, n. 83, p.51-83, fev./mar., 2007. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/Artigos/Art_Min_Ives.htm>. Acesso em 21 jun. 2022.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. rev., ampl. e atual até 1º de out de 2007. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PAIM, Rangel Barreto e HILLESHEIM, Jaime. **O assédio processual no processo do trabalho**. São Paulo: Revista LTr, 2010.

PAROSKI, Mauro Vasni. Reflexões sobre a morosidade e o assédio processual na Justiça do Trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 75, n. 4, out/dez 2009. Disponível:
<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/13797>. Acesso em: 21 jun. 2022.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O assédio moral no direito do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 2, n. 16, p. 89-127, mar. 2013. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/95624>>. Acesso em 21 jun. 2022.

TELETRABALHO HÍBRIDO – REFLEXÃO SOBRE AS ESTRATÉGIAS NORMATIVAS PARA GARANTIA DE UM TRABALHO DIGNO

APARECIDA CAROLINE LEÃO DE ARAUJO:

Mestranda em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Damásio, formada com honra e mérito acadêmico, 1º lugar da XX Turma. Especialista em Gestão Educacional, Direito Processual Civil e Constitucional, pelo Grupo Damásio Educacional⁸⁵.

RESUMO: Com a ascensão da pandemia ocasionada pelo coronavírus, COVID-19 as empresas privadas e públicas precisaram utilizar, de maneira organizada e sistemática, toda a informação e meios de comunicação disponíveis, para a realização de tarefas e atividades de forma remota, ou híbrida, revezando entre o trabalho presencial e o virtual, sem comprometer sua estrutura, organização e produção de trabalho. Muito embora a COVID-19 possa ser vista como um exemplo de choque exógeno, motivador de uma mudança institucional e organizacional do trabalho, forçando uma alteração substancial na cultura de trabalho presencial para o *home office*, esta é uma temática discutida pelo mercado de trabalho mundial há muito tempo. Não à toa a Reforma Trabalhista, Lei n.º 13.467 de 2017, acrescentou uma breve regulamentação do teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Recentemente alterado pela Medida Provisória n.º 1.108 de 2022. Dessa forma, este artigo é dividido em três tópicos. No primeiro, apresenta-se a dificuldade conceitual de trabalho remoto, teletrabalho e trabalho híbrido, discutindo-se a exata compreensão das novas formas de desenvolvimento da atividade laboral, e conseqüentemente a correta regulamentação dos direitos, obrigações e deveres deles decorrentes. Na segunda parte, apresenta-se a evolução da regulamentação do trabalho remoto, em especial em nosso país, analisando de forma crítica o alcance dos instrumentos normativos como forma de garantir um trabalho digno. Por fim, apresenta-se uma análise dos possíveis impactos da adoção do trabalho híbrido no Brasil. Discutindo-se qual seria a melhor resposta do direito do trabalho frente essa temática.

85 Bacharel em Ciências Biológicas pela Universidade de São Paulo, com iniciação científica em Neurociências e Comportamento, financiada pela FAPESP. Licenciada pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Palestrante e professora há aproximadamente 10 anos. Atualmente trabalha como professora tutora da pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho no Grupo Damásio Educacional.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Teletrabalho; Teletrabalho-híbrido; COVID-19.

INTRODUÇÃO

Com a ascensão da pandemia ocasionada pelo coronavírus, doença respiratória que ficou conhecida como COVID-19, as empresas privadas e públicas precisaram utilizar, de maneira organizada e sistemática, toda a informação e meios de comunicação disponíveis, para a realização de tarefas e atividades de forma remota, ou híbrida, revezando entre o trabalho presencial e o virtual, sem comprometer sua estrutura, organização e produção de trabalho.

No Brasil, as primeiras providências trabalhistas ligadas ao combate à pandemia começaram no ano de 2020 com a Medida Provisória n.º 927. De forma assertiva, visando enfrentar os efeitos econômicos e preservar o emprego e da renda, o empregador passou a adotar medidas como o teletrabalho, possibilitando a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho.

A pandemia tornou imperativa a utilização dos avanços tecnológicos para o desenvolvimento, controle e comunicação do trabalho realizado remotamente, redefinindo as estratégias empresariais para a continuidade das atividades.

Segundo pesquisa IBGE Pnda COVID-19, a prestação remota de serviços, durante o estado pandêmico, oscilou entre 8,914 milhões na semana de 31 de maio a 6 de junho de 2020, maior patamar de trabalhadores remotos registrado no Brasil (IBGE, 2020).

Muito embora a COVID-19 possa ser vista como um exemplo de choque exógeno, motivador de uma mudança institucional e organizacional do trabalho, forçando uma alteração substancial na cultura de trabalho presencial para o *home office*, trabalho remoto em suas diferentes modalidades, é uma temática discutida pelo mercado de trabalho mundial há muito tempo.

As transformações provenientes da “Quarta Revolução Industrial”, em que se consolida uma nova forma de capitalismo financeiro, promovem uma verdadeira disrupção no trabalho como o conhecemos. Nesta senda a prestação

de serviços de forma remota se mostra como tendência em um mundo digital, reformulando não só os conceitos tradicionais de empregado e empregador, como os modelos jurídico da relação de emprego.

Não à toa a Reforma Trabalhista instituída pela Lei n.º 13.467 de 2017, acompanhando um movimento de reformas mundial, como a Reforma Espanhola e o Código de Trabalho português, por exemplo, acrescentou uma breve regulamentação do teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Recentemente alterado pela Medida Provisória n.º 1.108 de 2022.

No entanto, apesar de toda a simpatia que o trabalho remoto oferece, como a contratação de funcionários à distância, a redução de despesas e a possível melhora na qualidade de vida dos trabalhadores (HAUBRICH & FROEHLICH, 2020), essas “novas modalidades” de prestação de serviços apresentam enorme potencial de se transformar em um instrumento de flexibilização e precarização, nos âmbitos individuais e coletivos de trabalho, desequilibrando ainda mais as já assimétricas relações de trabalho (NAHAS & FITA, 2020). A falta de rotinas, excesso de jornadas, a diminuição das relações interpessoais, desequilíbrio entre as atividades laborais e pessoais, falhas de comunicação entre a equipe, dias mais exaustivos, desenvolvimento de inúmeros transtornos e sofrimentos psíquicos, são apenas algumas das dificuldades decorrentes da dispersão tecnológica do trabalho (BRANT, 2020).

Considerando que, segundo a estimativa do *Global Workplace Analytics* (2020), por volta de 25% a 30% de toda a força de trabalho mundial adotará o trabalho híbrido, e segundo pesquisa realizada pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP (FEA), 70% dos brasileiros gostariam de continuar trabalhando em casa após o decreto do fim da emergência pública causada pela COVID-19, decorre a necessidade da exata compreensão e regulamentação do trabalho remoto, bem como de suas modalidades.

Dessa forma, este artigo é dividido em três tópicos. No primeiro, apresenta-se a dificuldade conceitual de trabalho remoto, teletrabalho e trabalho híbrido, discutindo-se a exata compreensão das novas formas de desenvolvimento da atividade laboral, e conseqüentemente a correta regulamentação dos direitos, obrigações e deveres deles decorrentes. Na segunda parte, apresenta-se a evolução da regulamentação do trabalho remoto, em especial em nosso país, analisando de forma crítica o alcance dos instrumentos normativos como forma de garantir um trabalho digno. Por fim, apresenta-se uma análise dos possíveis impactos da adoção do trabalho híbrido

no Brasil. Discutindo-se qual seria a melhor resposta do direito do trabalho frente essa temática.

Adotou-se como método o levantamento através de pesquisa bibliográfica em materiais publicados, entre doutrinas, julgados, artigos científicos, notícias, dentre outros pertinentes ao tema abordado. Utilizando-se como método de abordagem o método dedutivo, de modo a concluir, a partir da organização deste trabalho, pela necessária proteção nacional, perpassando por uma fase de normatização de seu conceito, espelhando sua correta compreensão, do uso de suas ferramentas, bem como das relações profissionais decorrentes, garantindo assim, a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

1. DESAFIO CONCEITUAL – TRABALHO REMOTO, TELETRABALHO E TRABALHO HÍBRIDO

A exata compreensão dos conceitos de teletrabalho, trabalho híbrido e trabalho remoto, passam necessariamente por seus antecedentes históricos de trabalho domiciliar sem, no entanto, com eles se confundir.

O trabalho domiciliar remonta contextos pré-capitalistas, apresentando-se no capitalismo como atividades laborais compatíveis com a economia de subsistência, com a informalidade. Caso típico de pequenas fábricas de confecções domiciliares, também chamado de “trabalho por facção”, em que a confecção de peças de jeans é realizada por “partes”, chegando às grandes fábricas apenas para colocar as etiquetas, ou ainda, a produção agrícola de fumo, muito presente na realidade de nosso país (DURÃES, BRIDI & DUTRA, 2021).

No plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresenta um o conceito amplo para o trabalho em domicílio, em sua Convenção n. 177: “exercido na residência do empregado ou em local por ele escolhido, mas nunca na sede do empregado, em troca de uma remuneração; para a produção de um bem conforme as ordens do empregador, independentemente de quem proporciona o maquinário e os materiais;”.

Neste sentido (OIT, 1996):

“Artículo 1 - (a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza: (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; (ii)

a cambio de una remuneración; (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello,”

O trabalho em domicílio em nada se confunde com o trabalho doméstico, definido na Lei Complementar 150 de 2015, muito embora, também possa ser realizado no espaço doméstico. Como nos ensina Sérgio Pinto Martins, o trabalho em domicílio é caracterizado pelo local escolhido pelo empregado para a prestação dos serviços, de formas que o trabalho será desenvolvido fora da fiscalização imediata e direta do empregador (MARTINS, 2018).

O trabalho doméstico, por sua vez, encontra definição indireta, através de seu trabalhador: “empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana” (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o trabalho remoto, muito utilizado como gênero, do qual seriam espécies o teletrabalho e o *home office*, em verdade aproxima-se muito mais do conceito de trabalho externo.

A doutrina nos ensina que o trabalho remoto, não obstante possa ser realizado à distância com o uso de tecnologias de informação, é uma forma de trabalho que permite que os profissionais trabalhem fora do ambiente da empresa, prestando seus serviços na rua, com ou sem o controle de equipamentos eletrônicos.

Os dicionários da Língua Portuguesa definem “remoto” como adjetivo para o que está “afastado no espaço; distante; longínquo” (MICHAELIS, 2022). Dessa forma, o trabalho remoto se caracteriza por ser realizado fora das dependências da empresa, não necessariamente com o uso de tecnologias de informação, como os vendedores viajantes, o motorista, o promotor de venda, o vendedor praticista, o entregar.

Para Araújo e Bento (2002) o teletrabalho é uma atualização do trabalho em domicílio, e uma das formas de trabalho remoto, caracterizado pela utilização de ferramentas de telecomunicação (TICs) que permitem a organização, gestão e realização do trabalho à distância (ARAÚJO & BENTO, 2002).

Deste modo, a principal distinção entre o trabalho remoto externo e o teletrabalho reside na inserção virtual do empregado na dinâmica empresarial, que necessariamente ocorre no teletrabalho.

O teletrabalho surgiu no continente americano, em meados dos anos setenta, em um projeto adotado pela Sociedade de Ontário Canadá. O *Alternative Work Arrangement*, muito embora não utilizasse o termo, permitia que um grupo de trabalhadores prestasse seus serviços de casa, por meio de tecnologia fornecida pela empresa. Não obstante, o termo *telecommuting* somente foi utilizado pela primeira vez por Jack Nilles, em meados dos anos setenta, durante a crise do petróleo, como solução para a redução do consumo do petróleo considerando que os funcionários não precisariam se deslocar diariamente até o local do trabalho (MOREIRA, 2018).

De forma a simplificar a compreensão do termo, o relatório organizado pela EMPIRICA, envolvendo dez diferentes países da União Europeia, define teletrabalhadores como:

"Teletrabalhadores são aqueles trabalhadores que trabalham de forma computadorizada (com um computador), distanciados do negócio de seu empregador ou da pessoa que os contrata e que transmitem os resultados de sua atividade por uma ligação de telecomunicação" (EMPIRICA, 2000).

No entanto, como bem ressalta a doutrinadora Nahas, o teletrabalho é muito mais do que uma forma de prestação de serviços, estando diretamente ligado à uma forma de organização empresarial. Para se identificar um teletrabalhador corretamente, devemos analisar a estrutura organizacional da empresa (NAHAS & FITA, 2020).

Muito embora o critério básico adotado em todas as conceituações para o teletrabalho seja o trabalho realizado à distância, com o uso de tecnologias de informação e comunicação (TICs), encontramos na literatura, principalmente pós-pandêmica, o uso de termos que, embora apresentem diferenças, são usados como sinônimos de teletrabalho: trabalho remoto, trabalho virtual, *telework*, *telecommuting*, *remote working* e *home office*.

Partindo do conceito legal, já diferenciamos teletrabalho de trabalho remoto, sendo também um conceito mais amplo que o de *home office*, uma vez

que o teletrabalho não precisa ser desenvolvido necessariamente na casa do trabalhador. Fincato nos ensina que o teletrabalho pode ser diferenciado em razão do local em que se presta os serviços, sendo modalidades de teletrabalho o *home office*, quando o trabalhador presta os serviços através de sua residência; o teletrabalho realizado em telecentros ou telecottages; e os nômades digitais (FINCATO, 2019).

Por fim, de forma a concluirmos o raciocínio do primeiro tópico, o trabalho híbrido trata de modalidade de trabalho em que os trabalhadores alternam dias de trabalho presencial, realizado nas dependências da empresa, e dias de trabalho remoto.

Importante esclarecer que o regime híbrido de trabalho, muito embora grande objeto de discussão da atualidade, não é uma modalidade atual de prestação de serviços. Durante muito tempo os professores apresentam-se como grande exemplo de trabalhadores que adotam o regime de trabalho híbrido, alternando entre o trabalho presencial, prestado no ambiente geográfico empresarial e o trabalho à distância. Considerando que nossas escolas, faculdades e instituições de ensino nunca tiveram a tradição em manter locais específicos para o trabalho do professor fora das salas de aula, esse profissional, de forma geral, prepara suas aulas, corrige as atividades de classe e realiza todas as atividades extra-classe em suas residências.

A novidade para o regime híbrido de trabalho é o que os doutrinadores chamam de teletrabalho híbrido. O teletrabalho híbrido trata-se de modalidade de trabalho em que os trabalhadores alternam dias de trabalho nos escritórios e dias de teletrabalho, a ser realizado fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs).

Dessa forma, partindo da premissa de que os ordenamentos jurídicos trabalhistas, geralmente, utilizam o conceito de trabalho remoto como gênero, do qual derivam as espécies de teletrabalho, passa-se a análise do tratamento jurídico conferido ao instituto, buscando identificar o alcance dos instrumentos normativos como forma de garantir um trabalho digno.

2.EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO NA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO

No direito do trabalho português o teletrabalho é apresentado no Código de Trabalho de 2003 de forma pioneira, tendo como base o Acordo-Quadro de 16 de julho de 2002 da União Europeia. O regime de teletrabalho encontra-se previsto nos artigos 165 a 171 como: prestação laboral realizada com

subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa por meio de recursos de tecnologia da informação e comunicação (PORTUGAL, 2003).

Recentemente os artigos foram alterados pela Lei nº 83/2021, atualizando o conceito de teletrabalho:

1 - Considera-se teletrabalho a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação.

A inspiração da normatização do ordenamento jurídico brasileiro para o teletrabalho é o regime jurídico português, inclusive nas alterações legislativas recentes. No entanto, nem todos os dispositivos de proteção ao trabalhador português foram transplantados para o direito pátrio (MOREIRA, 2018).

No Brasil, o conceito de teletrabalho pode ser encontrado na legislação infraconstitucional, Consolidação das Leis do Trabalho, como espécie de trabalho à distância que exige a utilização de tecnologia de informação e comunicação.

Inicialmente o conceito era timidamente extraído do art. 6º, da CLT, com redação dada pela Lei 12.551/2011, que equipara o serviço desempenhado pelo empregado nas dependências do empregador, àquele realizado à distância, para fins de configuração do vínculo empregatício. De igual maneira, também aponta que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, são equivalentes aos meios pessoais e diretos de comando, para fins de caracterização da subordinação jurídica.

A Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, apresentou uma regulamentação mais direta, introduzindo os artigos 75-A a 75-E na CLT, atualizando o conceito de teletrabalho.

Neste sentido, o art. 75-B define o teletrabalho:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Com base nesse dispositivo, a principal característica do teletrabalho passa a ser a execução dos ofícios à distância, mediante o uso de computadores, celulares, ou qualquer outro equipamento tecnológico, em local preponderantemente fora das dependências do empregador.

A redação dos artigos, embora recente, recebeu muitas críticas, principalmente da classe empresarial, que enxergou na exigência legal de realização de trabalho “preponderantemente fora das dependências do empregador” um entrave legal para a implantação de um trabalho em regime híbrido.

Segundo Delgado e Delgado, o parágrafo único do art. 75-B da CLT impunha que, excessivos ou preponderantes comparecimentos ao estabelecimento empresarial, poderia descaracterizar o regime de teletrabalho, tornando plenamente factível um maior controle de jornada pelo empregador (DELGADO & DELGADO, 2017).

A modalidade híbrida de trabalho, fruto das exigências empresariais que levou à edição da Medida Provisória nº. 1.108 de 2022, trata-se de modalidade de trabalho em que os trabalhadores alternam dias de trabalho nos escritórios e dias de teletrabalho, a ser realizado fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs), um regime de teletrabalho híbrido.

A partir de então, o art. 75-B, da CLT, passa a conceituar teletrabalho ou trabalho remoto, da seguinte forma: “Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo.”

A mudança redacional apresentada pela MP, no *caput* do art. 75-B, da CLT é quase imperceptível, mas é expressiva.

Em um primeiro momento, buscando solucionar a dificuldade na conceituação dos diferentes termos, apresenta teletrabalho e trabalho remoto como sinônimos. Uma vez que os dois termos passam a se caracterizar

igualmente como prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização das TICs.

Igualmente, ao retirar a condicionante legal que impunha a realização das atividades laborais “preponderantemente fora das dependências do empregador”, permite, com maior clareza, a adoção de um regime de teletrabalho híbrido (ou misto).

Neste sentido, temos a nova redação do art. 75-B, da CLT, alterada pela MP nº. 1.108/2022:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 1º O comparecimento, ainda que de modo habitual, às dependências do empregador para a realização de atividades específicas, que exijam a presença do empregado no estabelecimento, não descaracteriza o regime de teletrabalho ou trabalho remoto. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 3º Na hipótese da prestação de serviços em regime de teletrabalho ou trabalho remoto por produção ou tarefa, não se aplicará o disposto no Capítulo II do Título II desta Consolidação. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 4º O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde e nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teletendimento. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 5º O tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, e de softwares, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 6º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 7º Aos empregados em regime de teletrabalho aplicam-se as disposições previstas na legislação local e nas convenções e acordos coletivos de trabalho relativas à base territorial do estabelecimento de lotação do empregado. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 8º Ao contrato de trabalho do empregado admitido no Brasil que optar pela realização de teletrabalho fora do território nacional, aplica-se a legislação brasileira, excetuadas as disposições constantes na Lei nº 7.064, de 6 de dezembro 1982, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

§ 9º Acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022)

O legislador buscou estratégias para a nova redação do artigo em que pouco importa se o teletrabalhador exercerá suas atividades à distância, ou não, se comparece ou não com frequência no estabelecimento empresarial, fatos estes que não descaracterizarão o teletrabalho, desde que o empregado se valha de instrumentos telemáticos ou informatizados no desempenho das suas funções e o trabalho não se configure como trabalho externo.

2.1 Direitos e Deveres do teletrabalhador - trabalho digno?

Considerando que, segundo pesquisa realizada pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP (FEA), 70% dos brasileiros gostariam de continuar trabalhando em casa após o decreto do fim da emergência pública causada pela COVID-19, os estudiosos do Direito do Trabalho passaram a observar o fenômeno do teletrabalho, bem como as estratégias adotadas pelo ordenamento jurídico para sua regulamentação, com mais atenção.

Neste sentido, buscamos analisar como os direitos e deveres dos trabalhadores foram apresentados na Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que, como nos ensina Delgado, a regulamentação jurídica é o instrumento para a proteção efetiva do trabalhador, bem como viabilizadora do trabalho digno, enquanto direito e valor fundamental (DELGADO, 2015).

Com o advento da Lei 13.467/2017, a regulamentação do teletrabalho sofreu grandes alterações, e suas regras principais se encontram nos artigos 75-A a 75-F da CLT.

Como analisado anteriormente o conceito para o teletrabalho encontra-se no art. 75-B, substancialmente alterado pela Medida Provisória n. 1.108/2022, admitindo a contratação do empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto (sinônimos) por jornada, por produção ou por tarefa (art. 75-B, §2º da CLT).

Analisando os conceitos justralhistas clássicos e transportando seu entendimento para os novos institutos, podemos entender, como nos ensina Mauro Schiavi, teletrabalho por jornada, nas modalidades remota ou híbrida, como o limite diário em que o empregado está trabalhando ou está à disposição de seu empregador (SCHIAVI, 2021). A fiscalização da atividade, neste caso será realizada por meio de mecanismos de controle indireto ou direto da jornada, como cartões de ponto, sistemas de *login* e *logout*, entre outros.

Este trabalhador estará, portanto, sujeito à limitação constitucional de jornada de 8 horas diárias, com duração máxima de 44 horas semanais (art. 7º, inciso XIII da CF/88).

Estabelece ainda o art. 75-B, §5º, da CLT que, como regra, o tempo de uso de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária, e de *softwares*, de ferramentas digitais ou de aplicações de internet utilizados para o teletrabalho, fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui

tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho tem entendimento consolidado:

Súmula nº 428 do TST

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Por outro lado, o teletrabalho por produção, na forma remota ou híbrida, também chamado de trabalho por unidade de obra ou unidade de serviço, consiste na prestação de serviço em que a retribuição é fixada na produtividade do empregado, independentemente do tempo de trabalho por ele gasto para realizar suas atividades. Cada unidade de produção corresponde a um valor previamente determinado (DELGADO, 2002).

Essa forma de trabalho é muito criticada pela doutrina, considerando-se que o trabalho por produção leva à transferência de parte do risco da atividade empresária para o trabalhador, que não atingindo a meta definida pela empresa, termina por absorver parte do mal resultado da empresa (DELGADO, 2002). Ressalta ainda a doutrina, que essa forma de trabalho pode ter como consequência o incentivo para que o empregado trabalhe superando seus limites físicos e psicológicos, objetivando aumentar seus ganhos, bem como manter-se no emprego, atendendo uma alta expectativa de rendimento pela empresa. Por fim, o preço definido por produção ou por tarefa, geralmente é baixo, o que exige uma produtividade excepcional do obreiro para que consiga um salário satisfatório ao final do mês (CATHARINO, 1994).

Considerando que os teletrabalhadores, quando recebem por unidade de produção, ou por tarefa, não estão sujeitos ao controle de jornada, redação do art. 62, III da CLT, inserida pela Medida Provisória n. 1.108 de 2022, a sobrejornada não remunerada se tornará uma realidade para essa modalidade de trabalho.

Nos termos do §4º, do art. 75-B da CLT, afasta-se a jornada especial conferida aos operadores de *telemarketing* de, no máximo 6 horas diárias e 36 horas semanais (art. 227 da CLT), aos empregados submetidos ao regime de teletrabalho.

As regras clássicas do teletrabalho, instituídas pela Reforma Trabalhista, antes das alterações da Medida Provisória, a respeito da alteração entre regime presencial e de teletrabalho se mantem. Sendo permitida a alteração entre os regimes desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual e em havendo alteração entre o trabalho telepresencial para o trabalho presencial, por determinação do empregador, deverá ser garantido um prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual (art. 75-C, da CLT).

Quanto à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária para a prestação de serviços de forma remota, deverá encontrar previsão no contrato escrito, não integrando a remuneração do empregado.

A frágil regulamentação quanto aos custos de aquisição e manutenção dos equipamentos apresentada pelo art. 75-D da CLT, foi mantida pela Medida Provisória.

Sobre o texto, como nos ensina Delgado, a CLT “não determinou a fixação imperativa de qualquer custo ao empregador”, abrindo um espaço desnecessário para o debate e interpretação (DELGADO, 2019).

O empregado e o empregador poderão firmar acordo individual para dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre eles, sendo obrigatória a observância dos repousos legais (art. 75-B, §7º).

Serão aplicadas as regras relativas ao local da contratação, assim considerada a agência ou filial a que o trabalhador estiver vinculado e não as regras do local da residência do empregado ou de execução do teletrabalho.

O mesmo critério é utilizado no caso de contratação de trabalhador no Brasil, sob o regime de teletrabalho, que optar por prestar serviços no exterior, continuará sendo regido pelo ordenamento jurídico brasileiro, salvo de houver ajuste individual entre o empregado e o empregador em sentido contrário ou nas hipóteses previstas na Lei n. 7.064, de 1982 (art. 75-B, §8º, da CLT, inserido pela MP n. 1.108, de 2022).

Por fim, a Medida Provisória visando a inclusão dos empregados com deficiências e a manutenção de empregados e empregadas com filhos ou crianças até os quatro anos idade, determina a prioridade de alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto (art. 75-F, da CLT).

Mesmo que de forma não exaustiva, inferimos da análise de nosso ordenamento jurídico, que a título de regulamentação para o teletrabalho que o legislador reconhece essa forma de organização do trabalho como um modelo que se encaixa perfeitamente no modelo produtivo e econômico da quarta revolução industrial, visando otimizar e implementar novas oportunidades de trabalho, otimizando as relações produtivas.

Por outro lado, deixou o legislador de apresentar soluções para situações que conferem insegurança jurídica para os obreiros submetidos a esse regime de trabalho. Como a possibilidade de transferência de custos de produção ao trabalhador, o excesso de jornada, principalmente para os teletrabalhadores por produção ou por tarefa, salários insatisfatórios, entre outros.

Passamos, dessa forma, a analisar, de tudo o quanto exposto no presente trabalho, quais os possíveis impactos da adoção do trabalho híbrido no Brasil.

3. POSSÍVEIS IMPACTOS DA ADOÇÃO DO TRABALHO HÍBRIDO NO BRASIL

Embora o cenário atual mostre a adoção do trabalho remoto ou híbrido como uma tendência, é certo que essa modalidade não pode ser adotada por toda a classe trabalhadora. Mesmo no contexto da pandemia, a adoção do trabalho remoto foi apontada como um “privilégio” considerando-se a devastação do mercado de trabalho (OLIVEIRA & POCHMANN, 2020).

Não obstante, em projeção realizada pelo IPEA, valendo-se dos dados do primeiro trimestre do Pnad Contínua de 2020, existem cerca de 22,7% de pessoas em potencial de teletrabalho no Brasil, o que corresponde atualmente a 20,8 milhões de pessoas (IPEA, 2020). Destacam os pesquisadores que o Distrito

Federal apresenta o maior percentual de pessoas em teletrabalho (31,6%), e o Estado do Piauí apresenta o menor porcentual (15,6%), o que demonstra que as condições econômicas do Estado se apresentam como relevantes para a adoção ou não do teletrabalho.

Analisando os dados apresentados em diferentes pesquisas sobre os impactos positivos ou negativos do teletrabalho na vida dos trabalhadores e na estrutura produtiva das empresas, conseguimos apontar alguns dos possíveis impactos dessa alteração cultural do trabalho presencial para o trabalho remoto.

Um primeiro desafio enfrentado pelo regime de trabalho remoto, seja no modelo de teletrabalho ou no modelo híbrido, apontado por grande parte dos doutrinadores é a conexão perpétua ao trabalho, sem intervalos e sem desconexão (OLIVEIRA, 2017).

Muito embora o repouso legal, compreendendo os intervalos intrajornada e interjornada, seja obrigatório, pesquisas realizadas pela Universidade Federal do Paraná e da Rede de Estudos e Monitoramento Interdisciplinar da Reforma Trabalhista (Remir) entre 5 e 17 de maio de 2020, que contou com 906 trabalhadores, demonstraram que houve um aumento percentual de 666,66% de trabalhadores que passaram a prestar serviços todos os dias da semana, sem descanso.

Dentre os trabalhadores entrevistados, 48,45% passaram a trabalhar mais: no geral, cerca de 25% afirmaram que tiveram aumento de metas de produtividade (BRIDI, BOHLER & ZANONI, 2020).

Neste sentido, considerando o desrespeito aos períodos de descanso, medidas de higiene, saúde e segurança no trabalho (art. 7º, XXII, da CF/88 e art. 157, I, da CLT) que visam resguardar a integridade física e psíquica do trabalhador, evitando a exaustão física e mental, assertivamente, a partir de janeiro de 2022, a síndrome de burnout foi inserida na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), sob o código Z73.

A expressão Burnout é uma derivação do termo inglês *“to burn out”* que significa queimar por completo ou consumir-se. A Síndrome de Burn-out é conceituada como uma doença ocupacional “caracterizada pelo estado depressivo do indivíduo decorrente do acentuado e contínuo estresse vivenciado no ambiente do trabalho”.

Souto Maior já nos ensinava que, no começo do século XXI, a mesma tecnologia que permite o *home office*, revela uma verdadeira desconstrução entre os limites da esfera do trabalho e do familiar (MAIOR, 2003).

Outra grande preocupação se encontra nas regras de ergonomia para os trabalhadores que realizam seus trabalhos à distância. Para tanto a Organização Internacional do Trabalho juntamente com a Organização Mundial da Saúde publicou um resumo técnico fornecendo informações sobre o impacto do teletrabalho na saúde e orientações para organizar o trabalho remoto para proteger a saúde física e mental dos trabalhadores.

Neste sentido, na pesquisa acima citada, muito embora os trabalhadores que participaram da pesquisa sejam, em sua maioria (92%), de elevada escolaridade, apenas 30% informaram terem condições de trabalho excelentes, contando com mesa e cadeira próprios para o trabalho. Os demais (70%) afirmaram serem razoáveis ou péssimas as condições de trabalho, pois não tem espaço próprio de trabalho, mesa e cadeira adequados.

Outro desafio apontado pela pesquisa, é o impacto desigual que o trabalho remoto apresenta entre homens e mulheres. Em geral as mulheres foram mais afetadas, uma vez que as tarefas domésticas e o cuidado com os filhos permaneceram atribuídos de forma assimétrica às mulheres, impactando ainda mais aquelas com filhos (BRIDI, BOHLER & ZANONI, 2020).

Os acidentes laborais que ocorrem de forma inesperada, provocando lesão ou perturbação funcional, originando a morte, perda ou redução da capacidade laborativa, nos termos do art. 19 e seguintes da Lei 8.213/91, são um grande problema.

Visando evitar a ocorrência de qualquer intempérie, o art. 75-E, da CLT, antes mesmo das alterações da Medida Provisória, já previa a responsabilidade do empregador em instruir seus empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a serem tomadas a fim de se evitar doenças e acidentes de trabalho. Sendo que o empregado é obrigado a assinar um termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas.

No entanto, nosso legislador preferiu se omitir da responsabilidade de regulamentar uma possível fiscalização do empregador, para o correto cumprimento das “precauções a serem tomadas” pelo trabalhador.

Outro tema não regulamentado é o direito à greve. Claro que este é garantido constitucionalmente para o trabalhador, ainda que em regime de

teletrabalho (art. 9º da CF/88). Mas como nos ensina Ricardo Antunes, considerando que o teletrabalho se caracteriza por uma maior individualização do trabalho, um distanciamento social, implicando em “menos relações solidárias e coletivas de trabalho (onde floresce a consciência das reais condições de trabalho” (ANTUNES, 2020), como serão as reivindicações face a tendencial eliminação dos direitos trabalhistas?

Por outro prisma, no relatório *Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) e o Eurofund apontaram como aspectos positivos do trabalho remoto, que mais agradam aos trabalhadores: a eliminação dos deslocamentos, redução do tempo no trânsito, maior autonomia no tempo, melhor balanço geral entre trabalho-vida e maior produtividade (OIT, 2017).

Em relação às empresas o relatório indica que estas se beneficiaram ainda mais, com a redução de custos com espaço de escritório, e custos associados, menor rotatividade de postos de serviços, maior produtividade e eficiência.

De todo o exposto, podemos concluir que a alteração na cultura de trabalho presencial para o trabalho remoto, em suas diferentes modalidades, decorrerá muito mais de uma avaliação de sua viabilidade para o capital, analisando-se critérios específicos para cada atividade produtiva. Com considerações como a redução de custos com a estrutura produtiva, o compartilhamento desses custos com o próprio trabalhador, um aumento de produtividade, e, em última análise termos a vida e o bem-estar dos trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nosso breve estudo nos focamos em conceituar as diferentes formas de prestação de serviços. Analisamos as principais diferenças entre os conceitos de teletrabalho na legislação infraconstitucional brasileira, antes e depois da Medida Provisória de 1.108 de 2022.

Estudamos as principais características do trabalho remoto, bem como do trabalho híbrido, regulamentado na legislação pátria como exigência da classe empresarial, que encontrava na redação do art. 75-B, da CLT um entrave legal para sua implantação com segurança.

E por fim, após passarmos por uma análise dos artigos 75-A a 75-E, da CLT, esmiuçando os direitos e deveres do teletrabalhador, fazendo uma inferência das possíveis repercussões da adoção do teletrabalho em regime híbrido em nosso país.

Concluimos nosso estudo, dessa forma, com os questionamentos clássicos, levantados pela literatura especializada e pela jurisprudência acerca das possíveis consequências da adoção do teletrabalho, ainda que de forma híbrida. Considerando que a regulamentação não apresenta uma clara disposição sobre como serão realizadas as fiscalizações dessa forma de trabalho, como serão as greves e reivindicações desses trabalhadores. Quais os critérios profissionais para a adoção do regime diferenciado.

Como será essa nova geração de trabalhadores excluídos de contato social? Problemas como a "nomofobia", pavor de estar sem o telefone celular disponível e o "zoom fatigue" (*fadiga do zoom*) serão cada dia mais comuns. Sem falarmos no que já virou CID: *burn out*.

Embora seja possível vislumbrarmos aspectos positivos aos trabalhadores, como a flexibilidade dos horários, maior convívio familiar, deve-se estabelecer limites e perspectivas no estudo e aplicação do direito do trabalho, de forma sempre atenta às desigualdades estruturais que essa nova modalidade de relação trabalhista pode apresentar. Em um constante exercício de vigilância para que essas tendências disruptivas de trabalho não passem por cima dos direitos tão caros à nossa Constituição, como a garantia de um trabalho digno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado. São Paulo: Boitempo, 2020.

ARAÚJO, Emília Rodrigues; BENTO, Sofia Isabel Coelho. Teletrabalho e aprendizagem: contribuindo para uma problematização. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2002

BRANT, Raquel; MOURÃO, Helena Cardoso. Desafios do teletrabalho na pandemia COVID-19: quando o home vira office. Caderno de Administração, v. 28, n. Edição E, p. 71-75, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de maio de 2022.

BRASIL. Lei nº 12.551, 15 de dezembro de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 04 de março de 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm. Acesso em: 01 de março de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 01 de março de 2022.

BRASIL. Medida Provisória nº. 1.108, de 25 de março de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm. Acesso em: 01 de abril de 2022.

BRIDI, Maria Aparecida; BOHLER, Fernanda; ZANONI, Alexandre. O trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia COVID-19. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Grupo de Estudos Trabalho e Sociedade, 2020.

CATHARINO, J. M. Tratado jurídico do salário. Edição fac-similada. São Paulo: LTR, 1994.

DELGADO, Maurício Godinho. Salário: Teoria e prática. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. 2ªed. São Paulo: LTr, 2015.

DURÃES, Bruno; BRIDI, Maria Aparecida da Cruz & DUTRA, Renata Queiroz. O teletrabalho na pandemia da covid-19: uma nova armadilha do capital? Sociedade e Estado [online]. 2021, v. 36, n. 03, pp. 945-966. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-6992-202136030005>. Acesso em: 29 de abril 2022.

EMPIRICA. Electronic Commerce and Telework Trends (ECATT) – Final Report. Bonn: Empirica, 2000.

FACULDADE DE ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FEA). Satisfação e desempenho na migração para o *Home office*. Disponível em: https://www.fea.usp.br/sites/default/files/sumario_executivo_divulgacao.pdf. Acesso em: 28 de maio de 2022.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na reforma trabalhista. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v.8, n.75, p. 58-72, fev. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152290/2019_fincato_denise_teletrabalho_reforma.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 de março de 2022.

GLOBAL WORKPLACE ANALYTICS. Pros And Cons. Global Workplace Analytics, 2020. Disponível em: <https://globalworkplaceanalytics.com/work-at-home-tips-for-employers>. Acesso em: 14 de janeiro de 2022.

HAUBRICH, Deise Bitencourt; FROEHLICH, Cristiane. Benefícios e desafios do home office em empresas de tecnologia da informação. Revista Gestão & Conexões, v. 9, n. 1, p. 167-184, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pnad-COVID 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). GÓES, Geraldo S.; MARTINS, Felipe S.; NASCIMENTO, José Antônio S. do. Potencial de teletrabalho na pandemia no Brasil e no mundo. Carta de Conjuntura, n. 47, 2º trimestre, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/2020/06/potencial-de-teletrabalho-na-pandemia-um-retrato-no-brasil-e-no-mundo/>.

Karacsony, P. (2021). Impact of teleworking on job satisfaction among Slovakian employees in the era of COVID-19. In Problems and Perspectives in Management, Volume 19, Issue 3.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho: 34ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2018.

MICHAELIS. Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/remoto/>. Acesso em: 01 de março de 2022.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algumas questões do regime jurídico do contrato de teletrabalho nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. In: SILVA, Paulo

Renato Fernandes da (Org.). A reforma trabalhista no direito do trabalho, no direito processual do trabalho e no direito previdenciário. São Paulo: LTr, 2018

NAHAS, Tereza; FITA, Fernando. Teletrabalho: Pequena Reflexão Conceitual e de Equilíbrio Entre Capital/Trabalho – Notas **Revista de Direito do Trabalho – 08/2020**. Disponível em: <https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1188256843/teletrabalho-pequena-reflexao-conceitual-e-de-equilibrio-entre-capital-trabalho-notas-revista-de-direito-do-trabalho-08-2020>. Acesso em: 21 de maio de 2022.

OLIVEIRA, Dalila Andrade; POCHMANN, Marcio (Orgs.) A devastação do trabalho: a classe do labor na crise da pandemia. Brasília: Gráfica e Editora Positiva; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e Grupo de Estudos sobre Política Educacional e Trabalho Docente, 2020.

OLIVEIRA, Daniela R. de. Do fim do trabalho ao trabalho sem fim: o trabalho e a vida dos trabalhadores digitais em Home Office. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção 177 – Home Work Convention, 1966: Departamento de Publicações da OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312322,es:NO. Acesso em: 15 de maio de 2022.

PORTUGAL, 2003. Código do Trabalho. Disponível em: [https://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/Legislacao/LegislacaoNacional/Documents/CodigoTrabalho_annotado_outubro2019.pdf](https://www.act.gov.pt/(pt-PT)/Legislacao/LegislacaoNacional/Documents/CodigoTrabalho_annotado_outubro2019.pdf). Acesso em: 04 de abril de 2022.

ROSENFELD, Cinara L; ALVES, Daniela. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. Dados [online]. 2011, v. 54, n. 1 [Acessado 29 Abril 2022], pp. 207-233. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582011000100006>>.

Epub 29 Jul 2011. ISSN 1678-4588. <https://doi.org/10.1590/S0011-52582011000100006>.

SCHIAVI, Mauro. Manual Didático de Direito do Trabalho. Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho, 2003. Disponível em:

https://www.jorgesoutomaiormaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf. 2003. Acesso em: 20 de maio de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Teletrabalho: no entender da Comissão, o novo acordo constituiu uma boa notícia para os trabalhos e para as empresas. Disponível em: < http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1057_pt.htm >. Acesso em: 18 jan. 2019.

RAZÃO E FÉ: A CONCILIAÇÃO DURANTE O MEDIEVO

VINÍCIUS GABRIEL VIANA DE JESUS:

Graduado no Curso de Direito pela
Universidade Federal de Sergipe

Resumo: O pensamento cristão marcou de forma incisiva boa parte da cultura da Idade Média, na esfera político-espiritual. Desse modo, a filosofia do período foi predominantemente cristã e, como tal, a preocupação central girou em torno da conciliação entre fé e razão. Parecia improvável unir esses dois elementos, mas foi disso que os principais filósofos da época se ocuparam, através de uma abordagem filosófico-teológica da questão. Desse modo, apesar do grande esforço empenhado, a conciliação entre fé e razão foi possível, reconhecendo que a razão só seria válida se iluminada pela fé, subordinando a primeira à segunda. Esse tema tem espaço central na obra dos mais importantes filósofos, como Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, e é deste que o presente artigo pretende tratar.

Palavras-chave: Cristianismo. Fé. Filosofia. Razão

INTRODUÇÃO

Desde os últimos anos do Império Romano, quando a religião católica foi oficializada, o pensamento cristão vem exercendo determinante poder no pensamento ocidental. Essa influência conheceu seu ápice durante a Idade Média, quando a Europa se encontrava bastante fragmentada após o declínio do Império Romano e a igreja católica acabou funcionando como um elemento agregador desse continente. Além de se perceber que em vários momentos o catolicismo se uniu com algumas das forças dominantes da época, seja com os senhores feudais ou com os monarcas absolutistas.

Logo, o cristianismo exerceu influência tanto política quanto espiritual de forma incisiva nas mais diversas áreas, a exemplo da religião, da ciência, da filosofia durante o medievo.

Assim a filosofia do período foi predominantemente cristã e, como tal o grande desafio seria conciliar a razão, herdada dos filósofos clássicos (Platão, Aristóteles) e a fé, segundo o advento das Sagradas Escrituras. Esses dois elementos seriam aparentemente imiscíveis, mas foi disso que os principais filósofos cristãos se ocuparam, ao tentar fazer uma abordagem filosófico-teológica do problema.

O presente artigo tem por finalidade apresentar que se conseguiu conciliar razão e fé e, como se deu esse processo ao longo de toda Idade Média. Mostrar-se-á as duas correntes filosófico-cristãs predominantes no período, a patrística e a escolástica, elencando dois dos principais filósofos cristãos, Santo Agostinho, de forma mais aprofundada e, São Tomás de Aquino, de forma um pouco mais breve.

No entanto, se torna necessário discorrer logo no início do trabalho o conceito que se tem sobre filosofia cristã, e assim é que deverá se proceder.

2 A FILOSOFIA CRISTÃ

Há séculos que o cristianismo vem exercendo forte influência sobre a cultura, a sociedade, os valores morais e de boa parte do pensamento ocidental. Essa influência se fez sentir mais forte já no fim do Império Romano, quando a religião católica foi considerada a religião oficial romana e conheceu seu apogeu durante a Idade Média, por estar bastante próximo das forças dominantes, os senhores feudais, num primeiro momento, na Baixa Idade Média, e os monarcas absolutistas, num segundo momento, durante a Alta Idade Média, muitas vezes até legitimando seus poderes sem limites.

Além de que poucos elementos na sociedade medieval sabiam ler e escrever, o que acabava ficando restrito aos clérigos e outros participantes da igreja católica, demonstrando o poder dos ensinamentos católicos em diversas áreas:

Em um mundo em que nem os nobres sabiam ler, os monges eram os únicos letrados, o que justifica a impregnação religiosa nos princípios morais, políticos e jurídicos da sociedade medieval (ARANHA, & MARTINS. 2009 p.160)

Por conseguinte, a filosofia do período não deixou de ser fortemente marcada pelo cristianismo e se preocupou primordialmente em tratar das questões religiosas, acerca do catolicismo, seguindo a fé, de acordo com as Sagradas Escrituras. Assim, os filósofos cristãos tentaram colocar filosofia e teologia numa mesma dimensão.

2.1 O CONCEITO DE FILOSOFIA CRISTÃ

Torna-se importante falar sobre o que se entende por filosofia cristã:

É cristã toda filosofia que, criada por cristãos convictos, distingue entre os domínios da ciência e da fé, demonstra suas proposições com razões naturais, e não obstante vê na relação cristã um auxílio valioso e até certo ponto mesmo moralmente necessário para a razão. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 9)

A partir do excerto supracitado, é possível compreender que toda filosofia entendida como cristã tinha de ser criada por aqueles que se julgassem fiéis ao cristianismo e, como tal os criadores tinham de seguir aquilo que foi explicitado pelas Sagradas Escrituras, a Bíblia, utilizando-se dos dois testamentos para desenvolver seu pensamento filosófico. Além de que, como cristãos convictos, eles nunca poderiam negar nada do que estivesse escrito segundo o Livro Sagrado.

É perceptível também, que no cerne da própria definição acerca de filosofia cristã, aparece a conciliação que se deverá fazer entre razão e fé, tendo que a fé iluminaria o filósofo e, somente a partir daí ele poderia usar a razão para chegar à resposta por ele desejada.

2.2 PROPRIEDADES E NOTAS ESSENCIAIS DA FILOSOFIA CRISTÃ

A filosofia cristã possui algumas propriedades e notas características, sendo algumas delas merecedoras de destaque. Assim, far-se-á uma breve apresentação sobre as mais importantes e que corroboram com a tese levantada por esse artigo.

2.2.1 A BÍBLIA COMO FONTE INDISPENSÁVEL

Os escritos sagrados são a única e exclusiva diretriz que o filósofo deve tomar, tendo os dogmas formulados pela Igreja Católica como pontos de partida inescusáveis e inquestionáveis para o desenvolvimento de seu estudo.

Mesmo que se encontre um nítido contraste entre o Antigo e o Novo Testamentos, principalmente quanto ao conceito expresso de Deus, os filósofos cristãos permaneceram firmes na sua caminhada de acordo com as Sagradas Escrituras e, alguns chegaram até a se dedicar a explicar essa contradição presente na Bíblia.

No antigo testamento, O Deus cristão é Criador, Primeiro Princípio e origem de todo ser. Todos os seres criados dependem Dele e só existem por Ele; sua existência é totalmente condicionada pela existência de Deus que é o ser inteiramente incondicionado. Deus "é", independentemente de qualquer condição. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 15)

Assim, a figura de Deus no Antigo Testamento, aparece como ser por excelência, que criou todas as coisas visíveis e invisíveis, único pai, que só Nele é que o ser humano encontra sua verdadeira existência.

Toda a Nova Aliança se apoia na verdade grandiosa de que Deus é amor. “A tal ponto amou Deus o mundo que lhe deu o seu Filho Unigênito, para que todo o que nele crer não pareça, mas tenha vida eterna” (Jo 3,16). Nisto o evangelho se avanta de longe ao Antigo Testamento e contrasta vivamente com a filosofia grega. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 16)

Dessa maneira, Deus é visto no Novo Testamento, como amoroso, bondoso e perdoador. Traz no excerto também uma ética da caridade, segundo a máxima “amarás a teu próximo como a ti mesmo”. Contrasta assim não só com a ideia contida no Antigo Testamento, como também com a filosofia grega, em que seus deuses seriam rancorosos e existiriam alguns Deuses que ficariam encarregados apenas de criar o mal.

2.2.2 CONSTATAÇÃO EXCLUSIVA DE PROPOSIÇÕES EMPÍRICAS

A filosofia cristã utiliza única e exclusivamente proposições que sejam suscetíveis de demonstração natural. Assim:

Não falaremos em filosofia cristã senão quando o assentimento às proposições por ela enunciadas se basear na experiência, ou em reflexões de ordem racional. Em outros termos, seu ponto de vista lógico não deve situar-se no domínio das verdades reveladas, inacessíveis à razão. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 9)

Desse modo, a filosofia cristã se ocupará apenas daquelas questões que encontram embasamento na observância da vida prática, se afastando das constatações que fugirem o domínio racional humano. Assim, a filosofia cristã e toda e qualquer outra área do conhecimento que se deixou influenciar pelo cristianismo, tem muito mais uma dimensão da *práxis*, do que qualquer outra dimensão, aplicando essa condição para a conciliação fé-razão.

2.2.3 A FILOSOFIA CRISTÃ NORTEIA-SE PELA TRADIÇÃO

Jamais um filósofo cristão irá tentar negar todo o trabalho que seu antecessor desenvolveu. Ao contrário, ele usará esse trabalho como uma contribuição, aprofundando-o e incorporando novos elementos, para que ele possa desenvolver seu labor filosófico.

A história da filosofia cristã desconhece qualquer tentativa de demolir a totalidade daquilo que se construíra no passado, com o fim de erguer em edifício com bases inteiramente novas. Quase todos os pensadores cristãos levam em conta seus predecessores imediatos,

cuja obra procuram aprofundar e melhorar. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 11)

Assim, boa parte dos filósofos faz menção a pelo menos um de seus predecessores, ao buscar sempre ampliar e incrementar a teoria defendida por eles. Se por um lado, o pensador fica um pouco preso e limitado para desenvolver seu pensamento, por outro lado isso permite que ele avance mais em sua pesquisa, indo mais fundo em seus estudos, pois toda filosofia cristã trabalha com a ideia de que se é uma corporação, em que cada um deverá contribuir com certa parcela para os estudos filosóficos. Não compreende, assim, um obstáculo para que o filósofo possa fazer uso da razão, logicamente de acordo com a fé.

2.2.4 O FILÓSOFO JAMAIS NEGARÁ OS DOGMAS DA IGREJA CATÓLICA

A filosofia cristã jamais poderá ir de encontro às verdades de fé formuladas pela Igreja Católica, a partir das Sagradas Escrituras.

É evidente que, por ser cristã uma filosofia não se torna infalível, visto que em matéria filosófica a razão humana não goza do privilégio da inerrância. Assim, a filosofia cristã deve originar-se sob a influência consciente da fé cristã. Mas esta influência não é de natureza sistemática, e sim psicológica. Manifesta-se, sobretudo, de quatro maneiras: 1) A fé preserva a filosofia de muitos erros; 2) A fé propõe metas ao conhecimento racional; 3) A fé determina a atitude cognoscitiva do filósofo cristão; 4) A fé determina o sentido do labor filosófico. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 10)

Desse modo, o filósofo cristão por fazer uso da razão, também está suscetível a erros, e é a fé que conduzirá o filósofo no seu trabalho e o prevenirá dos erros que poderiam ser cometidos se ele utilizasse a razão pura no seu labor, como fizeram os filósofos gregos. Assim, a fé deverá traçar um limite para que a razão do filósofo não caia em erros, além de estabelecer certos objetivos a serem alcançados em seu estudo, cabendo à razão transformar as convicções religiosas em evidências racionais. Destarte, a fé orienta o filósofo em seu trabalho e em sua busca cognoscitiva.

Ademais, o filósofo deverá partir dos pontos formulados pela fé, mas nunca os pôr em dúvida ou negá-los.

Vê-se aí mais uma prova da conciliação entre fé e razão realizada pela filosofia cristã, em que a fé servirá de guia para a razão.

2.2.5 O FILÓSOFO DEVERÁ USAR SEMPRE A FÉ PARA ORIENTAR A RAZÃO

Sem dúvida, essa é a propriedade mais importante para o desenvolvimento desse trabalho.

É impossível dissociar a conciliação entre razão e fé do trabalho filosófico-cristão.

Assim, aqueles que se lançarem no campo da filosofia cristã deverão fazer uso da fé para orientar a razão e chegar ao resultado almejado.

A posse de uma verdade absoluta, garantida pela revelação, proporciona aos cristãos um critério seguro em face das especulações gregas. A fé cristã faz ver à razão a necessidade de se deixar curar pela fé e pela graça. Destarte a razão, orientada pela fé, se torna capaz de retificar e aprofundar as aquisições da razão lesada dos pagãos, e de realizar a meta que a filosofia grega só pudera esboçar em linhas gerais. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 15)

A partir dessa citação, é possível entender que a fé se torna uma auxiliar e orientadora indispensável para a razão, conduzindo o filósofo no seu trabalho, prevenindo-o de erros. É perceptível novamente a crítica severa que a filosofia cristã faz aos filósofos gregos, que usavam a razão pura na busca do conhecimento.

3 A CONTRIBUIÇÃO BÍBLICA PARA O PENSAMENTO RACIONAL-FILOSÓFICO

Dentro do texto da própria bíblia é possível identificar contribuições para o uso da razão, dentro dos conformes da fé. Aparece, sobretudo, nos evangelhos de João, ao expor sua teoria do Logos e de Paulo, ao argumentar sobre a teoria da Sabedoria. Esses dois apóstolos foram sem dúvida os que mais influenciaram a criação da filosofia cristã.

3.1 A DOUTRINA DO LOGOS SEGUNDO JOÃO

O evangelho joanino se torna imprescindível para o desenvolvimento do pensamento cristão. Principalmente quando ele fala do Logos. Esse termo era também usado pelos gregos, para designar a inteligência cósmica, a razão do mundo, princípio fontal do ser e do conhecimento, como dizem Boehner & Gilson (2004). Porém João vai muito além e mergulha em algo bem mais profundo.

Ele aborda o Logos dentro de três dimensões: 1) O Logos aparece como o Deus vivo, segundo "o Verbo pelo qual foi feito o mundo e que se fez carne para remi-lo. É o Filho de Deus, que está com o Pai, e nos trouxe a graça e a verdade" (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 18). 2) O Logos como o pensar divino, em que Deus em si conteria as ideias. 3) O Logos como a luz que ilumina o mundo na busca do saber, sendo ele fonte de todo o

conhecimento, devendo ser buscado pelos pensadores cristãos para chegar às suas respostas desejadas.

Assim é que João, através da exposição do Logos, vem dar uma grande contribuição para o desenvolvimento posterior do pensamento racional filosófico-cristão.

3.2 A DOCTRINA DA SABEDORIA SEGUNDO PAULO

Ao lado de João, Paulo é aquele que mais contribui para a fomentação racional da filosofia cristã. Ele se preocupa em tratar de forma consciente da oposição entre a sabedoria cristã e a sabedoria pagã. Assim:

A sabedoria deste mundo designa a sabedoria do mundo hostil a Deus. Também a filosofia grega, faz parte em grande medida desta sabedoria mundana (pagã). O cristianismo condena a soberba e a autossuficiência da razão mundana e exige, antes de mais nada, a sujeição humana à cruz de Cristo. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 20)

Desse modo, Paulo acaba por traçar certas diretrizes a serem seguidas por aqueles que se dedicarem ao pensamento cristão. Ele condena mais uma vez a razão pura utilizada por boa parte dos filósofos gregos, que levará apenas a um conhecimento mundano e pagão, que não condiz com a doutrina cristã. Assim o filósofo deve reconhecer que toda razão que será usada deve ser submetida à fé católica, para daí se tornar eficaz na busca da sabedoria cristã. Exige-se do filósofo humildade, e reconhecer que se ele não se submeter à recepção do dom divino, ele só chegará aos resultados equivocados que a razão pura irá o levar.

Paulo ainda diz que está no cerne da sabedoria cristã a razão, desde que se comporte com humildade perante a fé, sendo que para se chegar a essa sabedoria seria realmente necessária a razão.

A oposição entre a sabedoria cristã e a sabedoria pagã não deve ser entendida como oposição entre a razão e a fé. A filosofia pagã deriva, em grande extensão, do abuso da razão. (BOEHNER & GILSON. 2004 p. 20)

Assim a sabedoria cristã não suprime a razão, mas sim a pressupõe.

Esta é mais uma prova de que o pensamento cristão consegue conciliar a fé e a razão, aparecendo inclusive dentro do próprio texto bíblico. Logicamente essa conciliação deveria ser feita sob certas condições.

4 AS CORRENTES FILOSÓFICAS

Durante o medievo, predominaram duas correntes em volta da filosofia cristã: a patrística e a escolástica. Ambas tinham como característica central a sobreposição da fé sobre a razão, mesmo que em graus diferentes. Essa conciliação entre esses dois elementos foi conquistada com muito esforço pelos filósofos mais eminentes dessas duas correntes, a exemplo de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.

4.1 A PATRÍSTICA

Essa corrente predominou durante todo o período conhecido como Alta Idade Média, mas teve início ainda na antiguidade. Ela surgiu após o esfacelamento do Império Romano, numa Europa conseqüentemente bastante fragmentada, em que a Igreja funcionou como um forte elemento agregador. Ela foi criada pelos padres da Igreja Católica (daí a origem de seu nome), durante um período de franca ascensão do cristianismo por toda Europa. A igreja católica nesse período busca se unir com os senhores feudais, que eram os grandes centros de poder da época, já que existiam reis, mas na verdade eles não chegavam a exercer um poder muito forte dentro do território (o rei reinava, mas não governava).

A patrística surge num esforço de converter os pagãos, combater as heresias e se defender das críticas ao catolicismo. Era natural que o povo não aceitasse imediatamente toda a pregação cristã, pois seus ensinamentos não estavam bem arraigados e explicados, visto que ainda era forte a influência da filosofia clássica e conseqüentemente a razão pura para a busca do conhecimento. E é nesse sentido que os filósofos dessa corrente vão se empenhar: trazer os questionamentos e críticas da população e explicá-los de forma racional a partir das Sagradas Escrituras. Desse modo, coloca-se a razão num plano inferior à fé, estando aquela totalmente subordinada a esta.

É nesse período também que surgem os dogmas da igreja católica, segundo a Bíblia, ficando determinados pontos de partida inquestionáveis, segundo o qual o filósofo deveria tomar como verdade inegável, buscando entender os textos bíblicos e sanar as dúvidas da população, a partir do pensamento racional sob a luz consciente da fé.

4.1.1 SANTO AGOSTININHO, O BISPO DE HIPONA

Agostinho foi sem dúvida o filósofo mais importante da patrística. Ele foi dos que melhor absorveu e compreendeu o tema central dessa corrente que era a subordinação da razão à fé, conciliando esses dois elementos.

Seu pensamento pode ser bem sintetizado por uma frase de sua própria autoria: "*Credo ut intelligam*", que significa "Creio para que possa entender". Dessa forma ele estabelece como condição primordial absorver a fé e subordinar toda a razão de seu pensamento a ela, para conseguir chegar a qualquer uma de suas respostas almejadas.

Isso se torna bastante perceptível quando ele lança sua famosa "Teoria Epistemológica da Iluminação", em que ele defendia que para que a razão pudesse conduzir a algum resultado não equivocado era preciso que ela fosse iluminada pela fé, pela luz divina. Assim ele faz uma crítica severa aos filósofos clássicos, a exemplo de Platão e Aristóteles, que usavam somente a razão para desenvolver seu pensamento. Observa-se aí uma brusca subordinação da razão à fé, como pedia a patrística.

Agostinho retoma certas características da filosofia platônica e ao mesmo tempo a critica em outros aspectos. Ela traz à tona de volta a dicotomia entre os dois mundos platônicos, como fica claro na seguinte citação:

A minha adolescência má e nefasta já tinha morrido. De caminho para a juventude, quanto mais crescia em anos, tanto mais vergonhoso me tornava com a minha vaidade, a ponto de não poder imaginar outra substância além da que os nossos olhos constantemente veem. Desde que comecei a ouvir as lições de sabedoria, não Vos supunha, ó meu Deus, sob a figura de corpo humano, pois sempre fugi deste errado juízo, e me alegrava de encontra essa verdadeira doutrina na fé da nossa mãe espiritual, a vossa Igreja Católica. (AGOSTINHO. 1999, p. 171)

Dessa forma a herança platônica recai em que o mundo sensível seria aquele em que não se aceitaria Deus como Pai e criador, em que boa parte das pessoas se encontrava num ambiente de aparências, de luxúria e profanação. Já o mundo das ideias seria aquele em que as pessoas viveriam segundo a lei divina, aceitando os ensinamentos bíblicos. O bispo de Hipona mostra que já esteve no primeiro mundo, mas aceitou a iluminação divina e passou a viver no segundo mundo. Assim ele deixou sua razão guiar-se pela fé.

A crítica ao filósofo grego aparece justamente pelo fato de ele ter usado somente a razão, desvinculada da fé para desenvolver seu raciocínio.

Uma prova da sobreposição da razão à fé é a busca da causa do mal que Agostinho empreende em sua filosofia. O mal foi uma das questões mais inquietantes para a filosofia cristã e, para Agostinho, não foi diferente. Primeiro ele busca ser iluminado pela fé, partindo de pontos inegáveis segundo as Sagradas Escrituras, ao desprezar a visão maniqueísta, de que existiria uma substância própria para o mal, concluindo que há uma única substância para todas as coisas: “pois era formado por uma só e mesma substância que a alma” (AGOSTINHO. 1999 p. 174). Depois ele constata que Deus é bom, incorruptível e, criador de todas as coisas visíveis e invisíveis, assim todas essas coisas teriam uma essência boa.

Então se Deus é tão bom e incorruptível e se todas as coisas foram criadas por Ele, de onde vem o mal? Como uma criatura tão perfeita poderia criar algo imperfeito? Após ele se certificar de todos esses pressupostos formulados através da fé, ele começa a investigar racionalmente a origem do mal. Após sucessivas tentativas de pensamento ele finalmente chega a uma resposta:

Procurei o que era maldade e não encontrei uma substância, mas sim uma perversão da vontade desviada da substância suprema – de Vós, ó Deus – e tendendo para as coisas baixas: vontade que derrama as suas entranhas e se levanta em sua intumescência. (AGOSTINHO. 1999, p. 190)

Dessa forma, não existiria uma substância própria para a maldade e, muito menos foi criada por Deus. Assim, Deus cria todas as coisas com uma essência boa, mas se essa essência for desviada, sua vontade for suprimida, aí surgirá o mal. Aparece nessa definição também um elemento fundamental da filosofia agostiniana: o livre-arbítrio das pessoas que as permitirá escolherem o caminho que quiserem e, conseqüentemente, podendo levar ao surgimento do mal, caso se desviem do caminho indicado por Deus.

4.2 A ESCOLÁSTICA

A escolástica vai ser a corrente dominante durante praticamente toda Baixa Idade Média. Ela surge num momento bastante conturbado para o cristianismo, tendo em vista as mudanças que o período vinha apresentando. A razão vinha buscar sua autonomia da fé, desejando se libertar das amarras do catolicismo, para desenvolver um raciocínio mais crítico. Esse processo ganhava força com a expansão das principais universidades pela Europa, como por exemplo, Oxford, Cambridge, Salamanca. Isso acabou abrindo espaço para que surgisse, posteriormente, o Renascimento, a Reforma Protestante, o Iluminismo e, mais tarde, as revoluções burguesas.

É nesse contexto que surge essa corrente filosófica. A escolástica também tinha como ponto central sobrepor a fé à razão, em que esta continuava como uma serva da

teologia. Mas de forma que a razão iria para um patamar um pouco mais alto do que na patrística, mas ainda continuava abaixo da fé. Era uma tentativa de reaver os valores cristãos que vinham sendo tão contestados e criticados.

4.2.2 SÃO TOMÁS DE AQUINO

Aquino foi o representante mais notável da escolástica, conseguindo sintetizar bem as propostas dessa corrente filosófica. Ele possui um pensamento muito mais maduro que Santo Agostinho, devido às dificuldades que o cristianismo enfrentava no período em que se encontrava. Assim, ele não sobrepõe a fé sobre a razão de forma tão brusca quanto o bispo de Hipona.

Ele retoma a metafísica aristotélica, quando reconhece, por exemplo, que o conhecimento começa pelo contato com as coisas concretas, passa pelos sentidos internos até a apreensão de formas abstratas. Mesmo Aristóteles sendo bastante contestado, Tomás de Aquino faz uso da teoria do filósofo grego, tornando-o influente na educação dos jovens por muitos anos.

Mas a escolástica, apesar dos grandes esforços empreendidos, não teve vida longa, visto as novas aspirações que surgiram na Modernidade, nos campos da ciência e da filosofia, principalmente, a exemplo de Galileu e Descartes que precisavam romper com o saber intransigente cristão para desenvolver suas teorias. Mesmo assim, a escolástica conseguiu deixar uma contribuição para o pensamento filosófico-cristão, principalmente no que diz respeito à conciliação entre fé e razão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, os filósofos cristãos encararam o problema e conseguiram conciliar fé e razão, conforme mandam as Sagradas Escrituras. Mesmo que em graus diferentes, havia um consenso de que a razão estaria num degrau inferior que a fé, servindo muito mais como uma serva para a construção do pensamento cristão. Assim a fé deveria orientar e conduzir a razão na busca do conhecimento e das respostas desejadas, prevenindo o filósofo de muitos erros caso usasse a razão pura para a busca do conhecimento, como fizeram os filósofos gregos.

A conciliação entre fé e razão aparece desde a própria definição acerca da filosofia cristã, perpassando pela influência encontrada no texto da própria Bíblia, principalmente exposta por João e Paulo, até chegar às correntes filosófico-cristãs mais influentes do medievo, sendo trabalhada por filósofos importantes como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho.

O fato é que apesar de todas as dificuldades encontradas, seja pela influência da filosofia clássica, seja pela difusão do raciocínio lógico e crítico no final do Medievo, a filosofia cristã obteve glorioso êxito ao se lançar na questão da conciliação entre esses dois elementos aparentemente inconciliáveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. Trad. J. Oliveira Santos e A. Ambrosio de Pina. São Paulo: Abril Cultural, 1999.

BOEHNER, Philotheus & GILSON, Etienne. **História da filosofia cristã**. Trad. Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 2004.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda & MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: Introdução à Filosofia**. São Paulo: Editora Moderna, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. & ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

A IMPORTÂNCIA DA ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO SOCIAL DOS ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO BRASIL

HUDSON BARROS DOS SANTOS:
graduando em Direito pela Faculdade de
Ciência Jurídicas de Paraíso do Tocantins.

LUCIANA VENTURA

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como tema a importância da acessibilidade e inclusão social dos estudantes com deficiência física no Brasil, com foco nas tecnologias assistivas. O objetivo da pesquisa foi de demonstrar a necessidade do cumprimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência como forma de inserção desta pessoa de forma plena na sociedade através de políticas públicas. Para realização do trabalho foi utilizado o método dedutivo, com metodologia de pesquisa de revisão bibliográfica, com intuito de responder o problema motor da pesquisa “De acordo com a normativa existente para as pessoas com deficiência há obrigatoriedade de elaboração de políticas públicas para fornecimento de tecnologias assistivas?”. Assim foi possível verificar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência contempla a tecnologia assistiva como um dos meios de suprir as deficiências e deve ser cumprido nesse requisito, todavia sendo necessário também a implementação de políticas públicas voltadas para essas pessoas pois a lei sem ação não tem eficácia em seu cumprimento.

Palavras-chave: Acessibilidade. Inclusão Social. Tecnologia assistiva. Política pública. Estatuto da Pessoa com Deficiência.

ABSTRACT: The present work has as its theme the importance of accessibility and social inclusion of students with physical disabilities in Brazil, with a focus on assistive technologies. The objective of the research was to demonstrate the need to comply with the Statute of the Person with Disabilities as a way of inserting this person fully into society. In order to carry out the work, the deductive method was used, with a bibliographic review research methodology, in order to answer the search engine problem “According to the existing rules for people with disabilities, there is a need for the elaboration of public policies for the provision of technologies assistive?”. Thus it was possible to verify that the Statute of the Person with Disabilities contemplates assistive technology as one of the means of supplying the deficiencies and must be fulfilled in this requirement, however it is also necessary to implement public policies aimed at these people because the law without action has effectiveness in its fulfillment.

Keywords: Accessibility. Social inclusion. Assistive technology. Public policy. Statute of the disabled person.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado tem como assunto os direitos das pessoas com deficiência no Brasil, o que acabou gerando o título da obra "A IMPORTÂNCIA DA ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO SOCIAL DOS ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA FÍSICA NO BRASIL". A delimitação do tema foi voltada para a aplicação de políticas públicas para o fornecimento de tecnologias assistivas a esses estudantes, o que também beneficia as demais pessoas com deficiências.

Os deficientes físicos são aqueles indivíduos que apresentam alterações musculares, ortopédicas, articulares ou neurológicas, podendo apresentar diversos comprometimentos: dos membros superiores; dos membros inferiores; e da vitalidade, que resulta em menor rendimento no trabalho escolar, em virtude da falta acentuada ou temporária de vigor e agilidade (BRASIL, 2006).

Nesse sentido, da análise das leis brasileiras para pessoas com deficiências é que surgiu o problema a ser enfrentado através da pesquisa "De acordo com a normativa existente para as pessoas com deficiência há obrigatoriedade de elaboração de políticas públicas para fornecimento de tecnologias assistivas?"

Para a resposta desse problema foram visualizadas a hipóteses negativa e positiva, que poderiam resultar na resposta final. Negativamente não haveria necessidade de elaboração de políticas públicas para as pessoas com deficiência tendo em vista que a legislação existente já contempla os direitos necessários, e, positivamente haveria necessidade da elaboração de políticas públicas para as pessoas com deficiência pois a lei precisa de meios para ser aplicada e cumprir o papel a que se presta.

O objetivo geral do trabalho é o de demonstrar a necessidade do cumprimento do Estatuto da Pessoa com Deficiência como forma de inserção desta pessoa de forma plena na sociedade através de políticas públicas. Tudo passa a ser uma complementação para se concretizar o intuito das normas voltadas à pessoas com deficiência. Como objetivos específicos tem-se: expor as normativas pertinentes aos deficientes, abordar a evolução dos direitos de acessibilidade e inclusão, comprovar a necessidade de políticas públicas voltadas a estudantes, pessoas em geral para obtenção de tecnologias assistivas.

As linhas teóricas seguidas foram várias, podendo ser citado alguns doutrinadores.

Nogueira, Oliveira e Sá (2009, p. 16) destacam que a Convenção sobre os Direitos dos indivíduos com Deficiência prevê adoção de medidas pelos signatários para garantir que:

As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório, sob alegação de deficiência; as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino fundamental inclusivo, de qualidade e gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem (NOGUEIRA, OLIVEIRA; SÁ, 2009, p. 16).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) define em seu art. 3º, inciso I, acessibilidade configura-se como:

Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2015).

Equivale estabelecer acessibilidade, porque barreiras são, consoante prevê a Lei nº 13.146/2015, ainda em seu art. 3º, inciso IV:

Qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança (BRASIL, 2015).

Assim, para elaboração do trabalho, o método de abordagem teórica utilizado foi o dedutivo. Considera-se partir de teorias e concepções gerais na utilização de conceitos doutrinários, e, fundamentalmente, de compreensão jurisprudencial quanto o direito das pessoas com deficiência e a importância da implementação de políticas públicas para efetivação desses direitos.

2 PANORAMA HISTÓRICO SOBRE ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO

Os documentos históricos que existem sobre os deficientes mostram que sua existência vem dos tempos da pré-história. Coma (1992, p. 63 *apud* PEREIRA; SARAIVA, 2017)) demonstra que as doenças incapacitantes e as limitações corporais são mais antigas que a vida humana da forma que nos encontramos no desenvolvimento da espécie. Silva (1987 *apud* PEREIRA; SARAIVA, 2017) aborda em seu estudo uma obra chamada “A Epopéia” o fato de existir um sistema de crenças e até mesmo símbolos que envolviam deficientes, como fora encontrado em desenhos do período paleolítico Superior (datados de 40.000 anos a.C.).

As primeiras informações que tenham relatado sobre pessoas com deficiência vieram da idade média, e no mesmo período aconteceram várias matanças, buscas desenfreadas e crueldades com PcD’s. Neste tempo, na Grécia antiga, havia um culto aos corpos perfeitos tanto para mulheres quanto homens, assim, além de fisicamente perfeitas, saudáveis, deveriam ser fortes projetando os deuses e deusas, iguais ao aspecto de guerreiro. (ROSA, 2018).

O livro “O Martelo das Bruxas” é editado no século XV como um manual de caça aos que cultuavam deuses estranhos e realizavam práticas de bruxaria mandando todos para a fogueira. Da mesma forma a inquisição fez com as pessoas com deficiência, seja qual fosse. (PEREIRA; SARAIVA, 2017)

De acordo com Goffman:

para os gregos, o estigma surgiu para diferenciar e caracterizar as pessoas que cometiam algo de extraordinário, ou de mal, no grupo em que viviam. Porém, para diferenciar o estigmatizado das pessoas comuns, eram feitos sinais com cortes no corpo e avisavam que aquele indivíduo era um escravo, um criminoso ou traidor, uma pessoa marcada, ritualmente poluída, que devia ser evitada, especialmente em lugares públicos. Assim, o estigmatizado era visto como um ser incomum na sociedade grega, aquele sujeito que transgredia as normas sociais. Com o Cristianismo, dois níveis de metáforas foram acrescentados ao termo; a saber: sinais corporais de graça divina e sinais corporais de distúrbio físico. (...) as marcas, corporificadas ou não, do sujeito transmitem uma informação social. De modo geral, as pessoas com “deficiência” são pessoas desacreditadas, isto é, elas possuem, na maioria das vezes, estigmas que provocam, de imediato, uma aversão entre a identidade social real e a identidade social virtual. A primeira implica na categoria e nos atributos que são características particulares da pessoa; ao passo que a segunda refere-se às cobranças e ao caráter de normalidade

que a sociedade confere ao ser humano (GOFFMAN, 2013, *apud* CARVALHO, 2017).

A ONU, em 03 de dezembro de 1982, deu aval ao Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes através da Resolução 37/52, que instituiu uma igualdade nas oportunidades, buscando proporcionar a todos a entrega de um conjunto de atos de forma geral para a sociedade – através de meio cultural e físico, a moradia, a locomoção, os serviços sociais e os voltados para a saúde, as chances de educação e de labor, a vida sociocultural, incluindo as áreas para prática de esportes e para lazer. Após, nos anos de 1983 a 1991, a Assembleia Geral da ONU, por via da Resolução supramencionada, editou a *United Nations Decade of Disabled Persons*. Na sequência, em 1990, foi aprovada a *Americans with Disabilities Act – ADA* (Lei dos Deficientes nos Estados Unidos da América) tendo vigência em 1992. Já na Inglaterra, os direitos dos PcDs foram instituídos em 1995. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 1999, s/p), (COSTA, 2008, p. 26).

Com a Constituição Federal de 1988 o Brasil passou a cuidar de todas as pessoas em condições de igualdade, assegurando assim, o direito do cidadão com deficiência. Tendo o princípio da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal. (BRASIL, 1998)

O princípio da integração do ser humano com deficiência, na sociedade brasileira, se estabelece, principalmente, na Constituição de 1988, por meio da busca pela igualdade, à qual se soma responsabilidades públicas, como se pode verificar no Art. 23: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

2.1 INCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO EDUCACIONAL

Ao discursar sobre as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica Paulo Renato Souza, então Ministro da Educação, ressaltou:

Em todo o mundo, durante muito tempo o diferente foi colocado à margem da educação: o aluno com deficiência, particularmente, era atendido apenas em separado ou então simplesmente excluído do processo educativo, com base em padrões de normalidade; a educação especial, quando existente, também mantinha-se apartada com relação à organização e provisão de serviços educacionais (BRASIL, 2001, p.5, *apud* PITTA, 2007).

Realizando o ressaltar das concepções existentes historicamente – a contar da época do Brasil Colônia até o começo do século XXI – nas recomendações das formas de realizar exercidas no seio da educação formal das Pcds:

A – As que se centram principalmente na manifestação orgânica da deficiência, procurando meios de possibilitar-lhe a vida. Consideram preponderantemente um lado da questão, tentando a capacitação da pessoa para a vida na sociedade. Denomino-as: A1) Médicopedagógica e A2) Psicopedagógica.

B – As que procuram estabelecer conexão entre a deficiência e o contexto em que ela se situa, enfatizando o outro lado do problema: B1) a que coloca acento principal no contexto e a educação passa a ser preparação para ele – Economia da Educação ou Teoria do Capital Humano; B2) as que se centram principalmente na educação como a redentora, a única responsável pela transformação contextual. B2.1) Integração e B2.2) Inclusão.

C – A que procura considerar os dois lados da questão: a complexidade do indivíduo num momento histórico específico. Pensa a educação como momento intermediário, como mediação, condicionada pelo contexto socioeconômico-político-cultural, mas com autonomia relativa capaz de atuar na transformação desse contexto. (JANNUZZI, 2004)

Martins (2003) A inclusão ocorre como um desafio para as pessoas necessitadas de educação especial tais como o deficiente mental, chega a ter oportunidades que se adequem a pessoas com deficiências mentais, para que não os excluam da sociedade. A inclusão social vem para que todos sejam aceitos, principalmente dentro das escolas e até mesmo o mundo social. No entanto, as escolas têm que estar aptas para os alunos especiais em geral, sem que haja divergência e exclusão delas.

Nogueira, Oliveira e Sá (2009, p. 16) destacam que a Convenção sobre os Direitos dos indivíduos com Deficiência prevê adoção de medidas pelos signatários para garantir que:

As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino fundamental gratuito e compulsório, sob alegação de deficiência; as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino fundamental inclusivo, de qualidade e

gratuito, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem (NOGUEIRA, OLIVEIRA; SÁ, 2009, p. 16).

O MEC no ano de 2007 instituiu o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), com suporte da Agenda Social de Inclusão das Pessoas com Deficiência. Foram destacados no PDE: construções escolares contendo acessibilidade na sua parte arquitetônica, a inserção de salas de recursos e a especialização de professores para o recebimento de alunos da educação especial. O mencionado arquivo há uma confirmação da visão como um sistema que deve haver na Educação buscando ultrapassar a dicotomia existente entre a Educação Regular e Educação Especial (NOGUEIRA, OLIVEIRA; SÁ, 2009).

2.2 ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO CONTEXTO EDUCACIONAL

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) define em seu art. 3º, inciso I, acessibilidade configura-se como:

Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2015).

Como ponto a ser abordado ainda quanto a acessibilidade, tem-se a leitura da Lei nº 13.146/2015, no art. 3º, inciso IV:

Qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança (BRASIL, 2015).

Pode ser considerado um ambiente organizado, que possa acolher as diferenças, é aquele que inclui e oportuniza o acesso para uma integração absoluta, observando não somente o viés funcional, mas também o psicológico, enquanto ocorrem atividades diárias feitas por todas as pessoas, pois a acessibilidade se consolida sendo um rompimento de paradigmas, de uma visão puramente adaptacionista dos PcDs para uma visão de direito

e funcionalidade. Tal pacto de realizar a acessibilidade reconstrói, pois, a própria definição de deficiência (CARVALHO, 2017).

2.3 ACESSIBILIDADE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Kappler e Konrad (2016, p. 8) reforçam que o princípio da dignidade da pessoa humana é um caminho que leva ao agregamento de direitos e garantias instituídos na CF/88 voltados ao ser humano, onde o legislador constitucional deixou nítido seu intuito de “outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional”. Nesse sentido é possível coligar o princípio constitucional com a prioridade ao espaço de integridade moral do portador de deficiência, e nas palavras de Bulos (2009) mencionado pelas autoras tem-se que “é uma vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão”. Esse doutrinador traz uma visão histórica do princípio, ao elenca:

A dignidade humana reflete um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem pois seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos meta individuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais (BULOS, 2009, p. 392, *apud* KAPPLER; KONRAD, 2016).

A deficiência está inserida e impactada na contextualização de acessibilidade, isso ocorre por um déficit que integra no conceito de deficiência, diz respeito a convenção internacional sobre o direito do cidadão com deficiência da ONU (2006). A sociedade tem a responsabilidade de reconstruir e realocar todo tipo adaptações para deficientes no geral. (LEITE; FERRAZ, 2016)

Acessibilidade tem que ter o seu espaço de construção, criação dos seus próprios serviços e produtos, nos quais venha permitir que as pessoas com ou sem deficiência vem a exercer o seu papel com autonomia e liberdade (SASSAKI, 2005). Há uma imposição e tem como direito de garantir os demais direitos sejam feitos, sem barreiras, para que não tenha discriminação por parte das pessoas deficientes.

Santos esclarece que:

A acessibilidade, além de tudo, é um direito essencial da pessoa com deficiência, direito de viver dignamente, da forma mais independente possível. As pessoas não são iguais, não reconhecer esse fato acaba enfatizando ainda mais as desigualdades, por isso devemos

reconhecer e dar tratamento diferenciado, proporcional a cada incapacidade de acordo com a proporção de cada um (SANTOS, 2003, p. 78).

O cidadão em geral tem direito de andar em lugar acessível, não se pode deixar só para os cidadãos com deficiência e sim é um exercício do direito humano e também da inclusão a pessoa com deficiência, mobilidade reduzida, idosos, gestantes e que necessita de alguma inclusão. (SILVA, 2018).

3.AS NORMATIVAS REFERENTES ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS

A terminologia mais pertinente é pessoa com deficiência (PcD) termo esse utilizado pela Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), sendo ratificada no Brasil através do Decreto Legislativo n. 186 de 09 de julho de 2008 conforme a Emenda Constitucional n° 45 de 2004, sendo promulgado através do Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009, revogando até então os termos utilizados anteriormente (BORTMAN et al., 2015).

Até o ano de 1978, o termo empregado para se referir às pessoas com deficiência era 'excepcional', posteriormente adotou-se a palavra deficiente. A expressão vigente na Constituição de 1988 é pessoa portadora de deficiência. Contudo, com fundamento da Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a expressão correta é pessoa com deficiência (PcD), no qual foi incorporada pelo Direito Interno e vigente (ARAUJO, 2011).

Para Sasaki (2013), nunca teve como alterar um termo correto para ser utilizado por épocas que são compatíveis e até mesmo valores vigentes na sociedade, portanto há uma evolução que chega a repercutir as relações dos cidadãos com deficiência, vamos apresentar quadros elaborados por Sasaki (2013), a mostrar resumidamente os termos utilizados no Brasil.

Quadro 1 - Pessoas portadoras de deficiência

ÉPOCA De 1988 até 1993.	TERMOS E SIGNIFICADOS	VALOR DA PESSOA
Alguns líderes de organizações de pessoas com deficiência	"Pessoas portadoras de deficiência". Termo que, utilizado somente em	O "portar uma deficiência" passou a ser um valor agregado à pessoa. A

<p>contestaram o termo "pessoa deficiente" alegando que ele sinaliza que a pessoa inteira é deficiente, o que era inaceitável para eles.</p>	<p>países de língua portuguesa, foi proposto para substituir o termo "pessoas deficientes".</p> <p>Pela lei do menor esforço, logo reduziram este termo para "portadores de deficiência".</p>	<p>deficiência passou a ser um detalhe da pessoa. O termo foi adotado nas Constituições federal e estaduais e em todas as leis e políticas pertinentes ao campo das deficiências. Conselhos, coordenadorias e associações passaram a incluir o termo em seus nomes formais.</p>
--	---	---

Fonte: Sasaki (2013).

O quadro 02 apresenta a terminologia utilizada na Constituição de 1988 do Brasil, Usada na constituição de 1988 do Brasil, neste período os líderes tinham argumentos que as pessoas deficientes não são "totalmente eficientes", nas quais visão a modificação do termo "pessoas deficientes" (GARCIA, 2010 apud PEREIRA; SARAIVA, 2017). Como diz Sasaki (2013), passando até o termo correto "portadores de deficiência" foi mais abrangente esta mudança.

Quadro 2 - Terminologia Atual "Pessoa com Deficiência"

<p>De 1990 até hoje e além.</p> <p>A década de 90 e a primeira década do século 21 e do Terceiro Milênio estão sendo marcadas por eventos mundiais, liderados por organizações de pessoas com deficiência.</p> <p>A relação de documentos produzidos nesses eventos</p>	<p>"Pessoas com deficiência"</p> <p>passa a ser o termo preferido por um número cada vez maior de adeptos, boa parte dos quais é constituída por pessoas com deficiência que, no maior evento ("Encontrão") das organizações de pessoas com deficiência, realizado no Recife em 2000, conclamaram o</p>	<p>Os valores agregados às pessoas com deficiência são:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) o do <u>empoderamento</u> [uso do poder pessoal para fazer escolhas, tomar decisões e assumir o controle da situação de cada um e 2) o da <u>responsabilidade de contribuir com seus talentos</u> para mudar a sociedade rumo à inclusão de todas as
--	--	---

pode ser vista no final deste artigo.	público a adotar este termo. Elas esclareceram que não são "portadoras de deficiência" e que não querem ser chamadas com tal nome.	pessoas, com ou sem deficiência.
---------------------------------------	--	----------------------------------

Fonte: Sassaki (2013).

Segundo Sassaki:

Os movimentos mundiais de pessoas com deficiência, incluindo os do Brasil, estão debatendo o nome pelo qual elas desejam ser chamadas. Mundialmente, já fecharam a questão: querem ser chamadas de "pessoas com deficiência" em todos os idiomas. E esse termo faz parte do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotado pela ONU em 13/12/06, ratificado, com equivalência de emenda constitucional, através do Decreto Legislativo n. 186, de 9/7/08, do Congresso Nacional; e foi promulgado através do Decreto n. 6.949, de 25/8/09" (SASSAKI, 2013, p. 05).

O termo considerado mais adequado é a "pessoa com deficiência", não tem como mudar a palavra decide e fazer com que se usa só a palavra "pessoa". Para Garcia (2010 *apud* PEREIRA; SARAIVA, 2017) as PcD não podem escolher a sua deficiência e muito menos suas limitações que conta da sua deficiência veio à tona, mesmo que a sociedade venha com frases "todos possuem uma deficiência" a mais clichê de todas, "todos somos iguais".

3.1 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Desde que deu início a humanidade teve a luta pelos direitos humanos (DH) (WILSON, 1997). O DH, vem por sua vez diversas violações no seu histórico causado pelo mundo a fora. Tosi e Ferreira (2014) chegam a fazer um picote dos DH mostrando o quê de pior aconteceu depois das duas guerras mundiais, na qual foi ocorrido o genocídio humano, alguns líderes políticos tiveram a ideia de criar a organização das nações unidas (ONU) foi criada no dia 26 de junho de 1945, teve por si, um objetivo atrelar que foi o da

paz entre nações e que venha a evitar nova guerra ou até mesmo massacre.

De acordo com as palavras de Flávia Piovesan:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2006, p. 13).

Organização das nações unidas (ONU) teve de seguir vários tratados, convenções e até mesmo pactos internacionais que vem a proteger o direito da pessoa até que englobe o cenário Mundial. Venha ser um divisor de processo internacional dos direitos humanos, nas quais foi declarado em 1948. (MAZZUOLI, 2010, p. 760)

Na qual houve isso, declaração universal dos direitos humanos de 1948. Vários instrumentos normativos são concedidos em vários Estados, isso quer dizer que tanto no âmbito internacional quando no regional, tem como objetivo proteger as normas dos direitos humanos e nas bases da dignidade da pessoa humana.

3.2 A DECLARAÇÃO DE SALAMANCA

O acontecimento que vem transformar o panorama da educação mundial fica a encargo da criação da Declaração de Salamanca em 1994, no município de Salamanca (Espanha), o qual foi elaborado para demonstrar as nações sua importância e a de criação de políticas públicas e políticas educacionais. Atendendo as pessoas de modo igual, não importando suas condições individuais dentro da sociedade, ou econômicas, ou socioculturais. (SANTOS, 2012).

Segundo a Declaração de Salamanca:

As escolas devem acolher todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras. Devem acolher crianças com deficiência e crianças bem-dotadas; crianças que vivem nas ruas e que trabalham; crianças de populações distantes ou nômades; crianças de minorias linguísticas, étnicas ou culturais e crianças de outros grupos ou zonas

desfavorecidas ou marginalizadas (DECLARAÇÃO DE SALAMANCA, 1994).

Assim, observa-se que a Declaração de Salamanca iguala os direitos de todas as pessoas no que se menciona à educação de qualidade.

3.3 A DECLARAÇÃO DA GUATEMALA

A Declaração da Guatemala foi aprovada pelo Conselho Permanente na sessão realizada em 26 de maio de 1999, na Guatemala, conforme consta no próprio texto dessa. (BRASIL, 2001)

No Artigo I, inciso 1, da convenção é possível encontrar o termo "deficiência" que:

O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. (BRASIL, 2001)

E de forma tão importante quanto a definição de deficiência, vista acima, também é obter o conhecimento da expressão "Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência", conforme se pode verificar no Artigo I, inciso 2, da mencionada Convenção:

Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência

a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar

tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação. (BRASIL, 2001)

Pode ser demonstrado o histórico de validação da Convenção de Guatemala, no Brasil, ao realizar a leitura do Decreto Legislativo n. 198, de 2001 (CÂMARA, 2001), e do Decreto n. 3.956, de 08 de outubro República (BRASIL, 2001).

Portanto a Educação Especial no Brasil passou a ser um sistema a ser inserido em todos os níveis de ensino que visa a inserção da pessoa com deficiência nos atos da sociedade e a não discriminação dela.

3.4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA CONCERNENTE ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Em 1988 a Constituição Federal inseriu as garantias para os PcDs, coibindo a desigualdade de salários e de meios de contratação laboral, imputando como responsável para tal ato o Estado, ao também ser este o responsável pela oferta da saúde, a realização de assistência social e a propositura de atendimento no setor educacional especializado, também de assegurar a reserva de quantidades percentuais de cargos públicos. (SILVA, 2015).

Camila Menezes Souza Campelo analisa se é possível ter conhecimento de mais uma etapa da evolução legislativa em relação as PcDs, sendo:

A evolução da legislação é visível, refletindo os valores e paradigmas de cada época e mostrando a incrível evolução e mudança de mentalidade a respeito do tema. Entre as diversas leis criadas para salvaguardar as questões relacionadas à inserção das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, podem ser destacadas:

a) Lei n.º 7.405, de 12 de novembro de 1985 - Esta Lei torna obrigatória a colocação do símbolo internacional de acesso em todos os locais e serviços que permitam a sua utilização por pessoas com deficiência. Tratando-se de uma lei de acessibilidade;

b) Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989 - Lei de Política Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência, que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social. Foi a primeira lei editada após a Constituição Federal de 1988, que veio dispor sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social. Criou a

Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, que é o órgão de Assessoria da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, responsável pela gestão de políticas voltadas para integração das pessoas com deficiência, tendo como objetivo principal a defesa de direitos e o aumento da cidadania.

O art. 2º da Lei n.º 7.405, de 12 de novembro de 1985 assegura às pessoas com deficiência o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, os valores de igualdade, a justiça social e o respeito à dignidade da pessoa humana, afastando as discriminações e os preconceitos. (CAMPELO, 2016)

Assim, é possível compreender como a legislação brasileira atua em relação a inclusão das PcDs, num esforço de garantir a inclusão dessas na sociedade e mercado de trabalho.

3.5 A LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS (LIBRAS), LEI Nº 10.436/2002 E O DECRETO Nº 5.626/2005

De acordo com a Lei n. 10.436, de 24 de abril de 2002, entende-se por Língua Brasileira de Sinais:

Art. 1º É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais - Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema lingüístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema lingüístico de transmissão de idéias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil. (BRASIL, 2002)

Segundo os dizeres de Brito:

A linguagem através de sinais é uma língua independente, portanto, não é nem uma tradução da linguagem oral, e não se limita a uma imitação, ou seja, quando um sinal tem a tendência de ser usado e entendido por mais de uma pessoa, o sinal é formalizado e não mais um gesto natural, sem sentido. Dessa forma, admite então um

significado próprio e se torna um signo de linguagem. (Brito, 1995, p. 22, *apud* SOARES, 2005).

Durante a década de 60 Marchesi, (1995), ressalta estudos e pesquisas que fizeram com que existisse uma modificação significativa no ensino do surdo. Em compensação, educadores envolvidos com a educação especial nessa ocasião que tinham em seu ponto de vista o oralismo e que em sala de aula estendia como apoio na tentativa de comunicação e socialização desse aluno surdo que tinha resultados que não era insatisfatório, pois não tinha um plano suficiente e o estudante não tinha nenhuma desenvoltura na leitura e nem na escrita.

Em 2002, o MEC (Ministério da Educação) e a SEESP (Secretaria de Educação Especial), fundamentados na Constituição Brasileira de 1988 Amém oração mundial da educação e a declaração da Salamanca fez com que as diretrizes força estruturadas nacionalmente na educação especial e também na educação básica. O documento, já mostrava que educação seria inclusa por tanto, o documento que foi intitulado na política nacional de educação especial a inclusão, como podemos verificar os caminhos não foram fáceis para ser percorridos, houve várias mudanças, nas quais os objetivos do MEC e da SEESP, Foi hoje não só promover a inclusão de pessoas com deficiência quando as pessoas que têm transtornos globais no seu desenvolvimento. (BRASIL, 1996)

Posteriormente, adveio o Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que regulamentou esta lei que dispõe da Língua Brasileira de Sinais – Libras e à formação de profissionais para atuar na educação de pessoas com deficiência auditiva. (BRASIL, 2005)

A Lei 10.436/2002 e o Decreto n.º 5.626/05 foram essenciais para proporcionar e sustentar os direitos das PcDs surdas, principalmente no setor educacional, tendo ofertado ações do grupo em todo o Brasil no combate pela concretização dos dispositivos apresentados.

4 A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA FORNECIMENTO DE TECNOLOGIAS ASSISTIVAS AOS DEFICIENTES

As tecnologias assistivas existentes são divididas em várias formas algumas são para auxiliar na vida diária e prática, para recursos em computadores, notebooks, tablets entre outros eletrônicos, outros para comunicação por meio de gestos ou piscadas ou até mesmo por próteses, órteses e outros tipos. (BORGES, 2021). Tais itens podem ser fornecidos via políticas públicas governamentais para o público-alvo. De tal forma entender-se-á tais tecnologias e seus objetivos.

4.1 AS TECNOLOGIAS ASSISTIVAS

A tecnologia assistiva se dá pelo conjunto de recursos que possa ajudar portadores de deficiência limitações e habilidades funcionais, trazendo mais facilidade independência a sua vida, mostrando uma melhoria de qualidade e inclusão social através das tecnologias assistivas pois elas podem agir e ampliar a mobilidade ou até mesmo a comunicação dos mesmos (CONSONI, 2012).

Legislação nacional determina o Decreto 3.298 de 20 de dezembro de 1999, em seu art. 19, todos os produtos assistivos têm por fim:

Art. 19. Consideram-se ajudas técnicas, para os efeitos deste Decreto, os elementos que permitem compensar uma ou mais limitações funcionais motoras, sensoriais ou mentais da pessoa portadora de deficiência, com o objetivo de permitir-lhe superar as barreiras da comunicação e da mobilidade e de possibilitar sua plena inclusão social.

Parágrafo único. São ajudas técnicas:

I - próteses auditivas, visuais e físicas;

II - órteses que favoreçam a adequação funcional;

III - equipamentos e elementos necessários à terapia e reabilitação da pessoa portadora de deficiência;

IV - equipamentos, maquinarias e utensílios de trabalho especialmente desenhados ou adaptados para uso por pessoa portadora de deficiência;

V - elementos de mobilidade, cuidado e higiene pessoal necessários para facilitar a autonomia e a segurança da pessoa portadora de deficiência;

VI - elementos especiais para facilitar a comunicação, a informação e a sinalização para pessoa portadora de deficiência;

VII - equipamentos e material pedagógico especial para educação, capacitação e recreação da pessoa portadora de deficiência;

VIII - adaptações ambientais e outras que garantam o acesso, a melhoria funcional e a autonomia pessoal; e

IX - bolsas coletoras para os portadores de ostomia. (BRASIL, 1999).

Tecnologia assistiva foi utilizada para identificar todos os recursos que contribuem para ampliar as habilidades de pessoas deficientes e também promover uma vida independente inclusiva, essa tecnologia foi criada em 1988. Um relato do histórico, definição e legislação que baseiam a tecnologia assistiva no Brasil pode ser mais bem absorvido nas palavras de Mara Lúcia Sartoretto e Rita Bersch:

No Brasil, o Comitê de Ajudas Técnicas - CAT, instituído pela PORTARIA Nº 142, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2006 propõe o seguinte conceito para a tecnologia assistiva: "Tecnologia Assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social" (ATA VII - Comitê de Ajudas Técnicas (CAT) - Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) - Secretaria Especial dos Direitos Humanos - Presidência da República).

O termo Assistive Technology, traduzido no Brasil como Tecnologia Assistiva, foi criado em 1988 como importante elemento jurídico dentro da legislação norte-americana conhecida como Public Law 100-407 e foi renovado em 1998 como Assistive Technology Act de 1998 (P.L. 105-394, S.2432). Compõe, com outras leis, o ADA - American with Disabilities Act, que regula os direitos dos cidadãos com deficiência nos EUA, além de prover a base legal dos fundos públicos para compra dos recursos que estes necessitam. (SARTORETTO; BERSCH, 2021)

Também há que se falar na Lei Brasileira de Inclusão, n. 13.146 de julho de 2015, que traz em seu bojo a definição de tecnologia assistiva:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

(...)

III - tecnologia assistiva ou ajuda técnica: produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade

reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social; (BRASIL, 2015)

Alguns tipos de recursos são adaptados perante a deficiência contida no laudo médico para a utilização da tecnologia, os tipos de serviços são oferecidos por profissionais de qualidade sendo experimentado treinado e avaliado por pessoas qualificadas no ramo. (SARTORETTO; BERSCH, 2021)

A tecnologia educacional para um cego não poderá ser a mesma para um surdo e vice-versa, e para um autista os mesmos meios não são apropriados para o uma pessoa portadora da Síndrome de Down. Muitas pessoas não acreditam que um portador de deficiência não possa superar seus limites, frequentar qualquer tipo de ambiente, fazer atividades e entre outras coisas, com o passar o tempo as coisas vão se adequando para que os mesmo venham a participar da vida mundana frequentemente, sem que haja interrupções ou até mesmo preconceitos, mas para isso acontecer foi feito um estudo muito aprofundado e otimizado com ferramentas de melhoria para que todos os deficientes encaixem em seus devidos padrões nos quais são práticos e teóricos, isso faz com que haja união de vários fatores *versatius*. (BORGES, 2021).

No decorrer do tempo, vários órgãos brasileiros passaram a trabalhar para trazer recursos da tecnologia assistiva tanto para saúde, educação e entre outros, esse tempo veio a modificar em 2008 está presente até hoje nos setores sociais.

Alguns exemplos de tecnologia assistiva: "rampas de acesso a calçadas e prédios, andadores, lupas manuais ou eletrônicos, softwares ampliadores de tela, aparelho para surdez, avatares libras". (EDUCAMUNDO, 2018)

As pessoas que usufruem das tecnologias assistivas são categorizadas conforme suas necessidades sendo destacados níveis de necessidades, sejam: "cegos, surdos, deficientes físicos, deficientes múltiplos, com transtornos variados, entre outros que precisam de meios facilitadores para que possam exercer todas suas atividades" (EDUCAMUNDO, 2018). Mas também tem aqueles que precisam só de uma facilitação para as suas atividades quais são os auxílios gerais para a vida diária, como de comunicação alternativa, órteses e próteses, adequação de postura, auxílios de mobilidade e até mesmo para adaptação em veículos e assim por diante. (EDUCAMUNDO, 2018)

Dos recursos de Tecnologia Assistiva prontos para assegurar, ao cidadão portador de deficiência, iguais meios de oportunidades frente dos embates da vida, ressaltam-se as OPM (Órtese, Prótese e Meios auxiliares de locomoção). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Há PcDs que necessitem de recursos ou de serviços adaptados. Em suma os recursos são produtos ou bens adaptados, já os serviços são conceituados como os que ajudam de forma direta a PcD a escolher, adquirir ou utilizar os recursos já mencionados neste tópico. (RODRIGUES, 2019).

A pergunta a ser realizada é quais são os Recursos em Tecnologia Assistiva? Conforme mencionado e agora acrescentado, eles variam de um simples modelo de bengala a um complexo sistema de fonte computadorizada. (RODRIGUES, 2019). Entram na lista:

(...) os brinquedos e roupas adaptadas, computadores, softwares e hardwares especiais, que contemplam questões de acessibilidade, dispositivos para adequação da postura sentada, recursos para mobilidade manual e elétrica, equipamentos de comunicação alternativa, chaves e acionadores especiais, aparelhos de escuta assistida, auxílios visuais, materiais protéticos e milhares de outros itens confeccionados ou disponíveis comercialmente. (RODRIGUES, 2019)

Também é possível exemplificar os Serviços em Tecnologia Assistiva como aqueles realizados profissionalmente para as pessoas com deficiência objetivando selecionar, obter ou utilizar um equipamento de tecnologia assistiva. Por exemplo, são mencionadas as avaliações, experimentações e treinamentos de inovações tecnológicas e equipamentos. (RODRIGUES, 2019).

Os serviços de tecnologia assistiva estão envoltos geralmente em cadeias transdisciplinares abraçando profissionais de várias áreas, como por exemplo “Fisioterapia, Terapia ocupacional, Fonoaudiologia, Educação, Psicologia, Enfermagem, Medicina, Engenharia, Arquitetura, Design, Técnicos de muitas outras especialidades” (RODRIGUES, 2019).

Vê-se que é imprescindível para uma efetiva melhor qualidade de vida a introdução de tecnologias assistivas para deficientes e por isso o próximo tópico abordará sobre as políticas públicas para eles.

4.2 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA DEFICIENTES

O Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que consolida a proteção dos direitos elencados na Lei Federal 7.853, de 24 de novembro de 1989, reforça a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora nos seguintes artigos:

Art. 7º, XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; **Art. 23, II** – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; **Art. 24, XIV** – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; **Art. 37, VII** – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão; **Art. 203, IV** - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei; **Art. 208. III** – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; **Art. 227, § 1º, II** – criação de programas de prevenção e atendimento especializado aos portadores de deficiência física, sensorial e mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos; **Art. 227, § 2º** - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros, dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência; **Art. 244** – A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transportes coletivos atualmente existentes, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto nos art. 227, § 2º. (BRASIL, 1989)

Reforçando o Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015) prevê em seu corpo a efetivação de políticas públicas para as pessoas com deficiência no modo de tecnologias assistivas, conforme consta do art. 74:

Art. 74. É garantido à pessoa com deficiência acesso a produtos, recursos, estratégias, práticas, processos, métodos e serviços de tecnologia assistiva que maximizem sua autonomia, mobilidade pessoal e qualidade de vida. (BRASIL, 2015)

Artigo 75 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que foi regulamentado pelo Decreto nº 10.645, de 11 de março de 2021, em específico, aborda as diretrizes que devem ser inseridas quando da elaboração de política pública para esse público, ou seja, com quais especificidades há probabilidades de criação de tais políticas:

Art. 75. O poder público desenvolverá plano específico de medidas, a ser renovado em cada período de 4 (quatro) anos, com a finalidade de: (Regulamento)

I - facilitar o acesso a crédito especializado, inclusive com oferta de linhas de crédito subsidiadas, específicas para aquisição de tecnologia assistiva;

II - agilizar, simplificar e priorizar procedimentos de importação de tecnologia assistiva, especialmente as questões atinentes a procedimentos alfandegários e sanitários;

III - criar mecanismos de fomento à pesquisa e à produção nacional de tecnologia assistiva, inclusive por meio de concessão de linhas de crédito subsidiado e de parcerias com institutos de pesquisa oficiais;

IV - eliminar ou reduzir a tributação da cadeia produtiva e de importação de tecnologia assistiva;

V - facilitar e agilizar o processo de inclusão de novos recursos de tecnologia assistiva no rol de produtos distribuídos no âmbito do SUS e por outros órgãos governamentais.

Parágrafo único. Para fazer cumprir o disposto neste artigo, os procedimentos constantes do plano específico de medidas deverão ser avaliados, pelo menos, a cada 2 (dois) anos. (BRASIL, 2015)

Para reforçar o que o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Decreto n. 10.645/2021 determinam, o Brasil apresenta uma coletânea de dados levantados pelo Ministério da Cidadania do ano de 2020, intitulado "Proteção e Promoção Social de Pessoas com Deficiência no Brasil: uma abordagem a partir de indicadores sociais e relatos de caso", que contém também resultados de aplicações de políticas públicas para pessoas com deficiências. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

Nos dados do trabalho do Ministério da Cidadania são levantados os seguintes questionamentos:

Qual é o perfil das pessoas de baixa renda com deficiência que vivem no Brasil? Recebem proteção social quando precisam? Quais políticas sociais acessam? Como as pessoas com deficiência se inserem no mercado de trabalho? Qual é o papel da Lei de Cotas neste processo? Que outros incentivos existem para inclusão social destas pessoas? Qual é o perfil dos trabalhadores que possuem algum tipo de deficiência? (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020)

Para responder as questões suscitadas a publicação as dividiu em 3 artigos, sendo que um deles aponta exatamente para as políticas públicas:

(...) algumas das **principais iniciativas de proteção social destinadas às pessoas com deficiência no país**. Os relatos de casos apresentados ilustram experiências de pessoas com deficiência que frequentam quatro tipos de unidades do SUAS – Sistema Único de Assistência Social: Centro de Referência de Assistência Social (CRAS), Residência Inclusiva, Centro-Dia e Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS). (**grifamos**). (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência buscou prover a inclusão social e a execução do direito a cidadania das pessoas com deficiência por vários modos: “saúde, educação, moradias inclusivas, qualificação profissional, atendimento prioritário, tecnologia assistiva, direitos reprodutivos, acessibilidade do transporte público, entre outros”. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

Assim, na esfera do SUAS, o Estatuto prescreve que:

(...) os serviços, programas, projetos e benefícios à pessoa com deficiência e sua família têm como objetivo a garantia de renda, da acolhida, da habilitação e da reabilitação, do desenvolvimento da autonomia e da convivência familiar e comunitária, para a promoção do acesso a direitos e da plena participação social. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

E como outra política pública realizada com base no Estatuto, há que se mencionar o direito ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), que determina e garante o pagamento mensal de 01 (um) salário mínimo a pessoas com 65 anos ou idade superior a essa, e indivíduos com deficiência seja qual for a idade que possuam impedimentos permanentes ou de longo prazo, sejam estes de natureza ‘física, mental, intelectual ou

sensorial, cujas famílias possuam renda per capita mensal inferior a ¼ de salário mínimo”. (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

4.3 EXEMPLOS DE PRESTAÇÃO DE TECNOLOGIA ASSISTIVA E ACESSIBILIDADE DETERMINADAS PELO JUDICIÁRIO

Nesse tópico serão apresentados dois exemplos de jurisprudência que trata, uma, do tema tecnologia assistiva, e a outra, de acessibilidade. A primeira jurisprudência a ser comentada é a ADI 5357, na sessão do Pleno, pelo Ministro Relator Edson Fachin, que segue abaixo a exibição de sua ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democráticos adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também os particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são danificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

(ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016). (BRASIL, 2016)

A Lei n. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 foi questionada em relação a sua constitucionalidade a partir do momento que confrontou os interesses da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEM), que propôs a demanda sob o aspecto de que os estudantes do ensino privado seriam prejudicados visto que ao obrigar as instituições privadas a realizarem melhorias assistivas ou gerais para deficientes, os custos seriam transferidos aos estudantes. (BRASIL, 2016).

Contudo, o STF decidiu pela constitucionalidade da mencionada Lei, indeferindo a ADI proposta pela CONEFEM, em maioria de votos. A decisão deixou mais robusto ainda o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já que não autoriza que seu teor em relação a educação possa ser questionado quanto a constitucionalidade da norma em qualquer um dos tribunais subordinados as decisões do STF. Somente o STF tem condições e competência para analisar suspeita de inconstitucionalidade da Lei, o que no presente caso, não se caracterizou. (BRASIL, 2016).

O STF se baseou no direito à igualdade demonstrando que esse é o requisito essencial duma sociedade democrática, e pelo viés de praticar o estímulo à diversidade. (BRASIL, 2016).

A segunda jurisprudência trazida a esse trabalho em relação aos direitos de acessibilidade das pessoas deficientes abraça uma análise de princípios constitucionais. A questão levantada na jurisprudência abaixo é sobre a intervenção do judiciário na atuação

do poder público, o que poderia se traduzir num ativismo judicial onde a separação de poderes poderia ser vista como ferida.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-AÇÃO CIVIL PÚBLICA-REALIZAÇÃO DE OBRA PARA GARANTIR A ACESSIBILIDADE DEFICIENTE FÍSICA AOS PRÉDIOS PÚBLICOS- PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - diante da controvérsia a respeito da atuação do poder judiciário em políticas públicas, impõe-se grande cautela dos jogadores no deferimento de medidas nessa Seara. - ponderação entre os princípios constitucionais: direito de acesso dos deficientes físicos e separação dos poderes. - universo da ponderação de princípios constitucionais não se importam possível falar em resposta correta ao caso concreto, mas sim, em soluções argumentativamente razoáveis e proporcionais, melhor atenda ao espírito de Constituinte Originário- Recurso desprovido (COMBAT, 2014).

(TJ-MG- AI: 10471130143772001 MG, Relator: Heloísa Combat, Data de julgamento: 24/04/2014, Câmaras Civeis/ 4º CÂMARA CÍVEL, Data de publicação 29/04/2014) (TJMG, 2014)

Assim, a ponderação de cada caso se faz necessária, conforme tratou a decisão supra. (TJMG, 2014).

Constituição Federal é utilizada como argumento do Ministério Público para que se resolva essa questão de acessibilidade, com base no artigo 127 e 129 da Carta Magna, a função da acessibilidade passa a ser função do ministério público juntamente com o Estado. (TJMG, 2014).

Em que pese as buscas de jurisprudências sobre o tema em sua grande maioria resultarem em decisões que abordam a separação dos poderes para não interferência do judiciário e do legislativo em matéria de competência exclusivamente administrativa, e assim indeferindo a maioria dos pedidos de implementação de tecnologia assistiva por parte do poder público, foi localizada a jurisprudência abaixo do TJMG que apresentou um caráter diferenciado na decisão quanto a tecnologias assistivas:

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - EDUCAÇÃO INCLUSIVA - ALUNO COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA E VISUAL - MÁQUINA DE TRANSCRIÇÃO EM BRAILLE - GARANTIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. 1- A Constituição Federal/88 garante a todos o direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho; 2- A educação é direito

da pessoa, que deve ser garantido ao longo da vida, visando seu desenvolvimento; 3- Para que a pessoa com deficiência alcance o máximo de desenvolvimento possível, cabe ao Poder Público implementar sistema educacional inclusivo, inclusive disponibilizando recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva.

(TJ-MG - AC: 10024143220549001 MG, Relator: Renato Dresch, Data de Julgamento: 28/02/2019, Data de Publicação: 12/03/2019)

Com intuito de proporcionar um desenvolvimento pleno para a pessoa com deficiência no máximo possível conquistado, o art. 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência apresenta uma competência ao Poder Público de trabalhar com um sistema educacional voltado para inclusão, propiciando oferta de serviços que derrubem e retirem as barreiras e realizem a inclusão total, de igual forma utilizando-se de meios para formar e disponibilizar professores que trabalhem com a recepção de alunos especializados. (TJMG, 2019).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, apesar das grandes dificuldades enfrentadas e do longo percurso que ainda devemos percorrer para proporcionar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos, não podemos deixar de relatar sobre o grande avanço que estamos vivendo no momento presente.

Acessibilidade aos Portadores de necessidades especiais é de suma importância, pois essa acessibilidade não poderá consistir em somente de ordem física, mas também priorize a sociabilidade e o convívio dentro do ambiente educacional, social e cultural.

Com isso o problema apresentado na pesquisa “De acordo com a normativa existente para as pessoas com deficiência há obrigatoriedade de elaboração de políticas públicas para fornecimento de tecnologias assistivas?” proporcionou a oportunidade da pesquisa das mais diferentes normas e decisões judiciais para se obter uma resposta afirmativa, pois, sim, há necessidade de formulação de políticas públicas para pessoas com deficiência, visto que é através das políticas públicas que a norma será concretizada, deixando de ser letra fria para que passe a existir no plano fático.

Assim preferiu-se dentro do tema afunilar o estudo com as possibilidades legais e decisões judiciais que abracem os estudantes e a utilização/fornecimento de tecnologias assistivas.

O correto é que sejam criadas as chamadas rotas acessíveis, além de ser assegurada a comunicação, o modo atitudinal e a tecnologia assistiva, elementos essenciais para assegurar os direitos, de forma autônoma e segura, para as pessoas que possuam alguma deficiência e idosos que também necessitam dessa acessibilidade.

Conclui-se que por objetivo de proteger os portadores de deficiência, sente-se esqueça a necessidade de se alcançar a liberdade. Para que todos vivam em igualdade com qualquer pessoa. Pois os direitos devem ser assegurados, para que todos que necessitam venham usufruir determinado padrão. Dito isso, é necessário uma mudança de visão e mentalidade com relação a pessoas com deficiente na sociedade.

As pessoas especiais não possuidoras de tecnologias assistivas tendem a ter mais dificuldades no seu aprendizado e acesso a educação, por isso para que haja o aprendizado mais eficaz é necessária a capacidade da comunicação e utilização das técnicas que sirvam para ajudar as pessoas que delas necessitam. Com isso portadores de necessidades conseguem fazer às realizações de atividades a diferenciação de atividades perante suas deficiências, sejam acadêmicas, laborais, sendo incluídas no meio social de forma plena.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, L. A. D. **A proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência.** CORDE, Brasília, n. 4, p. 148, 2011.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 9050: **Acessibilidade a Edificações, Mobiliário, Espaços e Equipamentos Urbanos.** Rio de Janeiro: ABNT, 2004.

BARCELLOS, A. P.; CAMPANTE, R. R. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: **Manual dos direitos da pessoa com deficiência.** Coordenadores: Carolina Valença Ferraz, George Salomão Leite, Glauber Salomão Leite e Glauco Salomão Leite. Editora Saraiva. 2012. São Paulo.

BORGES, José Antonio dos Santos; DIAS, Angélica Fonseca da Silva; OLIVEIRA, Juliana Coutinho. **Deficiências e Tecnologia Assistiva: Conceitos e aplicações.** In: SANTOS, Informática na Educação: autoria, linguagens, multiletramentos e inclusão. Porto Alegre: Sociedade Brasileira de Computação, 2021. (Série Informática na Educação CEIE-SBC, v.2) Disponível em: <https://ieducao.ceie-br.org/tecnologiaassistiva>. Acesso em: 22 mai. 2021.

BORTMAN, D.; BANDINI, M.; LOCATELLI, G.; REBELO, P. **A inclusão de Pessoas com Deficiência:** o papel de médicos do trabalho e outros profissionais de saúde e segurança. 2ª Edição. ed. Curitiba: ANAMT - Associação Nacional de Medicina do Trabalho, 2015.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **ADI 5357**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de ensino – CONFENEN - DF – Distrito Federal 0005187 – 75.2015.1.00.0000, Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 09/06/2016. Data de publicação: DJe – 240 11/11/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310709378&ext=.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. **A inclusão escolar de alunos com necessidades educacionais especiais - Deficiência Física**. Brasília, 2006.

BRASIL. **Conselho Nacional de Educação. Diretrizes nacionais para a educação especial na educação básica**. Brasília: CNE/CEB, 2001.

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/constituicao.htm. Acesso: 15 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004**. Regulamenta às Leis nº 10.048 de 8 de novembro de 2000 e nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 10.645, de 11 de março de 2021**. Regulamenta o art. 75 da Lei nº 13.146, de 6 julho de 2015, para dispor sobre as diretrizes, os objetivos e os eixos do Plano Nacional de Tecnologia Assistiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10645.htm#art1. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de Dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto n. 5.626, de 22 de Dezembro de 2005**. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18

da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. DF, 2005. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm. Acesso em: 22 set. 2021

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em 22 mai. 2021.

BRASIL. **Lei n. 7.853, de 24 de novembro de 1989**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 1989. Disponível em:
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20apoio%20%C3%A0s,P%C3%ABlico%2C%20define%20crimes%2C%20e%20d%C3%A1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20apoio%20%C3%A0s,P%C3%ABlico%2C%20define%20crimes%2C%20e%20d%C3%A1.). Acesso em 20/04/2020.

BRASIL. **Lei n. 9.394, DE 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. LDB. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 22 set. 2021.

BRITO L. F. **O discurso ideológico das Filosofias Educacionais para os surdos e sua língua de sinais**. In Boletim Geles, nº 4, ano 4. Revista do grupo Estudos Sobre Linguagem, Educação e Surdez. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto Legislativo n. 198, DE 2001**. Aprova o texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. 2001. Disponível em:
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2001/decretolegislativo-198-13-junho-2001-337086-convencao-1-pl.html>. Acesso em: 22 set. 2021.

CAMPELO, Camila Menezes Souza. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho**. 2016. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em:
http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/25838/1/2016_tcc_cmscampelo.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

CARVALHO, Edneia Maria de. **Acessibilidade e inclusão de alunos com deficiência física e/ou mobilidade reduzida: perspectivas de atuação da biblioteca escolar do colégio militar de Juíz de Fora**, 2017. 70f. Dissertação (Mestrado Profissional em Biblioteconomia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro – RJ, 2017. Disponível em: <http://www.unirio.br/ppgb/arquivo/edneia-maria-de-carvalho>. Acesso em: 20 set. 2021.

CARVALHO, R. E. **O processo de educação inclusiva: com os pingos nos “is”**. In. ENCONTRO DAS APAES DO PARANÁ (40: 2001). Apucarana-Pr. Org. Maria Amélia Almeida. Anais. Apucarana: Margraff, 2001, p. 35-52.

CECCIM, R. B. **Exclusão e alteridade: de uma nota de imprensa a uma nota sobre deficiência mental**. In: SKLIAR, C. (Org.) **Educação e Exclusão- Abordagens Sócio-Antropológicas em Educação Especial**. Porto Alegre: Mediação, 1997.

COHEN, R.; DUARTE, C R. **Segregação e Exclusão Sócio-Espacial: A Questão dos Portadores de necessidades especiais** - ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR: Modernidade, Exclusão e Espacialidade do Futuro, 1995, Brasília. In Anais do VI Encontro Nacional Da ANPUR. 1995.

COMA, J. M. R. **Medicinas primitivas, paleomedicina y paleopatología**. Munibe antropologia, n. 8, p. 63-79, 1992.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSONI, I. A. G. **A importância das tecnologias assistivas**. 2012. Disponível em: <<http://www.profala.com/artdef10.htm>>. Acesso em: 03 out. 2021.

COSTA, S. M. B. **Dignidade humana e pessoa com deficiência: aspectos legais e trabalhistas**. São Paulo: LTr. 2008.

DECLARAÇÃO DA GUATEMALA. **Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência**. Guatemala, 1999. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/guatemala.pdf>. Acesso em: 08 out. 2021.

DECLARAÇÃO DE SALAMANCA. **Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais**, 1994, Salamanca-Espanha. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em 05 out. 2021.

EDUCAMUNDO. **Tecnologia Assistiva: conceitos, recursos e cursos fundamentais.**

Educa Mundo. Indústria e Tecnologia. 16.05.2018. Disponível em:

<https://www.educamundo.com.br/blog/curso-online-tecnologia-assistiva>. Acesso em: 22 set. 2021.

JANNUZZI, Gilberta. **Algumas concepções de educação do deficiente.** Revista Brasileira de Ciência do Esporte. Campinas, v.25, n.3, p.9-25, maio 2004. Disponível em:

<http://www.oldarchive.rbceonline.org.br/index.php/RBCE/article/viewFile/235/237#:~:text=S%C3%A3o%20ressaltadas%20tr%C3%AAs%20mo%2D%20dos,passa%20a%20ser%20a%20redentora>. Acesso: 10 out. 2021.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. **Estudos dirigidos: Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 1999.

KANT, I. **A metafísica dos costumes.** Bauru, SP: Edipro, 2003.

KAPPLER, Camila Kuhn; KONRAD, Letícia Regina. **O princípio da dignidade da pessoa humana: considerações teóricas e implicações práticas.** XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Unisc. 2016. Disponível em:

<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14732/3572>. Acesso em: 10 out. 2021.

LEITE Glauber Salomão; FERRAZ, Carolina Valença. **A lei brasileira de inclusão e o direito à igualdade assegurado à pessoa com deficiência.** In: V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu – Uruguai. Direitos e Garantias Fundamentais II. 2016. Montevidéu. Anais [...] 2016 Disponível em:

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/v2zhni84/HkJeHwP8OoG15Hen.pdf>. Acesso em 07 out 2021.

MARCHESI, A. Comunicação, linguagem e pensamento das crianças surdas. In: C. COLL; J. PALACIOS; A. MARCHESI (org.): **Desenvolvimento psicológico educação: necessidades educativas especiais e aprendizagem escolar.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

MARTINS, J. S. **A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

MAZZONI, A. A. *et al.* **Aspectos que interferem na construção da acessibilidade em bibliotecas universitárias.** Revista Ciência da Informação [online]. 2001, v. 30, n. 2, p.29-34.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ª. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Proteção e Promoção Social de Pessoas com Deficiência no Brasil: uma abordagem a partir de indicadores sociais e relatos de caso**. Nº 4. Setembro/2020. Brasília/DF. Disponível em: https://www.gov.br/cidadania/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/ministerio-da-cidadania-lanca-obra-que-detalha-situacao-das-pessoas-com-deficiencia-no-brasil/20092020_relatos_casos.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde da Pessoa com Deficiência**. Assuntos. Saúde de A a Z. 24 de novembro de 2020. Brasília/DF. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z-1/s/saude-da-pessoa-com-deficiencia>. Acesso em: 22 set. 2021.

NOGUEIRA, M. L. L.; OLIVEIRA, E. S. G.; SÁ, M. S. M. M. **Legislação e Políticas Públicas em Educação Inclusiva**. 2ª ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde**. CID 10, São Paulo: EDUSP, 2001.

PEREIRA, Jaqueline Andrade; SARAIVA, Joseana Maria. **Trajетória Histórico Social Da População Deficiente**. SER Social; Vol 19, No 40. Jan. a jun. 2017. DF: Universidade de Brasília. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/14677/12981. Acesso em 17 out. 2021.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PITTA, Marina Ortega. Educação Especial: contextualização histórica. **Caderno Pedagógico - Inclusão Educacional: que caminhos estamos seguindo?**. PDE - Programa de Desenvolvimento Educacional. Secretaria do Estado de Educação. Londrina, 2007. Disponível em: http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/producoes_pde/md_marina_ortega_pitta.pdf. Acesso: 09 out. 2021.

PUPO, D.T.; MELO, A.M; FERRÉS, S.P. **Acessibilidade: discurso e prática no cotidiano das Bibliotecas**. Campinas: Universidade de Campinas/Laboratório de Acessibilidade, 2006.

RODRIGUES, David. **Questões preliminares sobre o desenvolvimento de políticas de Educação Inclusiva.** Artigo. 2008. Disponível na revista Inclusão: R. Educ. esp., Brasília, v. 4, n. 1, p. 33-40, jan./jun. 2008.

RODRIGUES, Leandro. **Tecnologia Assistiva: o que é e como usar na escola sem saber informática.** Instituto Itard. Cursos de Educação Especial. 30 de abril de 2019. Disponível em: <https://institutoitard.com.br/tecnologia-assistiva-o-que-e-e-como-usar-na-escola-sem-saber-informatica/>. Acesso em: 22 set. 2021.

ROSA, Â. C. **Educação inclusiva.** Obra coletiva organizada pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Editora Ibplex. 2018

SANTOS, (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Alex Reis dos; TELES, Margarida Maria. Declaração de Salamanca e Educação Inclusiva. In: 3º SIMPÓSIO EDUCAÇÃO E COMUNICAÇÃO INFOENCLUSÃO POSSIBILIDADE DE ENSINAR E APRENDER. Edição Internacional. 2012, em Aracaju/Sergipe. **Anais** [...]. Sergipe: Universidade Tiradentes, 2012. Disponível em: <http://geces.com.br/simposio/anais/anais-2012/Anais-077-087.pdf>. Acesso em: 17 out. 2021.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARTORETTO, Maria Lúcia; BERSCH, Rita. **O que é tecnologia assistiva?** Assistiva Tecnologia e Informação. Rio Grande do Sul: 2021. Disponível em: <https://www.assistiva.com.br/tassistiva.html>. Acesso em: 22 set. 2021.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Como Chamar as pessoas que têm deficiência?** Diversa Educação Inclusiva na Prática. Instituto Rodrigo Mendes. 2014. Disponível em: <https://diversa.org.br/artigos/como-chamar-pessoas-que-tem-deficiencia/>. Acesso: 18 set. 2021.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Atualizações semânticas na inclusão de pessoas: Deficiência mental ou intelectual? Doença ou transtorno mental?** Revista Nacional de Reabilitação, ano IX, n. 43, mar./abr. 2005, p. 9-10. Disponível em: <https://acessibilidadecultural.files.wordpress.com/2011/09/atualizac3a7c3b5es-semc3a2nticas-na-inclusc3a3o-de-pessoas-defic3aancia-mental-ou-intelectual-doenc3a7a-ou-transtorno-mental.pdf>. Acesso: 6 out. 2021.

SILVA, Lilian Rodrigues Carvalho. **Pelo direito de inclusão: um estudo de aplicação das medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência no fórum central de Palmas** – TO. 2018. 147 f. Dissertação (Mestrado Profissional e Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) - Universidade Federal do Tocantins, Palmas-TO, 2018. Disponível em:

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PmXQkmL_qHIJ:https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/895/1/Lilian%2520Rodrigues%2520Carvalho%2520da%2520Silva%2520-%2520Disserta%25C3%25A7%25C3%25A3o.pdf+%&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 02 out. 2021.

SILVA, Luzia Félix da. **A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: Desafios e Superações no Ambiente de Trabalho**. Trabalho de Conclusão de Curso do Serviço Social: Universidade Estácio de Sá, 2015, 59 p. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/administracao-financas/a-inclusao-pessoa-com-deficiencia-no-mercado-trabalho.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

SOARES. M. A. L. **A Educação do Surdo no Brasil**. 2ª ed. Campinas, SP. Autores Associados, 2005.

TJ-MG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento: 10471130143772001 MG**, Relator: Heloísa Combat, Data de julgamento: 24/04/2014, Câmaras Cíveis/ 4º CÂMARA CÍVEL, Data de publicação 29/04/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684613557/ap-civel-rem-necessaria-ac-10024143220549001-mg/inteiro-teor-684613715>. Acesso em: 22 set. 2021.

TJ-MG. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível. AC: 10024143220549001 MG**. Comarca de Belo Horizonte - Apelante (S): Estado De Minas Gerais - Apelado (A)(S): José Lúcio Bolina. Relator: Renato Dresch. 4ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 28/02/2019, Data de Publicação: 12/03/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/684613557/ap-civel-rem-necessaria-ac-10024143220549001-mg/inteiro-teor-684613715>. Acesso em: 22 set. 2021.

TOSI, G.; FERREIRA, L. F. G. **Educação em Direitos Humanos nos Sistemas Internacional e Nacional**. IN: FLORES, Elio C. et. al. **Educação em Direitos Humanos e Educação em para os Direitos Humanos**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 35-60.

WILSON, P. **Um breve olhar sobre a trajetória dos direitos humanos no Brasil no ano de 1996**. Brasília. Câmara dos Deputados, 1997.

O COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR E A INFLUÊNCIA DO MARKETING DIGITAL

DEMERSON APARECIDO LUCIANO:

bacharelado em Direito.

LEANDRA ALEXIA DE AGUILAR FIOREZE

(coautora)

RESUMO: O marketing digital apareceu como necessidade de criar uma estratégia de negócio que pudesse, de maneira flexível, conduzir as empresas até o consumidor. Com a tecnologia avançada as empresas encontraram diversas ferramentas para obter o relacionamento direto com seus consumidores e investigar os aspectos pessoais no poder de compras dos mesmos. Os sites e redes sociais estão, cada vez mais, mostrando sua grande utilidade na comunicação entre as empresas e seus clientes. Além de ser uma ferramenta de rápido acesso, é possível aproveitar esse tipo de mídia para divulgar suas marcas e serviços, coletar sugestões, insatisfações, críticas e elogios dos mesmos. Este trabalho foi elaborado com o foco na área do marketing digital, com ênfase na atitude do consumidor, diante a propaganda online. O objetivo do presente trabalho é analisar o modo como o marketing digital influencia no processo de decisão de compra do consumidor final, buscando entender o comportamento do mesmo em relação aos meios digitais. A linha metodológica estabelecida é caracterizada como explicativa. A confecção do presente artigo baseou-se em revisão de literatura, utilizando-se de livros, revistas, artigos científicos e sites da base de dados do Google Acadêmico. Conclui-se que no meio digital as redes sociais são as maiores influenciadoras no processo de compras dos consumidores finais, sendo um diferencial competitivo para as organizações.

Palavras-chave: Marketing digital; Consumidor conectado; Redes sociais.

ABSTRACT: Digital marketing appeared as a need to create a business strategy that could, in a flexible way, lead companies to the consumer. With advanced technology, companies have found several tools to obtain a direct relationship with their consumers and investigate the personal aspects of their purchasing power. Websites and social networks are increasingly showing their great utility in communication between companies and their customers. In addition to being a quick access tool, it is possible to take advantage of this type of media to promote your brands and services, collect suggestions, dissatisfaction, criticism and praise from them. This work was prepared with a focus on the area of digital

marketing, with emphasis on the consumer's attitude towards online advertising. The objective of the present work is to analyze how digital marketing influences the final consumer's purchase decision process, seeking to understand their behavior in relation to digital media. The established methodological line is characterized as explanatory. The preparation of this article was based on a literature review, using books, magazines, scientific articles and websites from the Google Scholar database. It is concluded that in the digital environment, social networks are the biggest influencers in the purchasing process of final consumers, being a competitive differential for organizations.

Keywords: Digital marketing; Connected consumer; Social networks.

INTRODUÇÃO

Devido ao grande avanço tecnológico demonstrado nos últimos anos, as empresas necessitam de se adaptar diariamente a novas realidades para se manterem competitivas. Foram criadas várias plataformas de interação social designadas como "Redes Sociais" que vieram criar um panorama completamente diferente do que havia anteriormente. Estas, mais do que nunca, são utilizadas por todo o tipo de consumidores, não exclusivamente como uma via de contato, mas também, como uma grande fonte de informações.

As redes sociais levaram ao surgimento do marketing de Influência, que visa abordar determinado público de forma a influenciar um ato ou desejo pretendido, levando muitas vezes ao ato de compra. Relacionando o Marketing de influência com as Redes Sociais foram criados os líderes de opinião, tendo poder de influenciar atitudes e comportamentos através de publicações, sendo estes últimos, conhecidos por "Influenciadores Digitais".

Durante o ano de 2020 devido à pandemia mundial (Covid-19) foi demonstrado que uma presença online é essencial para sobrevivência de qualquer empresa. Muitos estabelecimentos sem qualquer parceria ou presença nas redes sociais viram-se obrigados a encerrar suas atividades e alguns até declararam falência. Com os confinamentos obrigatórios estabelecidos pelo Governo durante a pandemia, o marketing digital tornou-se uma das fontes de rendimento para muitos, incluindo os influenciadores digitais cujo rendimento provém da partilha de vídeos e publicações em plataformas sociais virtuais.

Esta nova realidade fez com que os criadores de conteúdos/influenciadores tivessem de repensar novas formas de criar conteúdo para alimentar os seus próprios canais, trazendo novos desafios e com isso novos objetivos. Ao contrário dos

estabelecimentos físicos que viram os seus rendimentos diminuir drasticamente, o tráfego nas redes sociais aumentou consideravelmente durante os meses de confinamento.

Com o tráfego das redes sociais a aumentar, os consumidores afirmavam ter maior confiança e tendência de compra quando obtidas opiniões de amigos e/ou influenciadores. O mundo digital e as redes sociais tornam-se assim uma poderosa arma de marketing de influência para qualquer negócio nos dias atuais.

O objetivo geral se deu em analisar os impactos gerados pelo marketing digital e vendas, discorrendo sobre as transformações ocorridas no âmbito da prestação dos serviços e atendimento ao consumidor diante da nova realidade vivenciada pelo mundo. Avaliando a situação destas diante das circunstâncias do mercado, o qual sofreu grande impacto com a pandemia, exigindo recursos e estratégias rapidamente das empresas para viabilizarem suas atividades em funcionamento

A metodologia aplicada na realização deste trabalho se classifica como estudo exploratório, efetuado mediante pesquisa bibliográfica em artigos on-line, livros e processos de investigação flexível e não estruturado. Na busca por interpretar e analisar a situação atual do marketing digital em meio à pandemia, optou-se por realizar um estudo da evolução e crescente busca das organizações em se adaptar ao cenário atual.

Por fim, o primeiro capítulo irá descrever as principais tecnologias e redes sociais como forma de marketing, já o segundo será possível conceituar o direito do consumidor e sua relação com os Influencers e por terceiro exemplificar problemas e discussões sobre o marketing e o direito do consumidor e sua importância para as empresas.

2 AS TECNOLOGIAS E REDES SOCIAIS COMO FORMA DE MARKETING

O avanço tecnológico tem aumentado em larga escala nos últimos anos e, com isso, o entendimento dos consumidores torna-se cada vez mais seletivo dada a velocidade e acessibilidade de informação que podem alcançar. Com o surgimento das novas tecnologias, o marketing vai-se adaptando aos mercados, passando do “antigo” marketing tradicional para um mais moderno, robusto, diversificado e com maior número de vertentes a explorar (BARREIRO, 2019).

Já para Garcia (2017) as pessoas em geral têm, ao longo dos anos, dispensado cada vez menos tempo com os mídias tradicionais, tais como a televisão, revistas, rádio, entre outros. Pelo contrário, com o forte desenvolvimento tecnológico, as empresas se obrigam a acompanhar as tendências de mercado concluindo que aumentar a comunicação, num

meio já saturado e “desatualizado” de informação, não levará ao sucesso das mesmas, devendo-se investir nas “novidades” de forma a impactar o cliente desde o ponto de início.

No ano de 2020, derivado à situação da pandemia mundial vivida (COVID-19), um dos canais mais significativos foi o do Marketing Digital, local esse onde as empresas divulgam os seus serviços/produtos, conseguindo alcançar o maior número de clientes num curto espaço de tempo. Além disso, existe o marketing de influência e com ele os seus líderes das redes sociais com as suas opiniões e recomendações capazes de influenciar de forma simples e eficaz um vasto nicho de mercado (GARCIA, 2017).

Ainda Segundo Garcia (2017) o marketing digital tem como principal objetivo promover uma marca com foco nos resultados e na conversão de clientes fidelizando-os à mesma. As redes sociais tornaram-se um meio para partilha de experiências, onde os consumidores podem oferecer os seus comentários e avaliações, vindo estas influenciar a tomada de decisão de outros. Mediante estes comentários, surge o Electronic Word-Of-mouth (EWOM) onde os consumidores adquirem determinadas marcas ou produtos, derivado a opiniões partilhadas por outros consumidores.

O maior meio de comunicação utilizado para alcançar o público pretendido são as redes sociais sendo elas um elemento crucial às empresas dada à sua possibilidade de comunicação podendo trazer um retorno a curto prazo, ao mesmo tempo, sendo estes canais mais diretos e interativos, possibilita a criação de relações mais próximas com o objetivo. Costa (2018) descreve que conteúdos criados nestes meios de comunicação originam rápidos feedbacks dos utilizadores.

Ainda no contexto das redes sociais, Costa (2018) relata que existe uma maior confiança e credibilidade por parte dos consumidores quando recebem opiniões de amigos, familiares e influenciadores que acompanham nas redes sociais do que, por outro lado, das informações recebidas pelas próprias marcas, seja direta ou indiretamente. Influenciadores digitais são conhecidos como influências para a sociedade despertando o desejo de produtos ou serviços aos consumidores através da divulgação de opiniões “pessoais” sobre os mesmos. São considerados referências nas redes sociais que divulgam através de publicações, stories e restantes possibilidades as suas opiniões e avaliações moldando as atitudes do público que os seguem, ganhando uma capacidade de influenciar opiniões.

Estes têm um papel relevante na divulgação das marcas. A comunicação e marketing das empresas realizado pelos influenciadores é, uma estratégia importante para impulsionar a influência dos seus produtos nas comunidades online Arnold (2017) refere que um ligeiro número de influenciadores é responsável pela maior parte das referências que as marcas recebem via redes sociais e que são considerados todos os utilizadores da internet que acumulam, em grande número, seguidores nas redes sociais através da divulgação do seu quotidiano, envolvendo-se com os seus seguidores através de publicações e divulgação dos seus produtos e estilos de vida.

Assim, esta partilha de informação, tem um forte impacto sobre consumidores uma vez que são capazes de influenciar positivamente/negativamente a decisão de compra dos mesmos, tornando-a informada por alguém da qual eles consideram “fidedigno”. Assim sendo, a partilha e divulgação de serviços e produtos nas redes sociais por influenciadores torna-se num meio eficaz para as marcas realizarem a promoção dos seus produtos/serviços (ARNOLD, 2017).

Por sua vez, as Marcas devem identificar qual o seu principal conjunto de líderes de opinião online e transformá-los em “divulgadores” da sua marca, uma forma de o fazer, segundo Garcia (2017), é com a criação de parcerias entre as marcas e os influenciadores que, em troca dos seus produtos ou serviços ou por pagamento de alguma taxa acordada por ambas as partes, estes façam a divulgação dos seus produtos/serviços nas redes sociais.

2.1 Rede Social e Marketing Digital

Com o surgimento da internet é marcada uma nova realidade para o mundo do marketing. Os Profissionais da área passam a ter de se moldar e adotar à nova realidade adotando novas técnicas e plataformas de trabalho. Segundo Kotler (2017), o marketing digital não vem de maneira alguma “eliminar” o marketing tradicional, mas sim, complementá-lo e tornar o marketing por si só mais poderoso.

O aparecimento do Marketing Digital foi uma das ferramentas mais poderosas nas estratégias de vendas, criando fundamentalmente as vendas online, designado por e-commerce, os consumidores precisam de ser entendidos, posto isto, a interação online entre consumidores tornou-se uma arma eficaz de forma a perceber os interesses de cada grupo de consumidores. Através da internet foram capazes de se criar grupos e comunidades capazes de partilhar opiniões e ideias, onde as marcas passam a conseguir

utilizar essa informação para seu próprio benefício, tal como construir relações e produtos especializados para o seu público-alvo (FORBES, 2019).

Segundo Forbes (2019), o marketing digital rapidamente se tornou parte presente da vida de milhões de pessoas criando relações entre marcas e consumidores. Conversão pública, difusão e interação tornara-se as palavras chaves da evolução do marketing digital, tendo capacidade suficiente de converter consumidores, conseguindo chegar até eles, informando-os relativamente aos produtos/serviços e por último conseguindo-lhes vender os mesmos. A maneira como a introdução da internet alterou a realidade humana, afetou consideravelmente a maneira das pessoas interagirem, viverem e comunicarem entre si.

Já na visão de Gabriel (2010) considera as redes sociais todos os sites que permitem aos utilizadores a criação de perfis públicos ou privados, conectando-se com outros utilizadores nessas mesmas plataformas. Os mesmos autores, indicam também que um dos pontos fortes destas plataformas é a possibilidade de os utilizadores criarem relações e contactos entre si tornando-se visíveis numa rede online, algo que seria impossível de se realizar num mundo offline.

Uma vez com um perfil criado numa plataforma online, é possível “encontrar” novos perfis de novos utilizadores, a plataforma em si reúne informações sobre os utilizadores conseguindo de certa forma “aproximar” perfis com contactos e interesses em comum de forma a criarem relações, estas passam a ser designadas como “amigos”, seguidores, subscritores, entre outros (GABRIEL, 2010).

Esta partilha de contactos é uma das ferramentas chaves das redes sociais embora não seja a única, além da partilha de contactos, estas plataformas permitem aos utilizadores conseguirem comentar publicações dos restantes, enviar mensagens e partilhar qualquer tipo de informação. Vive-se numa geração constantemente ligada à internet, na qual o mercado é conduzido pelas redes sociais partilhando produtos com maior eficiência e rapidez.

Segundo um estudo realizado pela We are social (2020), existem 4,54 bilhões de utilizadores na internet diariamente, um aumento de 7% face ao ano 2019. Cerca de 55% da população total utiliza a internet, desses, 67% utilizam smartphone e 49% são detentores de contas pessoais nas redes sociais, valores estes que também sofreram crescentes alterações face ao ano transato. As redes sociais passou a ser um meio de

partilha de experiências, comentários, avaliações, comércio, grupos e até mesmo o local de trabalho de muitos profissionais de diversas áreas (GARCIA, 2011).

3 DIREITO DO CONSUMIDOR E INFLUENCERS NO MARKETING

O termo que surgiu do inglês, digital influencer, é conceituado como um profissional da web que tem o poder de influenciar na vida dos outros, fazendo com que os “influenciados”, que são os seus seguidores, sigam as suas indicações. Eles estabelecem conexões com o público, criando tendências da era digital, causando o engajamento digital. Esses sujeitos, consolidaram seus nomes na internet, fazendo uma divulgação e atingindo um grau altíssimo de credibilidade (GARCIA, 2011).

Segundo Garcia (2011) existe uma grande diferença entre os “bloguers” e os influenciadores digitais, a primeira que se destaca é o fato de que ter um bloguer e dessa forma ter seguidores, não quer dizer que exista um poder grande de influenciar seguidores. Existe uma grande diferença entre alcance e a capacidade que a pessoa tem de levar outras pessoas a consumir. O termo Digital influencer se refere exclusivamente a um indivíduo qualquer que esteja conectado online e que leva outras pessoas a ação, ou seja, a comprar um produto, utilizar um serviço e até mesmo disseminar ideias.

Grinover (2015) destaca que os influenciadores digitais são vistos pelas empresas como uma ponte entre a marca e o consumidor, pois possibilitam que a publicidade das empresas, atinjam o maior número de seguidores e que a venda e a acessibilidade dos produtos, sejam vistos de uma forma simples, útil e essencial. Levando os consumidores a acreditar que trata-se de uma indicação segura. A identificação dos influenciadores dentro do universo digital exige alguns critérios. Não se trata apenas de possuir um grande número de seguidores, é necessário analisar a reputação do indivíduo e, conseqüentemente, a qualidade das conexões estabelecidas

É preciso notar se eles são capazes de alavancar os produtos promovidos através da sua interação com seus seguidores, afinal a força da sua divulgação, depende da quantidade de seguidores que são atingidos com a publicação. É necessário vincular os influenciadores digitais a produção de publicidade, tendo em vista que os mesmos muitas vezes se utilizam de ferramentas que caracterizam um anúncio. Portanto devendo-se cuidadosamente fazer uma análise sobre a responsabilidade do influenciador digital, perante a publicidade ilícita dentro da relação de consumo (GRINOVER, 2015).

3.1 Publicidade frente ao código de defesa do consumidor

Segundo Guimarães (2011), a publicidade é uma atividade empresarial ligada ao marketing, que transmite suas mensagens informando aos consumidores, a existência do produto ou serviço e a possibilidade de encontrá-los no mercado. A publicidade tem como principal objetivo comunicar algo ao conjunto de consumidores com a intenção de persuadir a um comportamento num sentido determinado e preestabelecido.

O consumidor poderá ou não se sentir atraído por este discurso, porém, quanto mais ele estiver se identificado com sua cultura, tanto mais ele será percebido e reconhecido. É sabido que os avanços tecnológicos possibilitaram aos publicitários uma infinidade de recursos e estratégias persuasivas para impactar a vida dos consumidores. Diante desse contexto começam a surgir novas técnicas de publicidade advindas do entretenimento e da publicidade.

Uma das modalidades de anúncios que modificaram a publicidade foi o surgimento dos influenciadores digitais, que em parceria das empresas atingem os consumidores através de posts nas suas redes sociais, levando-os a consumir o produto ou serviço indicado. O Código de Defesa do Consumidor regulamenta sobre a publicidade e no artigo 6º, garante proteção “contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. A seção III do Código versa exclusivamente sobre publicidade.

O artigo 36 ordena que

A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (CDC, 2017, p. 9). O artigo seguinte 23 do Conar reforça o art. 37 do CDC, ao trazer que é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. 29 É direito básico do consumidor a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, os métodos comerciais coercitivos ou desleais (art. 6º, IV, Código de Defesa do Consumidor).

Tal disposição ganha especial relevo à luz do artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal. Na medida em que a proteção ao consumidor constitui um direito fundamental e um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V, CF), ela deve ser assegurada pelo

Estado e observada pela iniciativa privada. O Código de Defesa do Consumidor proíbe e conceitua a publicidade enganosa, em seu art. 37 quando descreve:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. (Brasil, 1990).

A publicidade abusiva, então, é aquela que se realiza com fins contrários à ordem pública, ao direito, à ética e à moral. Ela procura aparentar obediência às normas tradicionais da comunicação social, mas, sob a sua camuflagem, é realmente prejudicial aos interesses dos consumidores e do meio social em que vivem. A publicidade abusiva não se confunde com a publicidade enganosa. Na primeira não há, necessariamente, uma inverdade e nem sempre o consumidor é induzido ao cometimento de erro.

Ela pode até ser verdadeira, mas seu conteúdo afronta a moral, a ética e os bons costumes. Na publicidade enganosa, por outro lado, o conteúdo do anúncio sempre contém inverdades ou alguma omissão que induza o consumidor ao erro, (GUIMARÃES, 2011). Diante do exposto, no Código de Defesa do Consumidor, torna-se prática antiética e uma infração, dependendo de qual órgão legal for acionado, induzir o consumidor ao erro, seja por qual maneira, também no caso do uso incorreto dos anúncios publicitários.

De maneira específica, muitas vezes o consumidor não consegue identificar como anúncio publicitário ou mesmo quando identificado o influenciador digital não o faz de maneira ostensiva, proporcionando fácil assimilação dos seguidores. No contexto da utilização das redes sociais como meio de propagação de publicidade é claro que os influenciadores digitais quando estabelecem uma parceria com as empresas e passam a fazer divulgação de produtos ou serviços estão se utilizando do mecanismo do anúncio.

O CONAR, órgão administrativo que gerencia as publicidades, regulamenta que: a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto de venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante (CONAR,

2017, p. 4). Diante da análise do conceito de anúncio trazido pelo CONAR, pode-se concluir que a responsabilidade intitulada ao influenciador digital esta ligada diretamente ao fato de que o anunciante pagou a ele que efetivasse o anúncio do seu produto ou serviço e que o consumidor tem o direito de saber que tal publicação trata-se de anúncio pago por uma empresa.

4 EXEMPLOS DE CRESCIMENTO DIGITAL NA ERA DA CONECTIVIDADE

A era da conectividade trouxe mudanças para toda humanidade e o marketing também desenvolveu técnicas para se enquadrar no novo ambiente social e atender as demandas impostas pelo mercado. Conforme Sousa (2016, p.11) "a contínua adaptação dos conceitos de marketing a diferentes épocas da vida humana é o que o torna tão interessante".

Com essa nova vertente, todos os aspectos do marketing sofreram alterações, bem como o processo de segmentação e definição de público alvo, que, segundo Kotler (2017, p.73) "na economia digital, os clientes estão socialmente conectados em redes horizontais de comunidades. As comunidades são os novos segmentos". Nesse contexto, as redes sociais digitais surgem como novos segmentos de mercado e para adentrá-los as organizações precisam construir relacionamentos verdadeiros, pautados na transparência e na interatividade com estes grupos que surgiram após a era digital.

A tecnologia modificou a maneira como as pessoas vivem e se relacionam, tanto no âmbito pessoal como no âmbito empresarial. Segundo Agência de notícias do IBGE (2018, on-line) cerca de 64% dos brasileiros acima de 10 anos usaram a internet em 2016 e que mais de 116 milhões acessaram algum site ou aplicativo. Esses dados mostram como a tecnologia é presente e já faz parte da vida em sociedade.

Nesse aspecto, Guimarães (2011) descreve que os consumidores têm acesso a uma infinidade de informações sobre produtos e serviços disponibilizados pela própria marca e também opiniões de outros consumidores na palma das mãos, através de smartphones e tablets que funcionam como mediadores dessa interatividade. Esse cenário fez com que as informações engessadas e unilaterais perdessem espaço, pois os novos meios midiáticos dão aos consumidores poder sobre as marcas e possibilidade de escolher que tipo de conteúdo consumir.

Devido esse novo padrão de comportamento dos consumidores, fez-se necessário reformular como alcançá-los, sendo o que Kotler (2017) chama de “novo caminho do consumidor”. A tarefa mais importante é transformar consumidores em advogados da marca, afinal os círculos sociais adquiriram forma em detrimento da credibilidade das próprias marcas com base nessas exigências, o caminho do consumidor deveria ser reescrito como os cinco As: assimilação, atração, arguição, ação e apologia.

4.1 EXEMPLOS DE MARKETING DIGITAL

Dentro desse contexto, abre-se espaço para o conceito de Marketing digital, também conhecido como Marketing de atração. Esse termo foi desenvolvido pela empresa norteamericana *HubSpot* e de acordo com Monteiro (2017) tem intuito de atrair os clientes através de um conteúdo relevante e não mais invadir o espaço do cliente de forma interruptiva, mas sim estar onde as pessoas procuram, fornecendo conteúdo desejado no momento certo.

Para Rez (2017, on-line) “o objetivo do Marketing Digital é ser encontrado online através de mecanismos de busca ou por meio de sites e mídias sociais, como Facebook, Twitter, Youtube, etc”. O objetivo é ganhar a atenção de desconhecidos com base em conteúdo de qualidade. Uma vez atraídos, esses sujeitos se sentem mais abertos a um relacionamento e uma possível compra, transformando-se assim em clientes, e se a marca conseguir encantá-los, tornam-se defensores da marca.

4.1.1 Heineken

A Heineken é famosa por suas campanhas que constantemente se tornam virais. Em 2018 ela veiculou um curta no Facebook, que em pouco tempo somou mais de 130 mil compartilhamentos e mais de 325 mil interações. Isso sem contar as milhões de visualizações que se seguiram. A campanha buscava reunir pessoas com pontos de vistas bem diferentes. Reunindo, por exemplo, um homem de direita com uma mulher de esquerda, um conservador com uma transexual e outros opostos (JUNQUEIRA, 2018).

Junqueira (2018) ainda coloca que as pessoas realizavam uma tarefa juntos, respondiam algumas perguntas e respostas, realizavam mais uma tarefa e aí então eram confrontados com suas próprias ideias. Aí então, com suas ideias individuais expostas, eram convidados a tomar uma cerveja um com o outro e discutir suas diferenças, ou então sair. Juntamente com o vídeo a marca também divulgou sua

hashtag #OpenYourWorld, que rapidamente atingiu números impressionantes e extremamente positivos.

Um vídeo viral que construiu uma imagem muito positiva para marca, ao mesmo tempo que despertou emoções em seus clientes. Tudo isso sem deixar de incluir o seu produto no processo. Esse tipo de conteúdo faz as pessoas refletirem e dizerem umas para as outras: “você viu o novo comercial da Heineken?” (JUNQUEIRA, 2018).

4.1.2 Grão de Gente

Para Gomes (2018) com mais de 4.4 milhões de seguidores no Instagram, a grão de gente é a maior marca de bebê da América Latina, ela ocupa o terceiro lugar no ranking de engajamento no Instagram. Isso mostra o quão importante é conhecer o seu nicho. O público principal da grão de gente são pais jovens que estão aguardando filhos, momento no qual geralmente são feitas as compras de enxoval. Entre as ações, além de divulgar seus produtos, a grão de gente faz uso do Marketing de conteúdo para oferecer informações úteis aos seus possíveis consumidores. Da mesma forma, o tom utilizado transmite empatia com a situação de seus clientes e autoridade sobre a sua área.

Em seu Instagram, encontramos curiosidades, informações, conteúdos interativos e, inclusive, presença de médicos transmitindo conhecimento, reforçando a autoridade da página. Assim, a estratégia utilizada pela marca busca estabelecer uma base de seguidores com os mesmos interesses, chamando sua atenção com conteúdos de topo de funil. Por meio disso, a marca aproxima-se do público, estabelecendo uma relação de confiança e empatia, para depois apresentar seus produtos (GOMES, 2018).

4.1.3 Netflix Brasil

Para Rez (2018) o segredo está em conhecer muito bem o seu público alvo e conversar com ele por meio dos seus conteúdos. O público alvo da Netflix é jovem, antenado e busca a plataforma por diversão. Então, a linguagem utilizada pela marca é informal, divertida e busca sempre trazer pautas que estão em alta no momento. No Instagram da marca, são utilizadas cenas de filmes e séries disponíveis na Netflix adaptadas ao humor, gerando empatia e curiosidade no consumidor: uma forma inteligente de divulgar seu produto, sem ser óbvio. Memes são recorrentes, podendo conter até mesmo erros gramaticais propositais, desde que coerentes com o contexto.

Esse tipo de conteúdo voltado para o humor é muito atrativo, porém possui relevância breve e por isso requer grande circulação, além de acompanhamento constante do que está em alta. Utilizar um meme que já saiu do seu auge pode ser prejudicial para a imagem da marca. Percebe-se então a importância de estar ligado às tendências, bem como adaptar os conteúdos para o seu público, e saber utilizar as ferramentas das próprias redes sociais de forma estratégica para obter sucesso com sua marca (REZ, 2018).

4.1.4 Samsung

De acordo com Santos (2021) a repercussão foi imediata no termo “JULIETTE NA SAMSUNG” até no momento da publicação do artigo se tornou como assuntos mais comentados do twitter. E no Instagram, terra virtual onde a artista alcançou pomposos 32,6 milhões de seguidores, o vídeo de lançamento recebeu mais de 60 mil visualizações e 2 mil comentários em pouco mais de duas horas após a publicação.

Para apresentá-la, a Samsung preparou um filme onde Juliette aparece narrando momentos marcantes de sua trajetória sob o conceito “Abra o novo”, o vídeo é uma produção Mutato e une todo o aspecto inovador do novo membro da família Galaxy à personalidade e atitude de uma das pessoas mais seguidas nas redes sociais no país. A campanha destaca Juliette com um Galaxy Z Flip3 5G, o smartphone dobrável para quem gosta de se expressar de forma única.

Na ação, Juliette explora fases de sua trajetória até chegar ao encontro do Z Flip3 5G. O novo dobrável da Samsung oferece novas formas de utilizar um smartphone, como registrar momentos sem nem precisar desdobrá-lo e, graças ao Modo Flex1, utilizá-lo de maneira semelhante a um tripé ao deixá-lo parcialmente aberto sobre uma superfície plana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios digitais se tornaram o suporte fundamental para as estratégias de marketing, pois possibilitam uma relação mais próxima com o consumidor. Desta forma, nota - se que o relacionamento das empresas com os seus consumidores depende do posicionamento de sua marca na internet, principalmente com as estratégias de marketing em primeiro plano. O marketing digital consolidou-se como a ferramenta mais ampla no mercado, seja pela acessibilidade, seja pela capacidade de atingir diversos tipos de pessoas e grupos, além de ser uma forma mais barata demarketing.

Com a expansão da propagação de informações distribuídas através dos meios virtuais, e a velocidade com que ela se propaga, a internet vem sendo praticamente a principal forma de comunicação atual, e alavanca a busca de informações de uma infinidade de temas. Dessa forma, as organizações enxergaram uma oportunidade de expandir sua conexão com o consumidor final e, portanto, suas vendas.

Sendo assim, confirma-se a necessidade de investimento das empresas na elaboração de boas estratégias e um bom posicionamento para fidelizar os seus consumidores e expandir a marca, independente do meio abordado, principalmente em redes sociais. As estratégias em plataformas digitais ampliam o campo de atuação do marketing, que, além de plataformas comuns para o consumidor, em meios físicos, passa a contar com a internet e dispositivos digitais, meios virtuais, para desenvolver suas ações de marketing.

Este trabalho buscou esclarecer a questão entre a relação do marketing com a decisão do consumidor final. Como descrito anteriormente, a disposição das empresas em investir nessa forma de propagação de informações referentes aos seus produtos de forma direcionada ao grupo ao qual se planeja atingir, resulta em interesse, logo, uma alta proporção de compras, tornando o consumidor final um cliente.

REFERENCIAS

AGENCIA DE NOTICIAS IBGE. PNAD Contínua TIC 2016: 94,2% das pessoas que utilizaram a Internet o fizeram para trocar mensagens. 2018. Disponível em: . Acesso em: 19 de jun. de 2018.

ARNOLD, A.Ways. **A mídia social influencia as decisões de compra dos millennials** 2017 . Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/andrewarnold/2017/12/22/4-ways-social-mediainfluences-millennials-purchasing-decisions/#7e932ce3539f>. Consultado em 09 de Maio de 2022.

BARREIRO, T D. **Marketing de influência e influenciadores digitais: aplicação do conceito** pelas DMO em Portugal. Marketing & Tourism Review, 4. 2019.

COSTA, I. P., & Alturas, B. **Líderes de Opinião Digital portugueses, e o seu impacto, na promoção de produtos, serviços e eventos nas redes sociais**. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Poder Executivo. 1988.
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, 1990.

CONAR - Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária. **Marketing e Publicidade Brasileira** Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em: 03. maio.2022.

FORBES. **Brasil é o maior usuário de redes sociais da América Latina**. Rio de Janeiro. 2019

GABRIEL, Marta. **Marketing na era digital**. São Paulo: Novatec Editora, 2010.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência**. 7ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2011.

GARCIA, P. C. P. **Facebook marketing como forma de promoção dos patrocínios do setor bancário português: Estudo de caso Montepio (Doctoral dissertation)**. (2017).

GOMES, Diego. **Inbound Marketing & Marketing de Conteúdo: Qual a diferença?** 2015. Disponível em: < <https://br.hubspot.com/blog/marketing/inbound-marketing-marketing-de-conteudo>>:. Acesso em: 5 de jun. de 2022.

JUNQUEIRA, Fernanda Campos et al. **A Utilização das Redes Sociais para o Fortalecimento das Organizações**. 2014. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/22020181.pdf>>:. Acesso em: 05 de jun. de 2022.

KOTLER, Pedro. **Gestão de Marketing** 12ª edição Prentice-Hall. ISBN.2017

KOTLER, Philip. **Marketing 4.0: Do tradicional ao digital**. Sextante, 2017.

MONTEIRO, Wilson da Costa. **Estratégias de comunicação nas mídias sociais mídias e redes sociais digitais: conceitos e práticas**. 1ª. ed. São Paulo: Manole LTDA, 2017.

REZ, Rafael. **Marketing digital: o que é conversão?** 2017. Disponível em:< <https://novaescolademarketing.com.br/marketing-digital-o-que-e-conversao/>> . Acesso em: 06 de jun. 2022.

SANTOS Wagner. **Finalmente! Juliette Freire é a nova embaixadora da Samsung**. Disponível em <https://cultura.minha.com.br/2021/09/finalmente-juliette-freire-e-a-nova-embaixadora-da-samsung/>: Acesso em: 10 de Junho de 2022.

A PERDA DE UMA CHANCE E A (IM)POSSIBILIDADE DE SE ESTABELECEM CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA FIXAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO

LUDNE NABILA DE OLIVEIRA BARROSO:

Bacharela em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC e Técnica Judiciária do Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Seção Judiciária do Estado do Tocantins;

RESUMO: A teoria da perda de uma chance vem sendo cada vez mais aplicada nos tribunais brasileiros, principalmente nas Regiões Sul e Sudeste. O Superior Tribunal de Justiça já proferiu algumas decisões importantes que corroboraram para um melhor entendimento da aplicação da teoria. O famoso e emblemático caso do “Show do Milhão”. A elaboração desta pesquisa, feita por intermédio de método de revisão bibliográfica, partiu da premissa de analisar a possibilidade ou impossibilidade de se estabelecer critérios objetivos quando do cálculo do valor indenizatório, tendo em vista a aplicação desta teoria no Brasil como resultado da evolução da sociedade e da responsabilidade civil, viabilizando a reparação por danos antes não abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa abordou a aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo observou que a responsabilidade civil pela perda de uma chance é um instituto recente na doutrina, havendo divergências quanto ao *quantum* indenizatório. No estudo se encontra a lição de Sérgio Savi, o qual ressalta que o critério mais adequado para *quantum* indenizatório consiste no cálculo da probabilidade. Observou-se que essa é a tendência mais acertada.

Palavras-Chave: Perda de uma Chance. Responsabilidade Civil. *Quantum* indenizatório.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico, cuja linha de pesquisa é na área da responsabilidade civil, possui a seguinte temática: a (im)possibilidade de se estabelecer critérios objetivos para fixar o valor de indenização pela perda de uma chance.

Explica-se, de início, que a doutrina e a jurisprudência, mesmo diante da ausência de texto expresso no Código Civil, vêm admitindo a aplicação da Teoria da Perda de uma Chance. Entretanto, tem-se como ponto de divergência, tanto na doutrina como na jurisprudência, a questão que se refere ao momento da fixação do *quantum* indenizatório. Nesse sentido, o presente trabalho delimitar-se-á na investigação de qual ou quais critérios devem ser adotados ao calcular o valor da indenização.

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) nasceu na França na década de 60 e é bastante aplicada na Itália e nos Estados Unidos. No Brasil, sua aplicabilidade é ainda recente sem previsão no Código Civil, tendo respaldo apenas na doutrina e jurisprudência.

A indenização é relacionada ao instituto da responsabilidade civil. Historicamente, com as constantes transformações da sociedade, surgiram concomitantemente diferentes maneiras de se ressarcir o indivíduo lesionado. Não obstante a longa modificação, o ilícito, desde os primórdios da Lei de Talião, onde a culpa era irrelevante, sempre foi objeto de litígio do Direito. Naquela época, pautavam-se as regras pelos costumes e a reparação do dano se dava de forma desproporcional e vingativa, originando-se a popular expressão "olho por olho, dente por dente". Hoje, com a intervenção do poder público, aquele que lesionar direito de outrem, responderá com seu patrimônio os prejuízos que der causa, de forma razoável e proporcional, trata-se da chamada responsabilidade civil.

A Teoria da Perda de uma Chance foi introduzida no Brasil como uma nova modalidade de dano, no entanto, diante da falta de normatização no Código Civil Brasileiro, enfrenta grandes dificuldades quanto aos critérios utilizados ao se vislumbrar o "*quantum debeatur*", gerando conflitos e polêmicas nos tribunais.

O tema apresentado possui grande relevância jurídica, pois estende a atuação do instituto da responsabilidade civil, uma vez que torna possível a indenização da vítima por um novo tipo de dano, fazendo-se imprescindível uma ampla e merecida discussão, já que a teoria da perda de uma chance tem sido cada vez mais aplicada e ainda não possui previsão legal.

Por fim, verifica-se que a teoria da perda de uma chance foi efetivamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, mas que vem enfrentando dificuldades devido à falta de regulamentação e de critérios para que se estabeleça o valor indenizatório.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

2.1 DEFINIÇÕES DA PERDA DE UMA CHANCE

Hodiernamente através do processo evolutivo do instituto da responsabilidade civil, surge a teoria da perda de uma chance como evolução da própria responsabilidade civil, precipuamente aplicada pela doutrina francesa. A Teoria da Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance surgiu e se expandiu, inicialmente, na França, com aplicação em casos de responsabilização de erro médico.

A responsabilidade pela chance perdida visa à indenização de uma possibilidade de vantagem que foi perdida. Posteriormente, doutrina e jurisprudência de outros países

européus passaram a adotar a teoria, a Itália a exemplo, a princípio resistiu a aplicação desta nova teoria nos casos de responsabilidade civil. A reparação cível pela perda de uma chance visa proporcionar uma reparação indenizatória à vítima que se vê privada da oportunidade de obter um lucro ou de evitar uma perda, baseada em fundamentos reais e não meramente hipotéticos, haja vista que se deve tratar de uma chance séria, onde a probabilidade de se obter o êxito esperado seja superior a cinquenta por cento em lográ-lo (CAVALIERI, 2018, p. 78).

Neste trabalho se tratará do estudo da teoria clássica da perda de uma chance, e não da teoria da perda de uma chance de cura, todavia, a título de esclarecimento, a teoria da perda de uma chance de cura é aplicada a casos ligados a medicina, e a impossibilidade de cura ou sobrevivência em decorrência de erro médico. Na França a partir dos anos 60 essa teoria ganhou força, impondo ao médico que age com culpa e faz com que seu paciente perca a possibilidade de cura ou de sobrevivência, a obrigação de indenizar, todavia parcial com respeito ao prejuízo final constituído pela morte ou incapacidade. Essa teoria é denominada por *perte de chance de guérison* ou de *survie* (SANTOS, 2018).

Assim, a teoria analisada no presente trabalho é a que considera um tipo de dano autônomo, representado pelas chances perdidas, enquanto a teoria da perda de chance de cura normalmente é embasada na causalidade parcial que a conduta do réu representa em relação ao dano final (SILVA, 2018).

Segundo Sérgio Savi (2015, p. 43), o termo chance é relacionado à oportunidade. Os julgados franceses na França fomentaram questionamento acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance em outros países da Europa, inclusive no Brasil.

Carlos Roberto Gonçalves também confirma que a teoria da perda de uma chance teve suas origens na França. A construção dessa hipótese – o dano derivado da “perda de uma chance” – deve-se à jurisprudência francesa desde o final do século XIX.

No Brasil as decisões dos Tribunais, quando se deparam com o caso concreto da perda da oportunidade, na sua maioria tem reconhecido o valor patrimonial da chance por si considerada como um dano diverso da perda da vantagem esperada, exatamente como preconizado pela teoria desenvolvida na França e utilizada na Itália. Portanto, o reconhecimento e aplicação da teoria da perda de uma chance busca estender o campo da responsabilidade e a proteção à vítima que, em determinadas situações, se vê privada da oportunidade de conseguir determinada vantagem ou evitar eventuais prejuízos.

Atualmente, à entendimento doutrinário sobre a teoria da perda de uma chance, tem sua origem na França, mais especificamente com julgados da Corte de Cassação Francesa, que chegaram na concepção da teoria clássica da perda de uma chance, mormente com a distinção entre resultado perdido e a possibilidade ceifada de conseguí-lo (SANTOS, 2018).

Miguel Kfoury Neto (2017) conclui a respeito da perda de uma chance ao mencionar Jorge Sinde Monteiro, que a teoria da perda de uma chance começou a ser aplicada na França no início dos anos 60, através de corrente jurisprudencial que foi consolidada a partir de 1965, que impôs a um médico que, agindo com culpa, fez com que o paciente perdesse uma possibilidade séria de cura ou de sobrevivência, impondo a obrigação parcial de indenização, considerando o prejuízo final constituído pela morte ou incapacidade. Atualmente, embora sua aceitação esteja consolidada pela jurisprudência francesa, a teoria da perda de uma chance ainda é tema de discussão na jurisprudência e pela doutrina. Vale salientar, mais uma vez, que os julgados franceses e a discussão doutrinária neste País fomentaram questionamento acerca da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance em outros países da Europa. (SANTOS, 2018).

A teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance foi objeto de estudo na Itália, vários juristas deste país discutiram a teoria, em 1940 o professor Giovanni Pacchioni, em sua clássica obra intitulada *Diritto Civile italiano*, citado por Sérgio Savi (2015).

2.2 REQUISITOS CARACTERIZADORES DA PERDA DE UMA CHANCE

Primeiramente cabe lembrar que o instituto da responsabilidade civil é composto por três requisitos básicos, sem os quais inexistente o dever de indenização, quais sejam: conduta, dano e nexos causal. Ainda, se tem a responsabilidade civil subjetiva e objetiva consoante ventilado no capítulo anterior, na primeira a necessidade da comprovação da culpa, e na segunda não é preciso se comprovar a culpa do agente, tendo em vista a adoção da teoria do risco pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, aduz Silvio de Salvo Venosa (2018, p. 88):

Para que ocorra o dever de indenizar não bastam, portanto, um ato ou conduta ilícita e o nexos causal; é necessário que tenha havido decorrente repercussão patrimonial negativa material ou imaterial no acervo de bens, no patrimônio, de quem reclama. A culpa pode ser dispensada nos casos em que se admite a responsabilidade objetiva, como estudamos. A imputabilidade, isto é, ter alguém apto para responder pela indenização, é outro aspecto importante.

Nesse sentido o dano emergente é o dano positivo, que é facilmente apurado, por exemplo: danos decorrentes de um acidente de carro, ou seja, os prejuízos materiais causados. Lucro cessante é aquilo que efetivamente foi perdido, ou deixou de lucrar, conforme nos preceitua o artigo acima transcrito. Assim, para se caracterizar a responsabilidade civil é preciso a presença dos três elementos basilares anteriormente estudados: a conduta; o dano; e o nexo de causalidade (VENOSA, 2018).

Em apertada síntese acima se expôs os elementos necessários para configuração da responsabilidade civil, todavia na teoria da perda de uma chance se encontra determinada dificuldade da análise dos elementos necessários para indenização, mitigando o próprio dever de reparação. Na perda de uma chance se verifica um determinado prejuízo para vítima, porém, não se consegue vislumbrar o dano certo e determinado.

Silvio de Salvo Venosa (2018) nos traz um exemplo elucidativo em que se observa a perda de uma chance e a dificuldade de se verificar o dano certo, por outro lado, é certo que a vítima teve um prejuízo, a problemática é determinar a extensão do dano.

De acordo com o autor (2018, P. 30):

Veja como exemplo elucidativo de perda de chance, o fato ocorrido nas Olimpíadas de 2004, quando um atleta brasileiro que liderava a prova da maratona foi obstado por um tresloucado espectador, que o empurrou, o retirou do curso e suprimiu-lhe a concentração. Discutiu-se se o nosso compatriota deveria receber a medalha de ouro, pois conseguiu a de bronze, tendo chegado em terceiro lugar da importante competição. Embora tivesse ele elevada probabilidade de ser o primeiro, nada poderia assegurar que, sem o incidente, seria ele o vencedor. Caso típico de perda de chance, chance de obter o primeiro lugar, mas sem garantia de obtê-lo. Um prêmio ou uma indenização, nesse caso, nunca poderia ser o equivalente ao primeiro lugar na prova, mas sim em razão da perda dessa chance. Tanto assim é que os organizadores da competição lhe acenaram com um prêmio alternativo.

A oportunidade do atleta que se encontrava em primeiro lugar na corrida que lhe foi ceifada pelo espectador que lhe empurrou, é o fundamento para o surgimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, justificando a existência de um dano independente do resultado final. Dessa forma, para que exista a possibilidade de

indenização pela responsabilidade civil pela perda de uma chance, é necessário que se enquadrem juridicamente a perda como se danos fossem.

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 43) ao citar o exemplo de um médico que interrompe ou retarda o tratamento e provoca um dano ao paciente. Observando que essa interrupção consiste por determinado fato antijurídico, não se poderá saber se no futuro o paciente lograria êxito no tratamento, pois a oportunidade foi destruída. Sobre essa óptica argumenta: “Frustra-se a chance de obter uma vantagem futura”. Essa perda de chance, em si mesma, caracteriza um dano, que será reparável quando estiverem reunidos os demais pressupostos da responsabilidade civil”. Salienta-se que, conforme o citado autor, na responsabilidade civil pela perda de uma chance não se busca o ressarcimento pela vantagem perdida, “mas sim pela perda da oportunidade de conquistar aquela vantagem ou evitar um prejuízo”, pois não há como se prever com certeza o resultado final. Nessa linha de pensamento, discorre Savi (2015, p. 78), referindo-se à indenização da perda da chance:

O óbice à indenização nestes casos se dava pela indevida qualificação desta espécie de dano. Normalmente, a própria vítima do dano formulava inadequadamente a sua pretensão. Ao invés de buscar a indenização da perda da oportunidade de obter uma vantagem, requeria indenização em razão da perda da própria vantagem.

Ao citar Giovanna Visintini, Miguel Kfourri Neto (2019), afirma que a perda de uma chance é um tipo de dano que deve ser imaginado no futuro. Essa noção serviria para posicionar, no lugar do dano patrimonial ressarcível um prejuízo frequentemente incerto, ou seja, vinculado não de maneira clara, mas sim muito provável, ao evento danoso. Nessas condições, exige que se recorra ao juízo de equidade – e por isso se distancia da reparação integral, que caracteriza o ressarcimento do dano patrimonial.

Portanto para que se tenha reconhecida a responsabilidade civil pela perda de uma chance é imperioso admissão de fatores para sua configuração, é necessário o nexo causal, bem como existência de uma chance séria e real. Na lição de Rafael Peteffi Silva (2015, s.p.), para que se configure a perda de uma chance

Além das condições gerais da responsabilidade civil, condições específicas para sistematizar a utilização da noção de perda de uma chance também são observadas. Deste modo, necessária a demonstração da seriedade das chances perdidas, a adequação da quantificação à álea inerente à perda da chance e a perda definitiva da vantagem esperada pela vítima.

Nesse contexto, para que se caracterize perda de uma chance, faz-se necessária a conduta de um terceiro que, por ação ou omissão, suprima da vítima a oportunidade de auferir algum benefício ou evitar que algum prejuízo ocorra, sendo imprescindível a demonstração de uma chance séria e real. Como já foi visto, a relação de causalidade é pressuposto necessário para configuração da responsabilidade civil, é o liame primordial entre o dano e conduta do agente. Vale citar a esse respeito a definição e a relevância do nexo de causalidade para a responsabilidade civil, aduz sobre o tema com muita clareza Maria Helena Diniz (2018, p. 54):

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.

Sérgio Novais Dias (2017, p. 65) ao citar Pontes de Miranda, sobre seu insuperável Tratado de Direito Privado, traz lições importantíssimas sobre a responsabilidade civil e o nexo causal "para se pensar em extensão do dano tem-se de partir do nexo causal. A indenizabilidade do dano é na medida em que ele se acha em relação à causa, ou às concausas, ou às causas de aumento".

Esgarçando-se o nexo causal, no caso de o médico comprometer as chances de cura de uma paciente, por essa conduta mitigando o dever de reparação, nesse diapasão Miguel Kfoury Neto citando o Professor François Chabas (2017, p. 24) exemplifica:

Uma mulher apresenta hemorragia uterina. O médico consultado não diagnostica câncer, malgrado os sintomas clínicos bastante claros. Quando a paciente enfim consulta um especialista, é demasiado tarde: o câncer de útero atingiu estágio terminal. A mulher morre. Não se pode dizer que o primeiro médico matou a paciente. Ela poderia ter sido tratada a tempo e morrer assim mesmo. Não se pode afirmar que a culpa do médico tenha sido a condição *sine qua non* daquela morte. Mas, sem dúvida, a culpa médica fez com que a enferma perdesse ao menos uma probabilidade de sobreviver.

Da análise do exemplo acima, se observa que é impossível saber se a paciente teria o resultado morte ou não, ou por quanto tempo sobreviveria à doença tão letal, todavia o primeiro médico errou o diagnóstico e, portanto, a paciente não recebeu o tratamento adequado. Pergunta-se, e se houvesse acertado o diagnóstico a paciente sobreviveria? Nunca se saberá, pois o que foi perdido foi a chance de um tratamento imediato e eficiente, neste caso deve observar a perda da oportunidade.

Aí se encontra a dificuldade da relação de causalidade na responsabilidade da perda de uma chance, pois o resultado morte, poderia ter acontecido ou não com o diagnóstico correto. "De se concluir que a teoria da perda de uma chance originou-se exatamente da dificuldade de configuração do nexos causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima, em determinados casos". (SANTOS, 2018, p. 43)

Na teoria da perda de uma chance é necessário, por evidente, provar o nexos causal. O art. 403 do Código Civil é expresso ao afirmar que: "Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual".

A teoria da perda de uma chance admite a relativização da relação de causalidade, pois permitindo a existência da responsabilidade civil mesmo quando não existente o nexos causal da forma prevista no Código Civil Brasileiro (SAVI, 2015).

Cabe ressaltar, conforme já explicitado supra, que a perda de uma chance é considerada uma subespécie do dano emergente. Isso significa que trata de um efeito danoso, direto e imediato, de um ato ilícito, e, portanto, é uma consequência primária de tal ato, ensejando reparação, nos termos do artigo 186 do Novo Diploma Civil.

Depois de provado o nexos causal, ou este relativizado, se busca à prova do próprio dano, que consiste na perda da oportunidade que o lesado tinha antes do fato antijurídico. Perda essa que não se confunde com benefício que era esperado, o que se busca é reparação pela vantagem perdida (AMARAL, 2015).

Por não estar regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, os tribunais vem enfrentando dificuldades ao se aplicar a presente teoria, sendo qualificada por vezes, como dano moral e, outrora, como dano de natureza patrimonial, neste caso como lucro cessante. (SAVI, 2015). Outro grande obstáculo tanto dos doutrinadores quanto dos Tribunais é no que tange aos critérios adotados para quantificar o valor da indenização. Conforme os ensinamentos de Amaral (2015, p. 140)

O único critério aceitável para determinar a existência do dano pela perda da chance é o nexos de causalidade entre o comportamento faltoso e a chance perdida, e, para afixação do *quantum* o percentual

que satisfaça o valor do prejuízo pela perda da chance em si. Portanto, se o ressarcimento deve corresponder ao valor do prejuízo, o percentual que incidirá para efeitos de *quantum* independe de traduzir-se em 1% ou 99% (porque, se 100%, haverá indenização como lucro cessante), não justificando impor um estreito limite de no mínimo 50% de probabilidade para aceitar a existência do dano pela perda da chance. Tal limite aprisiona o julgador e apequena a atividade jurisdicional, infligindo ao mesmo fechar os olhos para a injustiça que ocorreria na presença de um percentual, por exemplo, de 49%, estivesse obrigado a decidir pela inexistência do dano pela perda da chance. [...]. Estimar e vincular o dano pela perda da chance à obediência de um determinado percentual mínimo padece de razoabilidade, posto significar aceitação de que danos restem sem o devido ressarcimento, constituindo mordança para que o juiz possa encontrar o percentual a ser multiplicado pelo resultado final. (grifo do autor)

A teoria da perda de uma chance vem sendo cada vez mais aplicada nos tribunais brasileiros, principalmente nas Regiões Sul e Sudeste. O Superior Tribunal de Justiça já proferiu algumas decisões importantes que corroboraram para um melhor entendimento da aplicação da teoria. O emblemático caso do “Show do Milhão” é considerado *leading case* no que tange a responsabilidade civil pela perda de uma chance. Neste caso a participante do programa chegou à última pergunta valendo R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), mas se recusou a respondê-la por entender não estar correta nenhuma das quatro alternativas apresentadas.

Apesar de recente e tímida, a aplicação da teoria da perda de uma chance vem sendo cada vez mais admitida na seara trabalhista, representando mais uma ferramenta de proteção dos direitos dos trabalhadores na busca de melhores condições sociais.

3 CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR

3.1 ANÁLISE DO QUANTUM DEBEATUR FRENTE AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Nesse sentido, é importante observar que o que se pretende reparar não é a perda da vantagem futura, a qual é não é certa, mas sim, a perda da chance de alcançar esta vantagem, ou seja, a efetivação do dano não está na perda do benefício futuro e sim, na perda da chance de obter o benefício ansiado (SANTOS, 2018).

Em vista de tais fatores, tem-se outro grande paradigma aos julgadores, quando a reparação deve ser quantificada, ou seja, a quantificação do dano decorrente da chance perdida; haja vista que, deve-se realizar um cálculo das probabilidades de ocorrência da vantagem caso a chance de consegui-la não tivesse sido fulminada (SAVI, 2015).

Para tanto, a quantificação de indenização não deve ser a mesma da vantagem perdida e sim, de acordo com uma análise detalhada, o valor referente à oportunidade que o indivíduo tinha de conseguir a vantagem esperada. Por isso, para a compreensão correta da teoria da perda de uma chance, se faz necessário o estudo da sua origem e evolução. Assim, é preciso conhecer as condições básicas necessárias à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

De acordo com Silva (2018, p. 21), “é de extrema importância a fixação de alguns critérios gerais para a concessão da indenização, mormente em um país que está em pleno processo de descobrimento da teoria da perda de uma chance. ”

No direito moderno, as hipóteses de danos ressarcíveis foram ampliadas protegendo aquele que sofreu um dano injusto. O instituto da responsabilidade civil, por sua vez, atendendo os anseios da sociedade atual, fez reformulações no que se refere aos seus requisitos ou elementos indispensáveis. Neste contexto, surge no sistema jurídico atual, a responsabilidade civil pela perda de uma chance, que apesar da ausência de previsão legal específica, é plenamente possível sua aplicação, notadamente porque o direito civil se funda na proteção integral da vítima e na solução justa da demanda à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para o reconhecimento da teoria da perda de uma chance, deve se entender que a chance perdida consiste na privação de uma oportunidade, não hipotética, de obtenção de vantagem ou de evitar um prejuízo, frustrada pela conduta de outrem, resultando em um evidente prejuízo à vítima.

Ressalta-se que para que ocorra o dever de indenizar, as chances perdidas deverão ser sérias e reais, sendo que danos meramente hipotéticos ou eventuais, não terão respaldo jurídico e, conseqüentemente, não serão ressarcidos.

Com relação à classificação do dano da chance perdida, há divergência nos tribunais, sobretudo porque alguns o consideram como espécie de dano moral, outros como espécie de lucro cessante e, outros ainda, como uma nova espécie de dano. Em que pese tal controvérsia entre doutrinadores e a jurisprudência acerca da natureza jurídica do dano decorrente da perda de uma chance, havendo comprovação da causalidade entre a conduta e o dano decorrente da chance perdida, ficará caracterizada o dever de reparar.

A quantificação dos danos deve ser proporcional à gravidade do prejuízo causado pela perda de uma chance, cabendo ao magistrado avaliar no caso concreto as reais possibilidades que a vítima tinha de atingir a vantagem esperada não podendo acarretar enriquecimento ilícito ou sem causa.

Ainda, Sergio Dias Novais citando Serpa Lopez (2018, p. 57) afirma que esse autor “deixa transparecer que considera com direito a indenização o cliente que mostrar que a probabilidade suficiente corresponde a uma situação clara e definida de reforma. Mais uma vez, Fernando Noronha citando Rafael Peteffi da Silva, sobre o cálculo do dano da chance perdida, aduz a esse respeito: “se um advogado deixa de interpor um recurso em ação que, se tivesse sido julgada favoravelmente, traria uma vantagem econômica de dez mil reais, e se havia 30% de chances de reverter a sentença, a indenização final pela perda da chance deveria ser de três mil reais” A indenização, por sua vez, deve ser pela perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem. Há que se fazer a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo (SAVI, 2015). Portanto a chance deve ser vista como um bem integrante do patrimônio da vítima. Observe-se o que diz Sérgio Savi (2015, p. 45):

[...]a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

A chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. A determinação do quantitativo a ser atribuído ao lesado vai depender da probabilidade, maior ou menor, que havia de que o resultado se concretizasse.

Sobre o valor da indenização pela perda de uma chance e como se deve calcular o valor da reparação em que se deve considerar a probabilidade, considerando a natureza aleatória, a esse respeito disserta Fernando Noronha (2018, p. 31):

Como se vê, nos casos em que se fala em perda de chances parte-se de uma situação real, em que havia a possibilidade de fazer algo para obter uma vantagem, ou para evitar um prejuízo, isto é, parte-se de uma situação em que exista uma chance real, que foi frustrada. Já a situação vantajosa que o lesado podia almejar, se tivesse aproveitado

a chance, é sempre de natureza mais ou menos aleatória. Todavia, apesar de ser aleatória a possibilidade de obter o benefício em expectativa, neste caso existe um caso real, que é constituído pela própria chance perdida, isto é, pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem, ou de evitar

o prejuízo que veio a acontecer. A diferença em relação aos demais danos

está em que esse dano será reparável quando for possível calcular o grau de probabilidade, que havia de ser alcançada a vantagem que era esperada, ou inversamente, o grau de probabilidade de o prejuízo ser evitado. O grau de probabilidade é que determina o valor da reparação.

Considerando que é necessário comprovar a efetiva perda da oportunidade, é neste patamar que se fixa o valor indenizatório, é preciso ter certeza da chance. Em relação à questão. O grau da probabilidade, de ganho ou de vida, é que fará concluir pelo montante da indenização. Quanto a responsabilidade civil do advogado que deixa de interpor um recurso, o cliente “não perde uma causa certa; perde um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso” (GONÇALVES, 2017, p. 14).

Segundo preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 69) ao citar Ênio Zuliani, afirma sobre a perda da oportunidade e como auferir a indenização desses casos:

Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado pelo profissional do direito, o juiz devera, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance”. Aduz o mencionado autor que o “único parâmetro confiável para o arbitramento da indenização, por perda de uma chance, continua sendo a prudência do juiz”, acrescentando que “a hipótese de culpa do advogado que, por omissão, não ingressa com ação rescisória no prazo decadencial (art. 495 do CPC), não produz, de imediato ou de forma automática, o fato ‘perda de uma chance’, porquanto a probabilidade de sucesso de uma ação rescisória é sempre menor, por envolver o requisito ‘vício’ de julgamento ou ‘erro de fato ou de direito’, pressupostos difíceis de serem reunidos para apresentação”.

Então, para concessão da indenização com base na perda de uma chance é necessária que esta chance seja séria e real, e que o resultado esperado também seja, pois a simples esperança de um resultado não é capaz de ensejar a responsabilidade civil pela perda da oportunidade, com relação ao *quantum* indenizatório deve ser analisado a probabilidade da obtenção do resultado que foi perdido e a por último deve se contar com a prudência do juiz.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

A teoria da perda de uma chance, oriunda de estudos na França, e discutida largamente na Europa, ainda é relativamente nova no nosso país, mas os tribunais já estão a sufragá-la, todavia o que se vê na maioria das decisões é que julgadores e até mesmo os advogados não utilizam a teoria de maneira adequada. A seguir colacionamos alguns julgados que traz à baila a teoria da perda de uma chance em casos de responsabilidade civil, e sua caracterização e enquadramento perante diversos tribunais.

Neste diapasão destaque ao acórdão exarado na Apelação Cível nº 2009213070, julgado em 03 de novembro de 2009, do Desembargador Osório de Araujo Ramos Filho, do Tribunal de Justiça do Sergipe. Colhe-se da ementa da decisão mencionada:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. GENITORA DOS REQUERENTES SUBMETIDA A CIRURGIA DE HÉRNIA. COMPLICAÇÕES PÓSCIRÚRGICAS. AUSÊNCIA DE ATENDIMENTO MÉDICO TEMPESTIVO NO HOSPITAL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANO MORAL. CABIMENTO. DANO MATERIAL INDEVIDO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. - Caracterizada a negligência da Fundação ré através de seus funcionários (enfermeiras e médicos) na fase pós-operatória, mas não sendo possível imputar, de modo direto, o evento morte a conduta deles, aplica-se ao caso sob comento a teoria da perda de uma chance.

Sabido é que o dano patrimonial deve sempre ser atual e certo, de modo a se identificar com clareza os danos emergentes no momento da indenização. Todavia o que se vê em muitas decisões é que se aplica a teoria da perda de chance apenas como um agregador do dano moral, os tribunais ao decidirem acerca das consequências da

frustração da chance, entendem que a vítima somente poderia ter sofrido danos morais. Vale ressaltar, que “há inúmeros precedentes entendendo que a frustração de uma chance séria e real somente deva ser considerada como um “agregador” do dano moral, refletindo no montante da indenização a este título” (SANTOS, 2017). Vejamos outro exemplo de acórdão que enquadrou a chance perdida como dano moral:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - IPSEMG - MORTE MARIDO DA AUTORA FALHA NO ATENDIMENTO MÉDICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA AUTARQUIA ESTADUAL - INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE- DANOS MORAIS - FIXAÇÃO - CRITÉRIOS. - O artigo 37, parágrafo 6º, da atual Carta Magna, orientou-se pela doutrina do risco administrativo, mantendo a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público. - A perda de uma chance pode ser indenizável por afastar uma expectativa ou probabilidade favorável ao lesado, isto é, o que se indeniza não é o dano certo e sim a expectativa, a probabilidade que se perde. - Para a fixação de danos morais, estes devem guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, revelando-se ajustada ao princípio da equidade e à orientação pretoriana segundo a qual a eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida.

Entende-se, conforme julgado acima, que a perda da chance se configura um dano material, uma subespécie do dano emergente, eis que se baseia na perda da oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um dano. Esta perda apenas ocorre porque um fato ilícito interrompe o curso normal dos acontecimentos antes da concretização da oportunidade.

Outro exemplo vem do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, envolvendo questão de ordem médica:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS MORAIS. NOSOCÔMIO. ERRO MÉDICO ORIUNDO DE DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO. APENDICITE AGUDA. Em caso de responsabilidade civil de hospitais e clínicas médicas em geral, por ato de seus prepostos no exercício da medicina, embora a pessoa jurídica responda objetivamente nos termos do CDC, quando o ato decorre do exercício da atividade médica, a responsabilidade deve ser precedida do exame da culpa subjetiva do profissional da medicina. Isso porque, a responsabilidade dos nosocômios, no que

tange à atuação técnico profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. (REsp. 258389/SP). Hipótese em que a obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado. Destarte, não se considera como objeto da obrigação a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, e, evidentemente, os recursos disponíveis ao profissional da medicina, o qual deve agir, sempre, da maneira mais cuidadosa e consciente possível. Ademais, não é função do julgador avaliar questões de alta indagação científica, e, tampouco, pronunciar-se acerca do tratamento mais indicado para a cura do doente. Ao julgador cabe, na realidade, verificar as diligências que os profissionais da medicina poderiam e deveriam ter dispensado ao paciente no caso concreto, de forma a concluir se ocorreu, efetivamente, falha humana que ensejou prejuízos reparáveis aos lesados. ERRO DE DIAGNÓSTICO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. DANOS MORAIS. CARACTERIZADOS. Hipótese dos autos em que a paciente foi internada no nosocômio com dor intensa na parte inferior do abdômen e vômitos, sendo diagnosticado, desde a primeira consulta, que a paciente sofria de

Tribunal De Justiça do Estado de Sergipe. Apelação Cível 2009213070. Relator Des. Osório de Araujo Ramos Filho, Julgado em 03/11/2009.

Ainda com o foco na responsabilidade civil pela perda de uma chance novamente enquadrada na modalidade de dano moral, salienta-se a decisão do Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, do Desembargador José Arnaldo da Costa Telles, julgada em 23 de outubro de 1996:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. NEGLIGÊNCIA NA ATUAÇÃO PROFISSIONAL. CARACTERIZAÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA SÓ APÓS O DECURSO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE AVLIAR O DIREITO DO RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE DE VER O PLEITO EXAMINADO PELO JUDICIÁRIO. MODALIDADE DE DANO MORAL. RECURSO PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO. Outra decisão que considerou a perda de uma chance como dano moral, pode ser colhida do Tratado de Responsabilidade Civil, do

autor Rui Stoco. Responsabilidade civil. Advogado. Negligência na atuação profissional. Caracterização. Ação trabalhista proposta após o decurso do prazo de prescrição. Impossibilidade, entretanto, de avaliar o direito do reclamante. Indenização pela perda da chance de ver o pleito examinado pelo Judiciário. Modalidade de dano moral. Recurso provido para julgar procedente a ação (1.º TACSP – 8.ª C. – Ap. 680.655 – j. 23.10.1996 – Repertório IOB de Jurisprudência 3/12892).

Por outro, não bastasse inúmeras decisões de nossos tribunais que consideram a perda de uma chance como dano moral, há várias decisões que determinam a indenização da perda da oportunidade, sem que esta sequer exista ou possa ser considerada séria e real, assim a mera possibilidade não é passível de indenização.

Necessário frisar ainda a análise do emblemático acórdão do Show do Milhão. Neste caso, Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos propôs ação indenizatória contra a empresa BF Utilidades Domésticas Ltda, empresa do grupo econômico “Silvio Santos”, pleiteando ressarcimento por danos morais e materiais por incidente havido quando da participação da requerente no programa “Show do Milhão” consistente em programa de televisão de perguntas e respostas, cujo o prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro, é oferecido àquele que vencesse ao jogo de perguntas e respostas, respondendo todas as perguntas.

O Ministro Fernando Gonçalves, utilizando-se da matemática, entendeu que as chances da autora de ganhar o prêmio eram de 25% (vinte e cinco por cento), já que eram quatro alternativas, e condenou a ré ao pagamento de R\$125.00,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE 1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ, Recurso Especial nº 788.459-BA, Quarta Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 8 de novembro de 2005, DJ em 13/03/2006).

Assim, o recurso foi parcialmente provido, acolhendo a tese do recorrente da probabilidade de erro, reduzindo o *quantum* da indenização concedida de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) para R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

Pelo exposto, resta claro que deve existir uma chance real e séria, aliado a certeza do resultado almejado, desta forma foi acertada a redução do *quantum* da indenização, pois impossível saber se a recorrida acertaria a questão se esta tivesse resposta. A lógica utilizada garante à recorrida valor que não recai em enriquecimento ilícito, e uma punição a recorrente que veio a causar a perda da oportunidade. Não poderia a decisão ser mais acertada que mensurando o *quantum* indenizatório pela probabilidade do acerto da questão. O acórdão em análise teve enorme repercussão no mundo jurídico, sendo citado por inúmeros autores ao tratar do tema em tela, assim se faz necessário um breve histórico da teoria da perda de uma chance para o entendimento da sua aplicação ao caso real.

4 CONCLUSÃO

Neste estudo foram abordados os aspectos destacados da responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento jurídico brasileiro com enfoque na indenização e seu *quantum* indenizatório. Como visto, a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano causado a outrem, podendo ser este material ou moral.

Portanto, a perda de uma chance deve ser considerada como uma subespécie do dano emergente, o que retira a problemática do dano hipotético, pois o que pretende é indenização pela vantagem perdida, e não pelo poder ganhar. Não existe, nenhuma norma expressa no ordenamento brasileiro quanto à reparação da perda de uma chance. Porém, o princípio da reparação integral dos danos, protege a vítima dos prejuízos, mesmo que provenientes da referida teoria.

A jurisprudência Brasileira em determinados julgamentos admite expressamente a responsabilidade pela perda de uma chance. Todavia, a aplicação desta teoria, como visto, causa muitas dúvidas e inúmeras formas de julgamento como o reconhecimento da existência de dano moral apenas, não sendo possível a indenização por danos materiais, ou até mesmo o reconhecimento da teoria quando esta é indevida, foi observado que são poucos os julgados em que a teoria é aplicada corretamente.

Portanto, a jurisprudência e a doutrina brasileiras não pacificaram o entendimento quanto à aplicação da teoria da perda de uma chance, todavia cabe o seu reconhecimento na busca incessante de proteção da vítima, resguardando os princípios e regras basilares da ciência que estuda a reparação dos danos. A pesquisa abordou a aplicação da teoria no

ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo observou que há divergências tanto com relação ao *quantum* indenizatório da teoria, como com relação ao seu enquadramento na modalidade do dano que está inserida. Todavia, a nosso ver, o entendimento correto da referida teoria se encontra na lição de Sérgio Savi.

Esse autor concorda que a perda de uma chance é um dano emergente especial. Com isso, o critério objetivo a ser utilizado no *quantum* indenizatório, para o citado doutrinador, é o cálculo da probabilidade. Não obstante, diante o caso concreto, não sendo possível a utilização da análise de probabilidade, o magistrado deverá se ater ao critério subjetivo do arbitramento.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Juruá, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988.

_____. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459**. Relator: Min. Fernando Gonçalves, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005.[2006]. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=788459&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.1850**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/>> Acesso em: 21 de junho de 2022.

CARVALHO, Paulo César de. **Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 983, 11 mar. 2006.

CAVALIERI, Sergio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7 ed. Rev, e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Sergio Novais. **Responsabilidade Civil do Advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 2004.01.1.090484-7**. Relator: Des.Waldir Leôncio Júnior, Desembargador Revisor Costa Carvalho, Brasília (DF), 24 de maio de 2006.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance**. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, n. 840, p. 11-36, out. 2005.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Responsabilidade civil**. 10 ed rev atual e ampl São Paulo Saraiva 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade Pressuposta**. Belo Horizonte: DelRey, 2021.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em ginecoobstetrícia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil.: obrigações e responsabilidade civil**. 3. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo : Editora Revista dos tribunais, 2004.

MARTINS COSTA, Judith **Comentários ao Novo Código Civil**. v. V, tomo II: Do Inadimplemento das Obrigações, coord, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

MINAS GERAIS., **Tribunal de Justiça de. Apelação Cível 1.0024.05.700546-4/001(1)**, Rel. Selma Marques.Publicado em: 09.10.2008. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

NORONHA, Fernando. **Responsabilidade por perda de chances**. Revista de Direito Privado. São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 2005.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. Florianópolis: OAB/SC Editora 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PETECCI DA SILVA, Rafael. **Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

RIZZARDO, **Arnaldo**. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70029719267**, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 09/12/2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 4. **Responsabilidade Civil**. 20ª edição rev. E atual. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2019

SANTOS, Jeová. **Dano moral indenizável**. Disponível em < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Antonio%20Sereniski%20Junior.pdf>> Acesso em: 21 de junho de 2022.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SERGIPE, Tribunal De Justiça do. **Apelação Cível 2009213070**. Relator Des. Osório de Araujo Ramos Filho, Julgado em 03/11/2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjse.jus.br>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

SILVA, Rafael Peteffi. **A responsabilidade pela perda de uma chance, rico exemplo de circulação de modelos doutrinários e jurisprudenciais**. 2015. Disponível em: <<http://emporio.dodireito.com.br/a-responsabilidade-pela-perda-de-uma-chance-rico-exemplo-de-circulacao-de-modelos-doutrinarios-e-jurisprudenciais-por-rafael-peteffi-da-silva/>>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** 6ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo dos Santos. (Org.). **Direito civil**: direito patrimonial e direito existencial. São Paulo: Método, 2006.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível 1.0024.06.1215331/001(1)**, Rel. Eduardo Andrade. Publicado em: 24/02/2010. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 21 de junho de 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil**. v. 4. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

A CONDENAÇÃO DO RÉU AINDA QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TENHA OPINADO PELA ABSOLVIÇÃO, CONFORME O ART. 385 DO CPP E A VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.

GLAUCIA AUXILIADORA CRIVELLARI:
Graduando em Direito pela Faculdade
FASEH.

Resumo: O presente trabalho fará uma análise crítica sobre a relação do artigo 385 do Código de Processo Penal com o sistema acusatório, pois o citado artigo traz a possibilidade de o juiz proferir sentença condenatória, bem como reconhecer agravantes, mesmo que o Ministério Público tenha deliberado pela absolvição do acusado. Demonstrar se há uma violação do artigo 385 do CPP com o sistema acusatório. Para estudo do tema, foram realizados os aspectos dos sistemas Inquisitório, misto e acusatório, e, seus princípios constitucionais que regem o sistema processual penal brasileiro atualmente.

Palavras-chave: juiz, sistema acusatório, sistema Inquisitório, Ministério Público, princípio da congruência.

Abstract: The work will make a critical analysis of the relationship of article 385 of the Criminal Procedure Code with the accusatory system because the cited article brings the possibility for the judge to aggravate the conviction, as well as recognize the process, even if the Public Ministry has deliberated by the aggravated sentence acquittal. of the accused. If there is to accuse a person made CPP with article 385 of the system. To study the subject, aspects of the Inquisitorial, mixed and accusatory systems were carried out, and their constitutional principles that govern the Brazilian criminal procedural system today.

Keywords: judge, accusatory system, Inquisitorial system, Public Ministry, principle of congruence

Sumário: Introdução; 1 Sistemas no processo Penal; 1.1 Sistema Inquisitório; 1.2 Sistema Acusatório; 1.3 Sistema Misto;. 2 Princípios Constitucionais relacionados com o sistema acusatório; 2.1 Princípio do contraditório 2.2 Princípio da ampla defesa. 2.3 Princípio da não culpabilidade 2.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz. 3 Princípio da Indisponibilidade. 4 Princípio da Congruência 5 Violação do artigo 385 do Código de Processo Penal ao sistema acusatório . 6 Considerações finais. 7 Referências

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adotou no sistema processual Penal acusatório, com intuito de garantir igualdade ao acusado, esse sistema, o Estado-Juiz deve fazer o julgamento de forma imparcial, ou seja, no sistema acusatório, deve ser dividida as responsabilidades de Julgar, acusar e defender⁸⁶, em que o Ministério Público terá a competência de acusar e o Juiz de julgar, ou seja, o magistrado será um "terceiro imparcial, alheio a labor de investigação⁸⁷", por isso no sistema acusatório os indivíduos que acusam e julgam **serão distintos**, o que difere do Sistema Inquisitório, em que "as funções de acusar, defender e julgar, estão reunidas na mesma figura⁸⁸", sendo assim, no sistema Inquisitório não são respeitados os princípios constitucionais, nem o contraditório ou ampla defesa, o acusado fica claramente à mercê do livre convencimento do juiz, e este no sistema inquisitório deverá acusar e julgar.

Obviamente, quando o Ministério Público pede que o réu seja inocente, e pede sua absolvição, o juiz não pode condenar, tendo em vista que o poder de punir do Estado se deve através do pedido de acusar do Ministério Público (MP), ou seja, só o MP poderá ser titular e oferecer a denúncia de um crime de ação Penal pública⁸⁹. Por isso, o objeto de estudo visa analisar, a violação do sistema Acusatório, quanto à aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal, que indica: "Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição [...]"⁹⁰ ao final desta pesquisa, será mencionado tanto a conclusão, se o artigo 385 do CPP viola ou não o sistema acusatório quanto considerações gerais acerca do problema.

1. SISTEMAS NO PROCESSO PENAL

Antes de analisarmos o sistema adotado pela Carta Magna, qual seja o Acusatório, se faz necessário entender o conceito do que significa "sistema" no processo penal: "[...] sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.128, 2015.

⁸⁷ LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo Penal: Introdução Crítica. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur, p.74, 2022.

⁸⁸ COSTA, Alessandra Abrahão; REIS NETO, Milton Mendes. A (in) constitucionalidade de decisão judicial em prejuízo do réu diante de pedido absolutório do ministério público: análise do Artigo 385 do Código de Processo Penal. Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 24-36, 2019. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/125>. Acesso em: 02 de Mai de 2022.

⁸⁹ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 28 ed. São Paulo: Atlas, p.57,2020..

⁹⁰ BRASIL. Planalto. Decreto-Lei n. 3689 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: 04 de Mai de 2022.

com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”⁹¹

Os sistemas de modelos históricos no processo penal relevantes para o estudo são: Sistema Inquisitório, Sistema Acusatório e Sistema Misto, tendo em vista que é importante entendermos cada um dos itens acima, para compreendermos o sistema acusatório, o que trará um entendimento a respeito da aplicação das normas no processo penal.

1.1 Sistema Inquisitório:

Surgiu em regimes de monarquia e se aperfeiçoou no direito canônico⁹², o sistema inquisitório existiu para que o Estado-Juiz pudesse punir os crimes na época, através de sua reivindicação, possuindo a função de julgar e acusar concentradas no mesmo órgão, ou seja o mesmo juiz que julgava também acusava e não aceitava as provas trazidas pelo réu, sendo certo que o acusado era apenas objeto do processo, e não sujeito de direitos. Conforme doutrina de Frederico Marques “o sistema inquisitivo se apresenta quando o juiz, além de sua função de decidir, que lhe é própria, assume mais uma outra das restantes ou, na verdade, todas as outras”⁹³.

Sendo assim, neste modelo de sistema inquisitivo inexistente a “separação de funções”⁹⁴, o que, de acordo com Ferrajoli, torna o sistema antigarantista, sendo incompatível com Estado Democrático⁹⁵.

Todavia, possui como características: mesmo órgão possui todas as funções (Julga, acusa e “defende”) o que deixa de lado a parcialidade do magistrado; o processo é realizado em total segredo, o que torna omissivo; inexistente o contraditório ou ampla defesa, pois o réu não possui nenhuma garantia.

Nesse contexto, o sistema Inquisitivo, nos demonstra uma incompatibilidade com as garantias Constitucionais, pois não respeita ou não assegura ao acusado um julgamento com imparcialidade do juiz, nem respeita o princípio da congruência, do contraditório ou ampla defesa ou da não culpabilidade, mais adiante faremos uma análise destes princípios. Esse sistema, de acordo com Aury Lopes, “ Foi desacreditado - principalmente por incidir

91 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri[SP]: Atlas, p.28, 2021.

92 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri[SP]: Atlas, p.78, 2021.

93 MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, p.201 1997.

94 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri[SP]: Atlas, p.79, 2021.

95 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.35, 2002.

em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”⁹⁶

1.2 Sistema Acusatório:

A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo e eles exerciam a acusação com juiz passivo, bem como julgamento popular. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do direito civil da época.⁹⁷ Em Roma podemos citar que existia dois tipos de processo, o que era acusatório que era predominantemente privado e o outro processo que era iniciado pelo Juiz, de ofício, que ocorreu na Monarquia, mas não predominou na República, pois ocorreu nesta fase o processo ordinário, em que houve a separação das funções (julgar e acusar).⁹⁸

Atualmente, a Doutrina majoritária entende que o sistema acusatório para ser determinante, deverá ocorrer a separação das funções dos órgãos, ou seja, oposto ao sistema Inquisitório, deverá existir uma compreensão da “separação de funções” de cada órgão⁹⁹, cada um segue um caminho contrário, ou seja para a função de acusar, nos casos de crimes de ação Pública o Ministério Público que possui legitimidade de realizar a denúncia, na função de defesa cabe ao advogado ou defensor público do acusado exercer as garantias do acusado (contraditório e ampla defesa) e na função do órgão julgador o magistrado o fará de forma imparcial, após receber a denúncia de quem possui legitimidade. O princípio acusatório viabiliza a democracia processual, instituindo a descentralização do poder¹⁰⁰ Deve existir, uma imparcialidade por parte do magistrado, pois é ele que deverá aplicar as normas, só se for provocado, todavia, ao ser acusado o réu, ele terá garantias e poderá exercer seus direitos, sua defesa será respeitada através do contraditório e ampla defesa, mais a frente vamos descrever sobre esses princípios. Sendo assim, no sistema acusatório podemos observar, que há “três personagens diferentes: juiz, autor e réu”¹⁰¹ em que o juiz não poderá iniciar o processo, como já descrito, pois existe

96 LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional: Volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p.68, 2007.

97 LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo Penal: Introdução Crítica. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur, p.73, 2022.

98 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, p.90 2016

99 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri[SP]: Atlas, p.79, 2021.

100 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri[SP]: Atlas, p.79, 2021.

101 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Disponível

um órgão próprio para que o faça, nos crimes de ação penal pública o Ministério Público é titular para propor a denúncia ao juiz, e o magistrado ficara afastado desta função.

Podemos analisar que o sistema acusatório possui como características, conforme a Doutrina Majoritária: existência de separação das funções de cada órgão; o processo deve respeitar o princípio da publicidade dos atos processuais (admite exceções de sigilo para certos atos) ; o acusado é um sujeito que possui direitos, o que garante o respeito ao contraditório e ampla defesa no processo e reverencia as garantias constitucionais elencadas na Magna Carta; além disso, há uma indispensável imparcialidade do órgão que irá julgar. Esse modelo de sistema Acusatório é considerado por alguns doutrinadores de sistema acusatório puro, em que “possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão”¹⁰².

Nas palavras de Paulo Rangel, o sistema acusatório, o magistrado não mais inicia de ofício “a persecução penal. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para propositura da ação. Na França, em fins do século XIV, surgiram *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao Ministério Público. Assim, o titular da ação penal pública passou a ser o Ministério Público, afastando, por completo, o juiz da persecução penal.”

Nesse sentido, podemos destacar que o sistema processual penal acusatório busca implantar um ambiente processual democrático e argumentativo, “por isso possui uma manifesta relevância, pautado no contraditório amplo, dentro do qual se pretende a proteção de garantias fundamentais”¹⁰³ postos pela Constituição de 1988.

1.3 Sistema Misto:

A origem se deu após a Revolução Francesa, essa forma de sistema processual penal uniu algumas características dos sistemas Inquisitório e Acusatório, em que na fase de instrução preliminar ocorre o sistemas inquisitório – (investigação preliminar pela autoridade policial) – e na fase de julgamento há uma “predominância” do acusatório. Acerca do assunto Nucci informa que “num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a

em:<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194937/000871257.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em 29 de Mai. 2022.

102 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.58, 2021.

103 MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p.147.

publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas” não existe um processo acusatório puro ou inquisitório puro, há predominância dos dois sistemas, conforme descreve o autor, esse sistema “misto” é adotado na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo nos tempos atuais¹⁰⁴. De acordo com Aury Lopes Junior não se pode afirmar que o “sistema é misto”, pois “é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.[...] ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz”¹⁰⁵.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DO SISTEMA ACUSATÓRIO:

A constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório, de acordo com Carvalho mesmo com a escolha desse sistema que melhor representa um Estado Democrático de Direito, ainda prevalece no Brasil a “teoria da aparência acusatória”, tendo em vista que há práticas judiciais que são vigorosamente influenciadas pelo sistema inquisitivo¹⁰⁶. A CF de 1988 garantiu a legitimidade nos crimes de ação Penal Pública ao MP (Ministério Público) conforme observamos no art. 129, inciso I da CF/88¹⁰⁷, sendo assim, o poder de punir do Estado esta condicionado ao pedido realizado pelo MP, tendo em vista que só este órgão possui a legitimidade para pedir a acusação (fazer a denuncia), após o órgão julgador receber a denuncia do MP, a CF/88 assegura ao réu garantias constitucionais, sendo assim, uma das atribuições do processo penal é proteger os direitos fundamentais, visando garantir o tratamento democratico e honesto ao réu visando sua ressocialização, essa “garantia penal ”se propõe como um sistema de limites, de vínculos, voltado para a garantia de funcionamento de todos os direitos declarados em nossas Constituições”¹⁰⁸.

104 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.59, 2021.

105 JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 134.

106 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, p32, 2014.

107 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;[...]

108 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Nesse sentido, em respeito aos princípios basilares do sistema Acusatório, quais sejam, conforme menciona a doutrina majoritária: O respeito a tripartição das funções (julgar, acusar e defender por órgãos distintos) ; Princípio da Dignidade; princípio da imparcialidade do juiz ; Princípios do Contraditório e da Ampla defesa, mais a frente iremos estudar sobre esses dois princípios, dentre vários outros princípios delineados pela CF/1988.

2.1 Princípio do contraditório:

O contraditório é de extrema relevância no sistema acusatório, tendo sua garantia respaldo na Carta Magna no art. 5º, inciso LV, que dispõe “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”¹⁰⁹. Com positividade expressa na Constituição Federal de 1988, este princípio fora reconhecido como um direito de primeira geração, tendo em vista a proteção à liberdade, conforme Alencar ¹¹⁰.

O princípio do contraditório será aplicado independente do polo da relação processual , tanto no órgão que acusa quanto a defesa, significa que esse princípio concede a uma das partes no processo a oportunidade para impugnar, contestar “contrariar ou fornecer uma versão própria acerca de alguma alegação ou atividade contrária ao seu interesse” ¹¹¹ , o que assegura paridade entre as partes¹¹² .

O contraditório será reconhecido legítimo, quando se permitir a parte a “ oportunidade para manifestação” em relação a algum ocorrido no processo, mesmo que não seja utilizado. Neste sentido, o contraditório possui dois elementos necessários, o direito à informação e o direito à devida participação no processo. Por fim é importante ressaltar que o direito ao contraditório não é exigível em sede de inquérito policial , tendo em vista que se trata de um procedimento administrativo de caráter informativo, de acordo com Alencar¹¹³ . A decisão judicial que possui a participação eficaz de todos os

109 BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art.5, LV.

110 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodvim. p.76, 2017.

111 NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, p398, 2015.

112 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodvim. p.77, 2017.

113 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodvim. p.76, 2017.

interessados em todas as fases do processo tem maiores chances de aproximação dos fatos e do direito ser aplicado de forma exata , abrangendo assim todos argumentos favoráveis e não favoráveis a uma ou outra pretensão.¹¹⁴

2.2 Princípio da ampla defesa

Enquanto o contraditório que irá proteger ambas as partes do processo (autor e réu) se difere da ampla defesa, pois neste princípio a garantia será de uma parte determinada, o réu¹¹⁵ . Sendo assim, o princípio da ampla defesa realiza-se pelas subdivisões: Defesa Técnica e Autodefesa, esta é realizada pelo próprio imputado ; a defesa técnica será realizada por um profissional habilitado e no processo penal se não ocorrer, constituirá nulidade absoluta, caso houver prejuízo ao acusado, conforme informa a jurisprudência¹¹⁶. Nesse sentido, quando o acusado não tiver um advogado o próprio Processo Penal prevê a nomeação de defensor público. Portanto, podemos concluir que tanto o princípio do contraditório junto ao princípio da ampla defesa , institui-se como " pedra fundamental de todo o processo"¹¹⁷, e por isso de relevante importância para o sistema acusatório, tendo em vista a utilização por parte do órgão de defesa.

2.3 Princípio da não culpabilidade

O princípio da não culpabilidade foi introduzido expressamente na Carta Magna, art 5, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", esse postulado da não culpabilidade inserido expressamente em nosso ordenamento jurídico, pressupõe o reconhecimento da autoria do crime, somente após o trânsito em julgado, antes disso o acusado deve ser considerado inocente ("o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais" e quando for de relevancia necessidade), a regra será a liberdade.

Do princípio da não culpabilidade , originam duas regras fundamentais: " a regra probatória, ou de juízo, segundo o qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado - e não este provar sua inocência - e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado , o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade." Portanto, podemos destacar, que enquanto não acontecer o trânsito em

114 PACHELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 20 ed. São Paulo: Atlas, p.44, 2016.

115 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodvim. p.77, 2017.

116 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Sumula 523. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/aplicacaoosumula.asp> . Acesso em 09 de Jun. de 2022.

117 PACHELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 20 ed. São Paulo: Atlas, p.44, 2016.

julgado a sentença condenatória, ainda não acontece a culpa, de acordo com Renato Brasileiro, para estarmos diante do sistema acusatório, se faz necessário” a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade”.¹¹⁸

2.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz

Um dos postulados de maior relevância no sistema acusatório, ou seja o órgão que irá julgar precisa ser imparcial, tendo em vista que o magistrado será o garantidor da eficácia dos direitos elencados na Carta Magna, por isso vale ressaltar que o juiz deve estar alheio aos interesses das partes, equidistante as mesmas, para exercer sua posição de julgador de forma imparcial, tendo em vista que a posição do magistrado no processo Penal possui papel fundamental. Para Aury Lopes Junior, o princípio da Imparcialidade é o princípio Supremo do Processo, neste sentido, deve ser interpretado que só no sistema processual penal acusatório, que irá manter o julgador “afastado da iniciativa e gestão da prova”, organiza condições para a possibilidade de ter no processo penal um juiz imparcial, o que de acordo com Aury Lopes Junior, seria impossível a imparcialidade do magistrado caso a estrutura seja inquisitiva.¹¹⁹

É importante salientar, que a importante crítica que os doutrinadores fazem ao sistema acusatório, até os dias atuais é “exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo de decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (por meio da inquisição) um gravíssimo erro.”¹²⁰

De acordo com Aury Lopes, o sistema acusatório assegura a imparcialidade e um sossego mental do magistrado que sentenciará, pois o réu deixa de ser um mero objeto (o que ocorre no sistema inquisitório) e assume uma posição verdadeira como parte do polo passivo do processo penal.

118 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume único. 7 ed. Editora JusPodvím, 2019.

119 LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo Penal: Introdução Crítica. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur, p.71, 2022.

120 LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo Penal: Introdução Crítica. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur, p.74, 2022.

Portanto, podemos inferir que é a separação das funções dos órgãos que irá criar possibilidades para que se efetive a imparcialidade do órgão julgador, e somente no sistema acusatório- Democrático que teremos “a real” figura do juiz imparcial em que o magistrado se mantém equidistante da esfera de atividades das partes no processo.

3. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE

Esse princípio decorre de outro princípio, qual seja o da obrigatoriedade, este nas ações penais públicas o órgão do Ministério Público, em regra está obrigado a agir, mas existem exceções, conforme doutrina de Nucci, “abrandando o princípio da obrigatoriedade, tal como demonstra a suspensão condicional do processo, instituto criado pela Lei 9.099/95, bem como a possibilidade de transação penal, autorizada pela própria Constituição (art. 98, I). A Lei 13.964/2019 introduziu, também, o acordo de não persecução penal, atenuando a obrigatoriedade da ação penal.”¹²¹

Após iniciado o processo penal os órgão responsáveis da persecução penal não podem dela dispor, ou seja, em um crime de ação penal pública, o órgão que possui legitimidade de acusar é o MP (Ministério Público) após realizar a denúncia e esta for aceita pelo juiz o órgão acusador (MP) não poderá desistir da ação interposta.¹²²

Nesse sentido, caso o MP esteja convencido , após a instrução probatória, da inocência do réu, deve manifestar-se, “como guardião da sociedade e fiscal da justa aplicação da lei, em sede de alegações finais”, e pedir a absolvição do imputado, o que nos dizeres de Alencar, quando o MP pedir a absolvição não significa que esta dispondo do processo.¹²³

4. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

A denuncia realizada pelo Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, deve conter toda a narrativa do crime com todas as circunstâncias, evitando assim deixar de fora da peça processual qualquer elementar ou causa de aumento de pena, podendo assim, após o MP realizar a denuncia o juiz possa aceitar ou não o pedido de acusação . Este postulado, existe para que não ocorra desconformidade entre o que pediu e o que foi concedido pelo juiz, pois o órgão julgador não pode julgar o acusado “com sentença extra

121 “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.” BRASIL. Planalto. Decreto-Lei n. 3689 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: 04 de Mai de 2022.

122 NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense. p.44,2020

123 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodvim. p.81, 2017

petita, ultra petita, ou citra petita.” Em outros termos, o órgão julgador estaria condenando fora dos limites do que foi pedido e o acusado seria julgado por fato a ele não imputado¹²⁴

Nesse sentido, o princípio da Congruencia explica que o que está descrito na peça e foi pedido (nos crimes de ação penal pública - será a Denúncia) deve ter rigorosa relação com a sentença condenatória do juiz, não podendo este julgar o que não constar no pedido. Sendo assim, caso o MP no curso do processo verificar que não existem indícios suficientes de autoria, “embora provada a materialidade do fato, deve postular a absolvição do acusado, a fim de que, efetivamente, ele tenha proteção jurídica na coisa julgada formal e material”¹²⁵.

5. A VIOLAÇÃO DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Conforme artigo 385 do CPP os “ crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”, nesse sentido, o proprio código traz a possibilidade do órgão julgador condenar, mesmo que o órgão que acusa (o órgão que possui legitimidade) requeira a absolvição do acusado, conforme mencionado no item 4, seria uma contradição ao princípio da Congruência, pois como o órgão julgador iria julgar contrario do que fora pedido, por quem possui legitimidade para acusação, qual seja o Ministério Público.

De acordo com Aury Lopes Júnior, o artigo 385 do Código de Processo Penal “representa uma clara violação do Princípio da Necessidade do Processo Penal, fazendo com que a punição não esteja legitimada pela prévia e integral acusação, ou, melhor ainda, pelo exercício da pretensão acusatória”.¹²⁶ Se não há a pretensão acusatória do MP, como iria o órgão julgador condenar sem o pedido.

Nesse sentido, de acordo com Aury Lopes Jr o “art. 385 do CPP – é bastante sintomático do nível de involução do processo penal brasileiro: o juiz condenando diante

124 COSTA, Alessandra Abrahão; REIS NETO, Milton Mendes. A (in) constitucionalidade de decisão judicial em prejuízo do réu diante de pedido absolutório do ministério público: análise do Artigo 385 do Código de Processo Penal. Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 24-36, 2019. p.33 Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/125>. Acesso em: 04 de jun. de 2022.

125 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 29 ed. Barueri[SP]: Atlas. p.626, 2021.

126 LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 749.

do pedido expresso de absolvição do MP. Significa dizer que ele está condenando sem pedido, violando o princípio da correlação e deixando de lado o ne procedat iudex ex officio. Tudo isso é absolutamente incompatível com a estrutura acusatória e com a imparcialidade exigida do julgador.”¹²⁷

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise sobre os dispositivos elencados na Carta Magna, bem como no Código de Processo Penal (CPP), os princípios norteadores do sistema acusatório e os direitos e garantias fundamentais elencados na CF/88, percebeu-se que apesar do CPP e da Constituição terem adotado o sistema processual penal Acusatório, o artigo 385 do CPP viola este sistema, pois esta em desconformidade com os preceitos, como pode o órgão julgador condenar, sendo que não ocorreu o pedido da condenação.

Todavia, fica evidente que o sistema acusatório, adotado pela Carta Magna, as funções dos órgãos são absolutamente diversas, em que um órgão julga, um acusa e outro defende. O órgão julgador de extrema relevância para o sistema acusatório, pois deve haver a imparcialidade e o juiz se manter equidistante das partes no processo, para se ter um julgamento correto em um Estado Democrático.

Porém, de forma incontestável podendo o juiz condenar mesmo que o MP tenha pedido pela absolvição, viola o sistema acusatório, pois fere garantias e direitos elencados na própria Constituição Federal de 1988. Portanto, concluímos que a tarefa de acusar é exclusiva do MP (nos crimes de ação penal pública) a de julgar do juiz e a defesa dos defensores ou advogados constituídos, e, sendo assim, ao acolher o artigo 385 no CPP, verificamos que este dispositivo esta em desconformidade com o sistema acusatório, pois ofende a separação das funções de julgar e acusar e viola o princípio da congruência.

REFERENCIAS

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 , 1116p.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**: Volume I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. p.68, 2007.

COSTA, Alessandra Abrahão; REIS NETO, Milton Mendes. **A (in) constitucionalidade de decisão judicial em prejuízo do réu diante de pedido absolutório do ministério público**: análise do Artigo 385 do Código de Processo Penal. Revista da Faculdade de

127 LOPES JR, Aury. Fundamentos do processo Penal: Introdução Crítica. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur. p.41,2022.

Direito da FMP, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 24-36, 2019. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/125>. Acesso em: 04 de Mai de 2022.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo Penal: Introdução Crítica**. 8 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, 138p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 566p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, 712p.

BRASIL. Planalto. Decreto-Lei n. 3689 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: 04 de Mai de 2022.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 de Mai de 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, 472p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 29 ed. Barueri[SP]: Atlas, 2021, 1043p.

LOPES JR, Aury. **Não percebemos o quanto nosso processo penal é primitivo e inquisitório**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-16/limite-penal-processo-penal-brasileiro-primitivo-inquisitorio> . Acesso em 02 de Mai. 2022.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014

SOUZA, Ana Carolina Cardoso de. et al. **Revista Síntese: Direito Penal e Direito Processual Penal**. n.120, fev/mar 2020. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDP_120_miolo.pdf. Acesso em: 04 de Mai. 2022.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de

edições técnicas, ano 46, n. 183, Jul./Set. 2009. p.147. Disponível em : <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194937>. Acesso em 28 de Mai. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em 28 de Mai. 2022.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194937/000871257.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Aceso em 29 de Mai. 2022.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição:** princípios constitucionais do processo penal , 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 236p.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2020, 996p.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: Volume único. 7 ed. Editora JusPodvim, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Alessandra Abrahão; REIS NETO, Milton Mendes. **A (in) constitucionalidade de decisão judicial em prejuízo do réu diante de pedido absolutório do ministério público:** análise do Artigo 385 do Código de Processo Penal. Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 24-36, 2019. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/125>. Acesso em: 04 de jun. de 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Violação ao princípio acusatório – Não ocorrência do artigo 385 do CPP – Apelação Criminal n.1.0287.17.002975-8/001. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=3&totalLinhas=9&palavras=artigo%20385%20CPP%20viola%E7%E3o&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> . Acesso em 05 de Jun. de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Sumula 523. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/aplicacaoSumula.asp> . Acesso em 09 de Jun. de 2022.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodvim, 2017. p1839.

PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p1071.

CRIMES VIRTUAIS CONTRA AS CRIANÇAS: ESTUPRO VIRTUAL

HUGO WILLIAM DIAS:

Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário de Santa
Fé do Sul (UNIFUNEC)

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho apresenta uma abordagem sobre crimes virtuais cometidos contra crianças, tendo como o principal foco, o estupro virtual, dissertando sobre a qualificação do crime de estupro no ambiente cibernético, onde o autor se aproveita da vulnerabilidade da vítima com o fim de satisfazer a sua lascívia, tal pratica também se relaciona ao crime de pornografia infantil, uma vez que ao aliciar menores a reproduzirem atos libidinosos e posteriormente armazenando tais conteúdos o agente da conduta passa a cometer também o crime tipificado no Estatuto da Criança e do adolescente, por fim, as formas de combate e repressão as violações dos direitos garantidos pela constituição e pelas legislações especiais que protegem as crianças. O presente projeto fora produzido baseado em pesquisas na internet, livros da biblioteca institucional e artigos científicos utilizando de metodologia dedutiva. Conclui-se que o objetivo deste trabalho é expor os perigos da internet a uma criança e evidenciar determinadas medidas que os tutores devem tomar para evitar que seus filhos sejam vítimas de tamanha crueldade, instruindo também como proceder em tais casos.

Palavras Chaves: Estupro. Criança. Virtual. Vulnerabilidade. Pornografia.

ABSTRACT: The present work presents an approach on virtual crimes committed against children, having as the main focus, the virtual rape, disserting on the qualification of the crime of rape in the cyber environment, where the author takes advantage of the victim's vulnerability in order to satisfy the their lewdness, such practice is also related to the crime of child pornography, since by enticing minors to reproduce libidinous acts and later storing such contents, the conduct agent starts to also commit the crime typified in the Child and Adolescent Statute, finally , ways of combating and repressing violations of rights guaranteed by the constitution and by special legislation that protects children. This project was produced based on internet research, books from the institutional library and scientific articles. The objective of this work is to expose the dangers of the internet to a child and highlight certain measures that guardians must take to prevent their children from being victims of such cruelty, also instructing how to proceed in such cases.

Key Words: Rape. Child. Virtual. Vulnerability. Pornography.

1. INTRODUÇÃO

A internet se tornou uma ferramenta essencial para a sociedade, principalmente em tempos de pandemia do COVID-19. Por conta do isolamento social foi necessário adaptar diversas tarefas cotidianas ao mundo virtual, seja o trabalho que passou a ser em *home office*, ou a utilização do Ensino Remoto para o aprendizado, coisas essas que só puderam ser alcançadas graças a tecnologia.

Com a intensa expansão do *cyber* espaço e o uso intensivo das redes sociais, junto das facilidades proporcionadas, também se criou uma imensa área para a prática de crimes, principalmente de cunho sexual, pela possibilidade do anonimato os delinquentes criam mais confiança para a sua prática, por acreditarem estar protegidos de investigações.

Tais crimes de cunho sexual possuem como principal alvo os menores de idade, que por conta de sua vulnerabilidade e falta de proteção, acabam se tornando “presas” fáceis para os denominados predadores sexuais.

Diante do anonimato proporcionado pela internet, pessoas mal-intencionadas, se camuflam como crianças e adolescentes, esses indivíduos se aproximam das possíveis vítimas, na tentativa de ganhar sua confiança para aliciar os menores a práticas de *sexting*, que consiste na troca e compartilhamento de conteúdo e mensagens eróticas tais como vídeos, fotos e recados

O *sexting* por si só não é uma prática delituosa, quando praticado com uma pessoa maior de idade e que não seja vulnerável. Quando se trata de crimes contra a Criança e o Adolescente, tal ato já se configura como uma infração ao artigo 241 – B do Estatuto da Criança e do Adolescente, como o crime de Pornografia Infantil.

Quando o infrator adquirir tais conteúdos já pode ser considerado o Estupro de Vulnerável uma vez que mesmo com o consentimento do menor de idade, a lei não o considera capaz de exercer sua liberdade sexual, configurando então o crime nos ditames do artigo 217 do Código Penal que passou a possibilitar tal entendimento através da alteração pela Lei 12.015/09.

Sendo assim o presente estudo tem como finalidade analisar o artigo 213 e 217 do Código Penal, as alterações no crime de Estupro realizados pela Lei 12.015/09 e a adequação para o ambiente virtual através da interpretação dos atos libidinosos pelo entendimento doutrinário, juntamente com a jurisprudência dos casos julgados, discutindo sobre a prática do crime de Estupro Virtual contra Crianças, apontando as formas de execução, os riscos e o aumento dos casos durante a pandemia, as possíveis

consequências de tal crime, tanto para adultos quanto para menores de idade que ainda estão em desenvolvimento psicológico, assim como os métodos de proteção e combate oferecidos pela lei brasileira e pelos sites de comunicação social, para assegurar a dignidade, honra e segurança das crianças e adolescentes no âmbito virtual.

2. DOS TIPOS PENAIS

2.1 Crimes virtuais:

Antes de adentrarmos no tema da pesquisa, é necessário introduzirmos o termo Crimes Virtuais ou Crimes Cibernéticos, a fim de não ocorrer dúvidas quanto a execução de um delito dentro das redes e os delitos cometidos no mundo real.

Os Crimes virtuais advêm de uma grande expansão da área da informática. Com os avanços tecnológicos e sociais e a criação de ferramentas de comunicação, como as redes sociais, facilitou-se o relacionamento entre pessoas do mundo todo. Toda essa modernização também chegou à área dos delitos que se adaptaram para o ambiente virtual.

Entende-se por crime cibernético toda a atividade criminosa feita através de um computador ou que tenha por alvo algo que só poderá ser acessado em um, seja uma rede de computador, um dispositivo ou dados armazenados.

Seguindo este pensamento, aduz Augusto Rossini:

[...] o conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e a confidencialidade. (ROSSINI, 2004, p. 110)

Os tipos mais comuns de crimes cibernéticos são relacionados a informações, como dados financeiros, muitas das vezes com a intenção de extorquir uma empresa. Alguns crimes somente são possíveis através de um computador, outros se moldaram a tal evolução se adaptando a esta ferramenta, como o próprio crime de estupro virtual, que como estupro já era dado como crime pela redação do Artigo 213 do CP, sendo que a partir da alteração 12.015/09 passou-se a interpretar outros atos libidinosos que podem ser praticados pela internet.

2.2 Crime de estupro e atos libidinosos

Quando se fala em crime de estupro muita das vezes pode ocorrer uma confusão com o termo, isso porque ainda se tem como senso comum que estupro apenas ocorre quando há a conjunção carnal (cópula pênis-vagina), tal como configurava a lei até pouco tempo.

O crime de estupro existe desde os primórdios do ordenamento jurídico no Brasil, hoje configurado pelo Código Penal através da redação da Lei nº. 12.015/09, fora ampliado a sua interpretação devida as mudanças feitas no artigo 213 e todos os seus derivados como o 217, o que acarretou novas interpretações quanto ao dispositivo, ocasionando a possibilidade de extensão da aplicação deste.

Com a alteração o crime de estupro foi inserido dentro dos denominados “Crimes contra a Liberdade Sexual”, o qual dispõe o Artigo 213:

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena: - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§1.º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§2.º Se da conduta resulta morte:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

(BRASIL, 2009)

Com a entrada dos atos libidinosos a lei, foi criada uma ampla gama de possibilidade da consumação do delito de estupro. O novo texto prevê que o constrangimento seja a “alguém”, tornando possível que qualquer pessoa seja vítima, inclusive homens cis e transexuais e não somente as mulheres, seguindo a mesma linha de raciocínio para o polo ativo do crime. Já não mais se configura como estupro apenas a conjunção carnal, a partir desta alteração enquadra-se no delito diversas outras práticas que tenham por objetivo a satisfação da lascívia, dado no texto como “atos libidinosos”.

O objetivo do Legislador na criação do crime de estupro é proteger a liberdade sexual da vítima, seu poder de escolha sobre fazer ou não, como dispõem Gusmão (2001,

p. 35) “a liberdade sexual é representada por sua característica maior que é o consentimento. Quando violada a liberdade sexual, impedindo que a vítima exerça o poder desse consentimento, afeta o direito sobre o seu corpo, tornando-se assim um crime”. Nessa mesma linha de pensamento complementa Bitencourt (2012, p. 51) que “para configurar o estupro é necessário o dissenso (não consentimento) sincero e positivo da vítima durante todo o ato sexual, ou seja, uma reação efetiva à vontade do agente de com ele ter conjunção carnal”. No caso em que a negativa não é sincera ou se depois de resistir, consentiu o ato sexual, não se fala em crime de estupro.

A doutrina classifica o delito da seguinte maneira:

Trata-se de crime *comum* (aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa), *plurissubsistente* (costuma se realizar por meio de vários atos), *comissivo* (decorre de uma atividade positiva do agente “constranger”) e, excepcionalmente, *comissivo por omissão* (quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes – art. 13, § 2º, do CP), *de forma vinculada* (somente pode ser cometido pelos meios de execução previstos no tipo penal: violência ou grave ameaça), *material* (só se perfaz com a produção do resultado conjunção carnal ou outro ato libidinoso), *de dano* (só se consuma com a efetiva lesão ao bem jurídico protegido, a liberdade sexual da vítima), *instantâneo* (uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga), *monosubjetivo* (pode ser praticado por um único agente), *doloso* (conquanto a previsão de modalidade culposa), *não transeunte* (quando praticado de forma que deixa vestígios), ou *transeunte* – quando praticado de forma que não deixa vestígios (MAGGIO, 2013, p. 01).

Para tratar de crimes contra a liberdade sexual é fundamental a compreensão do artigo 213, pois este é o principal precursor do título penal, conforme apontado por Queiroz (2011): “O estupro é o tipo penal fundamental, relativamente aos demais crimes contra a liberdade sexual (assédio etc.), que são acessórios, razão pela qual ocorrência desses últimos pressupõe a não incidência do tipo principal.”. Dessa forma compreende-se o destaque do crime de Estupro perante os demais artigos dos crimes contra a liberdade sexual, por se tratar de um Dispositivo “norteador”.

O Legislador busca trazer um conceito mais amplo para o crime de estupro ao adicionar os chamados Atos Libidinosos, que pelo Código Penal é dividido em dois tipos, sendo o 1º e mais conhecido a conjunção carnal, sendo a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina e o 2º tipo introduzido recentemente ao dispositivo que

consiste nos outros atos, estes que são quaisquer formas do autor do delito em satisfazer a sua lascívia.

Os outros atos são considerados desde atos “simples” como por exemplo o toque, a masturbação ou um beijo lascivo, popularmente dito como beijo de língua, até práticas mais gravosas, que não eram alcançadas na redação anterior, como o coito anal, ou sexo oral dentre outras diversas ações que podem ser pretendidas pelo infrator, desde que, através dela ele satisfaça a sua lascívia.

O objetivo da lei de estupro é tutelar o bem jurídico da liberdade sexual, o direito de escolher quando, com quem e como praticar atos de cunho sexual, logo foi de suma importância e urgência a implementação de tal regra ao crime de estupro, uma vez que, assim como a conjunção carnal, estes atos também atentam contra a liberdade sexual do indivíduo pois há o constrangimento da vítima. Segundo Maggio o constrangimento, verbo do crime, significa obrigar, coagir, compelir ou forçar a vítima através da violência ou da grave ameaça (2013), o que leva a possibilidade do crime sem a conjunção carnal.

3. TIPOS DE ESTUPRO

3.1 Estupro x Estupro de Vulnerável

Para o tema em questão é importante ressaltar que abordaremos o artigo 217-A do Código Penal, que aborda o crime de Estupro de Vulnerável. A vulnerabilidade está atrelada a pessoas que não possuem aptidão psicológica ou física e assim capacidade para compreensão da prática do ato libidinoso.

Configura o art. 217-A:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

(BRASIL, 2009)

A diferença entre ambos os dispositivos legais está no Discernimento e na Vulnerabilidade da Vítima.

O Código Penal considera vulnerável as seguintes pessoas:

- a) Pessoa menor de 14 anos;
- b) Pessoa que, por enfermidade mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato;
- c) Pessoa que, por deficiência mental, não tiver o necessário discernimento para a prática do ato;
- d) Pessoa que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência.

Para ser configurada a conduta descrita no artigo 213 é necessário o discernimento da vítima, ou seja, somente se enquadrara ao delito quando a pessoa tem a capacidade para tomar decisão e compreender a conduta, o que gera a capacidade de a pessoa consentir ou não com o ato sexual. Já no art. 217-A o consentimento é irrelevante, pois a vítima não possui o discernimento necessário para compreender a conduta, conforme cita Queiroz (2011) "Quando se tratar de estupro de vulnerável, o consentimento eventualmente dado pelo ofendido é, em princípio, juridicamente irrelevante, porque inválido."

Sendo assim observa-se que diferente do estupro que tem como elemento o constrangimento e o não consentimento da vítima através de violência ou grave ameaça, o crime de estupro de vulnerável se enquadra como delito mesmo quando há o aceite, uma vez que ela não possui capacidade para compreender o que está ocorrendo, sendo assim, basta ocorrer o ato libidinoso para se enquadrar a conduta delituosa.

3.2 Estupro virtual

Explicada as alterações feitas pela Lei 12.015/09, passamos para o entendimento de como é possível o crime de estupro ser plausível em ambiente virtual. O estupro virtual é fruto do avanço tecnológico, com o avanço da internet e o aumento massivo de novas formas de se relacionar tais como as mídias sociais (Facebook, Twitter, Instagram, Whatsapp etc.) o crime de estupro se “modernizou” e hoje pode ser praticado também através do *cyber* espaço.

Ao citar “(...)praticar ou permitir que com ele se pratique **outro ato libidinoso**” a lei abre interpretação para que se enquadre o crime de forma cibernética. Mesmo que não haja o termo “virtual” no Código penal, é amplamente aceito por juristas tal possibilidade, uma vez que haja o constrangimento da vítima e o ato libidinoso pelo qual o autor do crime satisfaça sua lascívia.

Camargo (2019) esclarece que na ocorrência do crime de estupro virtual o autor diferente do crime de estupro físico, não utiliza da força bruta, mas sim da violência e domínio psicológico, utilizando de chantagens ameaças chegando ao constrangimento da vítima. Sendo assim havendo o constrangimento da vítima e a falta de consentimento, configura-se o crime de estupro.

Assim conceitua-se estupro virtual: “se caracteriza pela ameaça ou coação através da internet para o cometimento de todo e qualquer ato libidinoso. Ou até mesmo, o uso de imagens usadas para chantagear a outra parte” (CAMARGO, 2019, p. 01).

O seguinte caso é um exemplo: uma pessoa, ao conhecer outra em uma rede social passa a trocar mensagens, após algum tempo, iniciam-se os flertes e acreditando se tratar de uma pessoa bem-intencionada, a vítima acaba por enviar fotos íntimas. O agente ao obter a foto, passa a ameaçar a vítima de expor o conteúdo, obrigando assim a dona da foto a satisfazer a lascívia do autor, se masturbando através de vídeos ou durante uma chamada.

Nota-se que no caso, ao destrincharmos o dispositivo legal, há todos os pressupostos da lei para a aplicação do entendimento do crime no âmbito virtual, há o

constrangimento da vítima, uma vez que lhe foi tirada a sua liberdade sexual, foi lhe retirado o poder de escolha de fazer ou não aquele ato, mediante violência ou grave ameaça, visto que há a ameaça através da chantagem do compartilhamento do conteúdo e pôr fim a prática do ato libidinoso, que foi os vídeos e a chamada de vídeo exigida pelo autor.

Não restam dúvidas que nesse caso, há sim o crime de estupro na sua forma cibernética, mesmo que no texto da lei não haja o termo. Não há diferenças entre o resultado de ambas as práticas, seja a física ou a virtual, a vítima não teve poder de escolha, pois ali havia a utilização da violência, de forma psicológica e as ameaças de divulgação. O objetivo da lei nos crimes sexuais é de proteger a liberdade sexual, o que claramente foi violado no caso exemplificado

Por mais que engatinhe o reconhecimento desse tipo de estupro no cenário jurídico atual, não podemos negligenciá-lo ignorando sua tipicidade, devendo, entretanto, ser punido como tal, pois a dignidade sexual do ser humano é uma só, ainda que figurando em dois mundos diferentes (o real e o virtual). DENIS CARAMIGO (2016)

Ainda que seja recente o engajamento da adequação da norma ao ambiente virtual, conclui-se a necessidade de termos uma forma de proteção das vítimas ao contexto inserido, não deixando como meros crimes de importunação, para uma ação que pode ter consequências desastrosas para a vítima.

Atualmente a tecnologia é parte fundamental do desenvolvimento de muitas crianças e adolescentes que exploram o universo virtual, para aprender, se divertir, produzir ou conversar, mas junto da imensidade de possibilidades que a internet proporciona aos jovens muitos acabam se expondo em situações de vulnerabilidade e risco.

Como a internet fornece a possibilidade do anonimato muitos adultos utilizam de tal fruto para cometer delitos ao acreditarem estar totalmente ir rastreáveis, a partir disso passam a manter contato com crianças e adolescentes, fingindo ter a mesma faixa-etária através de perfis *fakes*.

Após ganhar a confiança dos menores de idade, os condutores as convencem de serem mais íntimos e aproveitando da ingenuidade das vítimas passa a pedir fotos e vídeos de teor sexual. Tal conduta ocorre com facilidade pois muitas das vezes a vítima não chega a notar a prática do ato, ou não possui discernimento da ilicitude do ato.

Até aqui, o autor já está cometendo um crime gravíssimo, uma vez armazenado os conteúdos íntimos das vítimas já se configuram o delito de pornografia infantil de

acordo com ECA no seu Art. 241-B, o qual dispõe adquirir, possuir ou armazenar em qualquer meio, a pornografia infantil.

Além disso, só o aliciamento de crianças, por qualquer meio que seja, que tenha como objetivo de fazê-las se exibirem de forma pornográfica já é punível com pena de reclusão de 1 a 3 anos e multa.

O autor do crime sempre busca novos materiais, e para isso, a partir do momento em que o vulnerável começa a recusar os pedidos do estupro, que já estava cometendo o crime, já que como dito anteriormente, o consentimento da vítima nesses casos é irrelevante, ele passa a uma conduta mais grave, ameaçando a vítima da divulgação das fotos íntimas começando ataques e abusos psicológicos. A vítima por medo tanto das ameaças do autor como a possibilidade de ter sua intimidade exposta, passa a acatar aos pedidos.

4. JURISPRUDÊNCIAS

O primeiro caso registrado do crime de Estupro Virtual no Brasil foi em Teresina, Piauí em 2017 apenas 4 anos atrás. Nesta situação o namorado obrigava sua companheira a gravar vídeos se masturbando, caso contrário ele iria expor os vídeos que tinha nas redes sociais, o mesmo foi preso após uma denúncia da sua ex-namorada. O juiz do Caso, Luiz de Moura, entendeu que o estupro foi consolidado pois a ofendida, mediante coação moral irresistível, foi obrigada a realizar as ordens do autor.

Com o então julgamento inédito no país, esse tema ganhou grande destaque sendo pauta de diversas discussões desde então, alguns juristas como D'urso(2020, p. 01) afirmam: *"este julgado é mais um marco na história da Justiça e do Direito Digital, tratando-se de uma decisão que consolida mais ainda a questão do estupro virtual no Brasil, tema ainda controverso"*.

Outro caso conhecido, com elementos de pornografia infantil e estupro de vulnerável como ditos possíveis nesse estudo, foi de um estudante de 24 anos, de Porto Alegre/RS, se comunicava com um menino de 10 anos, de São Paulo/SP, via internet. Por meio de uma rede social, e de um software de áudio e vídeo, o acusado mantinha conversas de cunho sexual com a vítima, inclusive, sem roupa. O assédio foi descoberto pelo pai da vítima, que fez a denúncia. A investigação levou à prisão do estudante e à descoberta de que ele também armazenava cerca de 12 mil imagens contendo pornografia infantil (D'URSO, 2020, p. 02).

Neste caso a Juíza Tatiana Gischkow Golbert, da 6ª vara Criminal do Foro Central de Porto Alegre, condenou o ator do crime tanto pelo crime de Estupro, tendo em vista as práticas de atos libidinosos, por meio virtual com o menor de 14 anos, como os crimes de aquisição, posse ou armazenamento de material pornográfico, Artigo 214-B do ECA, e pelo crime de aliciamento/assédio de menores para exibição pornográfica, Artigo 241-D, também do mesmo Estatuto.

A Desembargadora do TJ/RS Fabianne Breton Baisch, citou que as provas além de deixarem claras as práticas do assédio e a demonstração nítida intenção da prática dos atos libidinosos, como de fato concretizados 2 vezes, conforme afirma a relatora (Proc. 70080331317). A defesa ainda tentou recurso em alegação de que o autor do crime não possuía conhecimento da idade da vítima e que a mesma aparentava ser mais velha, porém a magistrada refutou a tese, pois segundo ela as fotos das redes sociais da vítima revelavam nitidamente a sua idade.

Dessa forma a Desembargadora manteve a condenação fixando a pena em 12 anos, 9 meses e 20 dias de Reclusão apoiada pela Desembargadora Naele Ochoa Piazzeta e Dálvio Leite Dias, a primeira que acrescentou:

Debruçando-me sobre os autos, deparei-me com um agente de extrema periculosidade, estudante de importante Universidade deste Estado, utilizando-se das redes sociais e de sua ardileza para atrair o impúbere e com ele praticar os atos descritos na exordial, ferindo gravemente sua dignidade sexual e existindo indícios da execução de outros delitos em circunstâncias semelhantes. (...) Diante de tais informações, existindo indícios de que se trata de verdadeiro predador sexual, em muito diferenciado dos demais casos que esta Corte costumeiramente examina, inviável cogitar da aplicação da atenuante da tentativa como forma de observar a proporcionalidade entre fato típico e sanção.(TJ/RS 70.080.331.317)

Vale expor também o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça que se alinha ao julgado:

Inspirada nesse mandamento constitucional, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente precedente de Relatoria do em. Min. Joel Ilan Paciornik, lembrou que “a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido”. Destacou-

se, ali, que o “estupro de vulnerável pode ser caracterizado ainda que sem contato físico”. Na assentada, esta relatoria ainda salientou que “o conceito de estupro apresentado na denúncia (sem contato físico) é compatível com a intenção do legislador ao alterar as regras a respeito de estupro, com o objetivo de proteger o menor vulnerável. Segundo o ministro, é impensável supor que a criança não sofreu abalos emocionais em decorrência do abuso”. (Notícia extraída do sítio eletrônico do STJ, cuja veiculação ocorrera no dia 3/8/2016)” (AgRg no REsp 1.819.419/MT, j. 19/09/2019).

Diante do exposto, conclui-se que é válido e já utilizável o crime de estupro em ambiente virtual, perante a utilização da doutrina majoritária na jurisprudência.

5.EFEITOS DO ESTUPRO

5.1 Consequências

O crime de estupro pode causar danos irreparáveis ao psicológico da vítima, principalmente quando crianças. Ainda que gravosos muitas das vezes esses crimes não são denunciados, principalmente quando cometidos virtualmente, isso porque de um ponto de vista sociológico, desde o momento em que ocorre o crime, até o momento da queixa na Delegacia a vítima passa por um constrangimento enorme e toma aquele ato como vergonhoso, ainda que não seja sua culpa.

O problema se torna severamente problemático principalmente quando vem a público. As vítimas desse constrangimento não recebem o devido apoio, seja dentro da família, da escola ou do trabalho, são tidas como culpadas pelo acontecimento, ainda mais quando crianças, que por não terem o discernimento necessário, ao invés de amparadas são amplamente atacadas e julgadas, sofrendo perguntas como “Por que você fez isso?” “A culpa é sua, deveria tomar cuidado com quem fala!” esses questionamentos e acusações fazem com que a vítima se sinta culpada e com medo de novos ataques, não prossiga com a denúncia, o medo da represália popular muitas das vezes faz com que a vítima acabe acatando as ordens do autor do delito ao invés de prestar queixa.

Nesse sentido, temos o entendimento de Konder Comparato:

O impacto de um estupro pode ser devastador, pois se trata de uma experiência “extremamente desmoralizadora, despersonalizada e degradante”. [...] E as vítimas de estupro têm repetida tendência de virem a apresentar (a curto e longo prazo) transtornos psiquiátricos,

especialmente o TEPT, depressão, transtornos fóbico-ansiosos, transtornos relacionados a abuso de substâncias psicoativas, transtornos de personalidade, transtornos dissociativos, transtornos de somatização e transtornos alimentares (COMPARATO, 2007 apud JUNIOR, 2018, p. 03)

Para crianças, esse efeito é ainda mais devastador, uma vez que já não possuindo o necessário conhecimento e por estar na sua fase de desenvolvimento tanto físico como psicológico, acabam adquirindo traumas não somente proveniente da prática do autor, mas dos ataques populares. Tal falta de amparo acaba por gerar problemas psicológicos graves como depressão, ansiedade, pânico entre outros distúrbios que se não tiverem a devida atenção podem até mesmo levar a morte da vítima, através de um suicídio.

Dessa forma, é evidente que o crime de estupro virtual deixa marcas profundas na vítima, e na sociedade, uma vez que os seus integrantes sentem desprotegidos e acuados frente a uma possibilidade de terem a sua liberdade sexual desrespeitada ou violentada e ainda por cima exposta, causando uma onda de insegurança social e jurídica.

5.2 Aumento de casos e prevenção

Com o isolamento social, o número de crianças e o tempo que passam na internet teve um aumento estrondoso, de acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, as denúncias de exposição de crianças e adolescentes na internet ocupa o 5º lugar no ranking de crimes mais denunciados ao disque 100 no ano de 2020.

Alguns dados do CEACrim (Coordenadoria de Estatísticas e Análise Criminal) demonstram que os crimes praticados em ambiente virtual cresceram cerca de 265% no ano de 2020 em relação ao ano anterior.

Em entrevista à Cultura o Coordenador da CyberGaeco Richard Gantus Encinas analisa que o cenário do isolamento social e a potencialização do uso do ciberespaço, aumentou a exposição de menores de idade nas redes sociais. Para Richard, os adolescentes acabam por esquecer as consequências que um conteúdo em situação sexual pode ocasionar, ressalta ainda que tais atitudes podem acabar, involuntariamente, por alimentar a indústria de pornografia infantil.

O coordenador ainda ressalta a necessidade do monitoramento dos pais, para que sejam evitadas tais condutas, algumas das formas de prevenção estão na fiscalização dos sites que as crianças acessam, que podem ser facilmente bloqueados através de aplicativos próprios para a segurança infantil.

Algumas redes sociais já preocupadas com tais explorações, passaram a desenvolver métodos de proteção aos seus usuários, um dos exemplos é o Instagram que recentemente criou uma cartilha de políticas de segurança para menores de idade. Atualmente adultos não poderão enviar mensagens para menores que não os possuam em sua lista de amigos, a rede também disponibilizara uma notificação de comportamento potencialmente suspeitos a aqueles perfis que estiverem com condutas tendenciosas a exploração infantil.

Ressalta-se que, ao ocorrer o crime, em hipótese alguma deve-se culpar a vítima pelo ocorrido. Como exposto anteriormente, este é um caso totalmente delicado, a pessoa que sofreu o constrangimento já está devastada e sofrer ataques vindo daqueles que neste momento deveriam estar amparando, irá apenas agravar o caso dela.

A indicação de psicólogos e especialistas é de que as pessoas próximas a vítima, principalmente os pais, ajudem ela a passar por esse processo, desde a queixa, até as eventuais represálias, estupro é um crime sério com consequências irreparáveis.

O Brasil ainda enfrenta grandes problemas em relação a estrutura de redes e segurança pois a medida que a tecnologia avança os crimes virtuais aumentam proporcionalmente e ainda somos um país com escassez de mão de obra qualificada para esse trabalho, porém os esforços não são nulos e existem diversos programas e iniciativas para evitar tais atrocidades. A campanha Reconecte do Ministério da Família tem como objetivo fortalecer os vínculos familiares, ajudando os pais a conscientizarem seus filhos e manterem uma navegação segura e saudável nas redes.

6.CONCLUSÃO

Diante do exposto, é imprescindível a compreensão da necessidade do monitoramento das atividades das crianças dentro do meio tecnológico. A internet é uma ferramenta maravilhosa que se usada de maneira correta pode abrir diversas oportunidades de conhecimento, divertimento e socialização, mas para isso é necessário que estejamos sempre atentos aos indivíduos que utilizam de tais facilidades para a prática de delitos, principalmente aqueles que se aproveitam da vulnerabilidade das vítimas.

Embora tenha obtido um avanço significativo com a criação das leis Lei Carolina Dieckmann, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de dados o Brasil ainda é um país que caminha para a segurança digital, isso não significa que criminosos sairão impunes, a tecnologia tem facilitado a investigações de crimes através do rastreamento de IP.

Sendo assim, conclui-se que com os avanços tecnológicos na área de segurança e investigação de crimes cibernéticos juntamente da adaptação das legislações e os cuidados necessários por parte dos usuários, principalmente o monitoramento dos pais sobre seus filhos, somos capazes de melhorar cada vez mais o mundo virtual, para que se torne um ambiente seguro e saudável para todos.

REFERÊNCIAS

ASSOCIADOS, Posocco Advogados. **O que é estupro virtual?** 2017. Disponível em: <https://posocco.jusbrasil.com.br/noticias/497174996/o-que-e-estupro-virtual>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

CARAMIGO, Denis. **Estupro virtual: um crime real**. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/323390332/estupro-virtual-um-crime-real>. Acesso em: 26 maio 2021.

DISTRITO FEDERAL. Acs. Tribunal de Justiça. **Divulgação de pornografia infantil**. 2016. Disponível em: tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/divulgacao-de-pornografia-infantil. Acesso em: 25 maio 2021.

DUARTE, Marcella. **Abuso pela internet, estupro virtual entra na mira da polícia no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/01/25/abuso-pela-internet-estupro-virtual-entra-na-mira-da-policia-no-brasil.htm>. Acesso em: 26 maio 2021.

ENGLANDER, Elizabeth; MCCOY, Meghan. **SEXTING-PREVALENCE, AGE, SEX AND OUTCOMES**. 2018. Disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamapediatrics/article-abstract/2673715?resultClick=1>. Acesso em: 01 maio 2021.

ESTUPRO VIRTUAL: **Análise Doutrinária e Jurisprudencial**. São Paulo: Âmbito Jurídico, v. 202, 1 nov. 2020. Mensal. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/estupro-virtual-analise-doutrinaria-e-jurisprudencial/>. Acesso em: 02 nov. 2021

EXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA INTERNET OCUPA 5ª POSIÇÃO NO RANKING DO DISQUE 100. 2020. Disponível em: <https://www.gov.mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/novembro/exposicao-de-criancas-e-adolescentes-na-internet-ocupa-quinta-posicao-no-ranking-de-denuncias-do-disque-100>. Acesso em: 25 de Maio de 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2014. Disponível em: <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819865/crimes-contra-adignidadeseexual>>. Acesso em: 28 set. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal volume III**. Editora: Impetus, Rio de Janeiro, 2010.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

HARTUNG, Pedro Affonso. **A violação dos direitos de crianças e adolescentes na internet**. 2015. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-crimes-ciberneticos/documentos/audiencias-publicas/audiencia-publica-08-09.15/apresentacao-pedro-affonso-duarte-hartung>. Acesso em: 26 maio 2021.

HINOUE, Natália. **Em meio ao isolamento social, crimes virtuais contra menores de idade aumentam**. 2021. Disponível em: https://cultura.uol.com.br/noticias/18629_em-meio-ao-isolamento-social-crimes-virtuais-contra-menores-de-idade-aumentam.html. Acesso em: 09 maio. 2021.

KASPERSKY. **Dicas de como se proteger contra crimes cibernéticos**. 2016. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/resource-center/threats/what-is-cybercrime>. Acesso em: 26 maio 2021.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **O estupro e suas particularidades na legislação atual**. 2013. Disponível em: <<http://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/oestuproesuasparticularidades-na-legislacao-atual>>. Acesso em: 28 out. 2021.

MAYARA, Jessica. **Pedofilia virtual: especialista alerta sobre abuso sexual na internet**. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/bem-viver/2020/09/03/interna_bem_viver,1182279/pedofilia-virtual-especialista-alerta-sobre-abuso-sexual-na-internet.shtml. Acesso em: 26 jul. 2021.

QUEIROZ, Paulo. **DO ESTUPRO**. 2011. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/do-estupro/>. Acesso em: 26 jun. 2021.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SESTREM, Gabriel. **“Guerra a crimes sexuais contra crianças é cada vez mais tecnológica”, diz especialista em cibercrimes**. 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/guerra-contra-crimes-sexuais-criancas-e-tecnologica-especialista-cibercrimes-luiz-walmocyr-policia-federal-darknet/>. Acesso em: 26 jul. 2021.

SILVA, Monisse. **Diferenças entre estupro e estupro de vulnerável**. 2019. Disponível em: <https://monisse.jusbrasil.com.br/artigos/720002384/diferencas-entre-estupro-e-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 26 jul. 2021.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da. **Os crimes sexuais contra crianças e adolescentes no ambiente virtual**. 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-69/os-crimes-sexuais-contra-criancas-e-adolescentes-no-ambiente-virtual/amp/>. Acesso em: 31 jun. 2021.

O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO “CUSTOS VULNERABILIS” À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

LARISSA NUNES DE CARVALHO

RESUMO: O presente trabalho monográfico se propõe a examinar o papel da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis* no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, faz-se mister analisar as acepções de acesso à justiça, evolução normativa pertinente à instituição em âmbito constitucional e infraconstitucional, bem como o posicionamento dos tribunais superiores sobre a temática. Discorre-se a possibilidade dessa intervenção autônoma como forma de concretizar o postulado da dignidade humana e conferir efetividade à justiça no que tange à tutela dos vulneráveis jurídicos.

Palavras-chave: efetivação da justiça; defesa dos vulneráveis; intervenção institucional; Promoção dignidade humana; democracia substancial.

ABSTRACT: This monographic work aims to examine the role of the Public Defender's Office as Vulnerabilis Costs in the Brazilian legal system. Therefore, it is essential to analyze the meanings of access to justice, normative evolution relevant to the institution in the constitutional and infra-constitutional scope, as well as the position of the higher courts on the subject. The possibility of this autonomous intervention is discussed as a way to materialize the postulate of human dignity and make justice effective with regard to the protection of the legal vulnerable.

Keywords: enforcement of justice; defense of the vulnerable; institutional intervention; Promotion of human dignity; substantial democracy.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo discorrer sobre a vocação da Defensoria Pública na promoção dos direitos humanos dos vulneráveis, mormente através de sua atuação como *custos vulnerabilis* perante o Superior Tribunal de Justiça.

Como se sabe, incumbe ao Estado a tarefa de promover a efetivação do direito ao acesso à justiça, garantindo que todos tenham acesso igualitário à jurisdição e tenham condições concretas de exercer o seu direito constitucional de ação, sem preconceitos ou distinções indevidas em razão de sua condição econômica.

Sob esse enfoque, ao mesmo tempo em que deve atuar para eliminar os entraves econômicos que impedem ou dificultam o acesso à justiça, através da isenção de cobrança

de despesas processuais, o poder público deve conferir ao litigante com poucos recursos financeiros assistência jurídica, a ser prestada por defensor público.

Sendo a realização da justiça um dos pilares e objetivos centrais de um Estado Democrático de Direito, mister se faz assegurar o acesso amplo e igualitário à justiça aos indivíduos, sobretudo aos mais vulneráveis. Para tanto, a criação de novos mecanismos processuais voltados à tutela desse segmento, mostra-se de fundamental importância para concretização dos direitos encartados na constituição.

Levando essas premissas em consideração, este trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade da efetivação do direito fundamental à justiça e promoção da dignidade humana através de atuação da defensoria pública, de maneira autônoma, em nome próprio, na seara processual.

2. DA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS

A expressão *custos vulnerabilis* significa “guardião dos vulneráveis” e foi desenvolvida por Maurílio Casas Maia, Defensor Público Estadual do Estado do Amazonas, tendo por escopo fazer uma nova releitura do perfil institucional da Defensoria Pública, permitindo a defesa dos necessitados, considerados sob um espectro macro de vulnerabilidade – e não apenas econômico – em nome da própria instituição, em feitos individuais e coletivos que não figura como parte.

Nas lições de Maurílio Casas Maia, o termo *Custos Vulnerabilis*:

“ representa uma forma interventiva da Defensoria Pública em nome próprio e em prol de seu interesse institucional (constitucional e legal) – atuação essa subjetivamente vinculada aos interesses dos vulneráveis e objetivamente aos direitos humanos – representando a busca democrática do progresso jurídico-social das categorias mais vulneráveis no curso processual e no cenário jurídico-político” (Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes & distinções, ordem & progresso. Revista dos Tribunais. vol. 986. ano 106. págs. 27-61. São Paulo: Ed. RT, dezembro 2017, p. 45).”

Assim sendo, percebe-se que a intervenção defensorial, nessas circunstâncias, ocorre em favor de um grupo social vulnerável ou de uma pessoa específica em situação de vulnerabilidade.

Ressalte-se que se trata de uma intervenção autônoma, ou seja, ainda que haja advogado patrocinado no processo, a defensoria atuará como instituição voltada a proteção dos mais necessitados e não como representante processual da parte.

Vale ressaltar que as Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade traz a definição de vulneráveis para fins de maior guarda estatal:

“Aqueles pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico” [REGRAS de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 11.mai.2018.]

Em essência, consoante Leciona Márcio André Cavalcante, a intervenção da defensoria, como guardiã dos vulneráveis, tem como escopo agregar ao processo linha argumentativa, provas ou informações pertinentes aos vulneráveis, contribuindo para formulação de uma decisão mais escorreita e justa. Trata-se, na verdade, de uma atuação voltada à amplificação da voz dos vulneráveis, comumente silenciados pela sociedade e pelo Estado.

Conforme decidiu o STJ, a Defensoria Pública, indubitavelmente, tem como funções a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FAVOR DE IDOSOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE TIDO POR ABUSIVO. TUTELA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFESA DE NECESSITADOS, NÃO SÓ OS CARENTES DE RECURSOS ECONÔMICOS, MAS TAMBÉM OS HIPOSSUFICIENTES JURÍDICOS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS. [...]

2. A atuação primordial da Defensoria Pública, sem dúvida, é a assistência jurídica e a defesa dos necessitados econômicos, entretanto, também exerce suas atividades em auxílio a necessitados jurídicos, não necessariamente carentes de recursos econômicos, como é o caso, por exemplo, quando exerce a função do curador especial, previsto no art. 9.º, inciso II, do Código de Processo Civil, e do defensor dativo no processo penal, conforme consta no art. 265 do Código de Processo Penal.

3. No caso, o direito fundamental tutelado esta entre os mais importantes, qual seja, o direito à saúde. Ademais, o grupo de consumidores potencialmente lesado é formado por idosos, cuja condição de vulnerabilidade já é reconhecida na própria Constituição Federal, que dispõe no seu art. 230, sob o Capítulo VII do Título VIII ("Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso"): "A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."

4. "A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros os miseráveis e pobre - , OS HIPERVULNERÁVEIS (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. EREsp 1.192.577 - RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015.

Os Tribunais Pátrios comungam do mesmo posicionamento, já admitindo tal modalidade de intervenção em situações similares:

TJ-AM. APC 0002061-84.2016.8.04.0000. Rel. Des. Ari Jorge Moutinho da Costa. Segunda Câmara Cível, j. 05.12.2016.) EMENTA: PROCESSO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL. REVISÃO CRIMINAL. DEFENSORIA PÚBLICA. ESSENCIALIDADE CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO PROCESSUAL. CUSTOS VULNERABILIS.

POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL E LEGAL. MISSÃO INSTITUCIONAL. VULNERABILIDADE PROCESSUAL. ABRANDAMENTO. INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO PROCESSUAL E PARIDADE ENTRE ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO ESTATAL E DEFESA. AMPLIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM FAVOR DE CATEGORIAS VULNERÁVEIS. 1. A Defensoria Pública é função essencial à Justiça (art. 134, CF), cabendo-lhe ser expressão e instrumento do regime democrático na defesa dos direitos humanos e das necessidades da população necessitada. 2. A intervenção de custos vulnerabilis da Defensoria Pública é decorrência da vocação constitucional da Defensoria Pública para com as categorias vulneráveis e é harmônica com o histórico de nascimento da carreira no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) no século passado no Rio de Janeiro, sendo esse o modelo público de assistência jurídica adotado na Constituição de 1988. 3. A intervenção da Defensoria Pública visa ao seu interesse constitucional, em especial à amplificação do contraditório em favor dos vulneráveis necessitados face à ordem jurídica, viabilizando ampla participação democrática na formação de precedentes, inclusive penais. 3. Em Revisão Criminal, por simetria e isonomia, a manifestação defensorial deve corresponder ao mesmo patamar hierárquico do Ministério Público, enquanto titular da Acusação Pública. Por essa razão, a intimação para intervenção ocorrerá na pessoa do chefe da defesa pública, o Defensor Público Geral, no caso concreto. (TJ-AM, Revisão Criminal n. 4001877-26.2017.8.04.0000, Rel. Des. Ernesto Anselmo, p. 39-46, j. 8/3/2018, g.n.)

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM REVISÃO CRIMINAL. DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL PENAL. OITIVAS DO "CUSTOS LEGIS" (MINISTÉRIO PÚBLICO) E DO "CUSTOS VULNERABILIS" (DEFENSORIA PÚBLICA). DEMOCRACIA INSTITUCIONAL NA FORMAÇÃO DE PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA. IGUAL ESSENCIALIDADE. MISSÕES CONSTITUCIONAIS DISTINTAS. RECURSO NÃO CONHECIDO. (...) 3. FUNÇÃO MINISTERIAL DE CUSTOS LEGIS. PRESERVAÇÃO GARANTIDA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INTERESSE RECURSAL. INEXISTÊNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO OUVIDO. VINCULAÇÃO INSTITUCIONAL-TEMÁTICA DA DEFENSORIA

PÚBLICA À FUNÇÃO DEFENSIVA E AOS INTERESSES DOS VULNERÁVEIS (CUSTOS VULNERABILIS) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS Gabinete do Desembargador FLÁVIO HUMBERTO PASCARELLI LOPES 6 INTERVENÇÃO MINISTERIAL. DISTINÇÃO DE MISSÕES CONSTITUCIONAIS. (...)". (TJ-AM, Agravo Regimental em Revisão Criminal n. 0003697-80.2019.8.04.0000, Rel. Des. Anselmo Chixaro, Câmaras Reunidas, j. 25/9/2019, registro 25/9/2019, g.n.). "(...). DEFENSORIA PÚBLICA COMO "TERCEIRO INTERVENIENTE" PRÓ-DEFESA (TEORIA FERRAJOLIANA E "CUSTOS VULNERABILIS"). ÓRGÃO DE SUPORTE DEFENSIVO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À ADVOCACIA COMO REPRESENTANTE POSTULATÓRIA E AO MINISTÉRIO PÚBLICO, COMO CUSTOS LEGIS. (...) NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS AUTÔNOMOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL. CONFLITO DE MÉRITO ENTRE AS POSIÇÕES DEFENSORIAIS E MINISTERIAIS. PERSONALIDADE JUDICIÁRIA PENAL. IMPORTÂNCIA E UTILIDADE AO DEBATE DEMOCRÁTICO, BEM COMO À FORMAÇÃO DE PRECEDENTES, SEM PREJUÍZO ÀS MISSÕES CONSTITUCIONAIS DE CADA ÓRGÃO. 3. EMBARGOS REJEITADOS." (TJ-AM, ED em Rev. Criminal n. 0006382-60.2019.8.04.0000, Rel. Anselmo Chixaro; Câmaras Reunidas; j. 18/12/2019; Data de registro: 19/12/2019)

Recentemente, a Corte Cidadã, em sede de recursos repetitivos [REsp 1.712.163 / SP], assentou ser admissível o ingresso da defensoria como *custos plebis* em demandas coletivas em defesa nos necessitados jurídicos em geral, e não apenas aos hipossuficiente sob o aspecto econômico:

Admite-se a intervenção da Defensoria Pública da União no feito como *custos vulnerabilis* nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos. STJ. 2ª Seção. EDcl no REsp 1.712.163-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 25/09/2019 (Info 657).

Calha acentuar, outrossim, que em recente julgado, ainda inédito na jurisprudência pátria, o Tribunal de Justiça do Amazonas admitiu o ingresso da Defensoria Pública como *Custus Vulnerabilis* em ação de divórcio, com o fito de resguardar os direitos de uma mulher em situação de vulnerabilidade processual:

DIREITO DE FAMÍLIA. VULNERABILIDADE PROCESSUAL E CUSTOS VULNERABILIS. SENTENÇA ULTRA PETITA CONTRA VULNERÁVEL

ECONÔMICO-GEOGRÁFICO REVEL. DIREITOS EXISTENCIAIS E DA PERSONALIDADE. INDISPONIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTE STJ. VULNERABILIDADE PROCESSUAL. ESTADO-DEFENSOR. DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS. LEGITIMIDADE INTERVENTIVA E RECURSAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A vulnerabilidade processual é instrumento de igualdade material, surgindo como mecanismo de justa causa e fator legitimador de tratamento processual diferenciado em especial quanto à visualização de justa causa e discrimen para adequação procedimental em prol do vulnerável, como leciona a pioneira tese de Fernanda Tartuce (2012), influenciando a doutrina e jurisprudência; - Constatada a vulnerabilidade processual, geográfica e econômica, justifica-se a legitimidade interventiva e o interesse recursal da Defensoria Pública enquanto Custos Vulnerabilis; - O nome de casado insere-se no campo dos direitos da personalidade, não podendo ser suprimido sem anuência da parte prejudicada, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de modo que, a sentença, ao tratar desta matéria, alheia à relação processual, mostra-se ultra petita; - A atuação do Estado-Defensor como guardião das famílias e pessoas vulneráveis, expressa a garantia constitucional de intervenção mínima do Estado sobre a esfera privada, mostrando-se, portanto, legítima a intervenção da Defensoria Pública, Função Essencial à Justiça (art. 134, CRFB/88); - Recurso Conhecido e Provido.

Frise-se que tal atuação não se restringe à esfera cível, sendo possível que a Defensoria Pública, inclusive, atue como guardiã dos vulneráveis em matéria penal, a qual, por conta de sua natureza, envolvendo privação de liberdade, denota uma maior relevância nessa atuação, tendo como primeiro precedente decisão do TJAM:

PROCESSO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL. REVISÃO CRIMINAL. DEFENSORIA PÚBLICA. ESSENCIALIDADE CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO PROCESSUAL. CUSTOS VULNERABILIS. POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL E LEGAL. MISSÃO INSTITUCIONAL. VULNERABILIDADE PROCESSUAL. ABRANDAMENTO. INSTRUMENTO DE EQUILÍBRIO PROCESSUAL E PARIDADE ENTRE ÓRGÃO DE ACUSAÇÃO ESTATAL E DEFESA.

AMPLIFICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EM FAVOR DE CATEGORIAS VULNERÁVEIS.

1. A Defensoria Pública é função essencial à Justiça (art. 134, CF), cabendo-lhe ser expressão e instrumento do regime democrático na defesa dos direitos humanos e das necessidades da população necessitada.

2. A intervenção de custos vulnerabilis da Defensoria Pública é decorrência da vocação constitucional da Defensoria Pública para com as categorias vulneráveis e é harmônica com o histórico de nascimento da carreira no âmbito da Procuradoria Geral de Justiça (PGJ) no século passado no Rio de Janeiro, sendo esse o modelo público de assistência jurídica adotado na Constituição de 1988. 3. A intervenção da Defensoria Pública visa ao seu interesse constitucional, em especial à amplificação do contraditório em favor dos vulneráveis necessitados face à ordem jurídica, viabilizando ampla participação democrática na formação de precedentes, inclusive penais.

3. Em Revisão Criminal, por simetria e isonomia, a manifestação defensorial deve corresponder ao mesmo patamar hierárquico do Ministério Público, enquanto titular da Acusação Pública. Por essa razão, a intimação para intervenção ocorrerá na pessoa do chefe da defesa pública, o Defensor Público Geral, no caso concreto²² Veja-se que pela interpretação dada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Amazonas a atuação da Defensoria Pública visa nomeadamente ao fortalecimento do contraditório a favor do vulneráveis no âmbito criminal, inclusive para fins de formação de precedentes, homenageando a representatividade dos grupos vulneráveis.

Em 2020, no HC 568.693, o Superior Tribunal de Justiça deferiu a admissão da Defensoria Pública da União como custos vulnerabilis no processo penal, mais especificamente em HC coletivo em defesa dos presos de menor gravidade que se encontravam em potencial risco dada a pandemia da COVID 19:

Sendo assim, depreende-se do exposto acima que é cabível a admissão da Defensoria Pública da União como custos vulnerabilis nos casos em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos. In casu, como já ressaltado, trata-se da defesa de presos - que praticaram atos de menor gravidade -

que não possuem condições financeiras de saldar o valor estipulado a título de fiança e por isso permanecem presos (ainda que em período reconhecido como de pandemia). Ora, a vulnerabilidade econômica do grupo social que aqui se avulta é patente, mas, além dela, trata-se, também, de pessoas em vulnerabilidade social. No mais, também não há dúvida de que ao tratar de prisão de pessoas em vulnerabilidade econômica e social em presídios com superlotação e insalubridade em tempos de COVID-19, estamos tratando de direitos humanos, vez que se defende, aqui, a liberdade como direito civil e também a liberdade real advinda dos direitos sociais. Assim, defiro o pedido da Defensoria Pública da União para atuar no feito como *custos vulnerabilis*. (PET no HABEAS CORPUS Nº 568.693 - ES (2020/0074523-0) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR.)

No âmbito das execuções penais, a Defensoria Pública argumenta que, desde 2010, existe previsão expressa na Lei nº 7.210/84 autorizando a intervenção da Instituição como *custos vulnerabilis*.

Art. 81-A. A Defensoria Pública velará pela regular execução da pena e da medida de segurança, oficiando, no processo executivo e nos incidentes da execução, para a defesa dos necessitados em todos os graus e instâncias, de forma individual e coletiva. (Incluído pela Lei nº 12.313/2010).

O Defensor Público e estudioso do tema Bheron Rocha aponta que essa intervenção "confirma a vocação institucional para a amplificação do debate e o viés de democratização da participação na formação dos precedentes, conferindo voz às pessoas e grupos vulnerabilizados".

3. CONCLUSÃO

Com efeito, é notória a importância do reconhecimento da atuação da instituição em feitos processuais em que se discutam direitos de pessoas ou grupos vulneráveis, enquanto terceiro interessado, como *Custos Vulnerabilis*, na defesa desses hipossuficientes jurídicos (mulheres, idosos, crianças, presos, indígenas), em atenção a sua missão constitucional conferida em capítulo próprio e, especificamente, no artigo 134 CRFB/88 quando fala em "defesa dos necessitados".

Como visto, tal atuação se diferencia quando exerce seu mister de forma regular, como representante do grupo ou pessoa interessada, atuando em nome do assistido, na defesa de interesse/direito dele.

Por outro lado, ao intervir no feito como terceiro *custos vulnerabilis*, o faz em nome próprio, isto é, da própria instituição, seja em processos individuais ou coletivos, sendo uma verdadeira intervenção autônoma, que visa garantir direitos e não apenas contribuir para decisão.

O que é de fundamental importância é a visualização institucional de a necessidade de defender um grupo ou indivíduo vulnerável naquela específica demanda, ainda que o indivíduo esteja assistido por advogado ou até mesmo pelo Ministério Público.

Isso porque esse mecanismo processual é dedicado a conferir visibilidade às necessidades e interesses jurídicos da população em situação de vulnerabilidade, a qual transcende a análise individual e representativa no feito, ou uma visão de funções típicas ou atípicas da instituição.

Portanto, percebe-se que intervenção defensorial, de forma autônoma, como custos vulnerabilis concretiza a dignidade humana, democratiza o processo e promove a efetivação da justiça àqueles em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. TJ-AM. Revisão Criminal n. 4001836-59.2017.8.04.0000. Rel. Des. Ernesto Anselmo, j. 26/2/2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/desembargador-intima-defensoria-guardia.pdf>. Acesso em: 03/07/2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 23/04/2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EREsp 1.192.577 – RS. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864163772/embargos-de-divergencia-em-recurso-especial-eresp-1192577-rs-2014-0246972-3>. Acesso em 20/06/2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC nº 568.693 ES. Disponível: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/14102020%20HC-568.693.pdf>. Acesso em 20/06/2021.

CAVALCANTE, Bruno Braga. A atuação defensorial como custos vulnerabilis no processo penal. Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai>

22/tribuna-defensoria-atuacao-defensorialcustos-vulnerabilis-processo-penal#_ftn4.
Acesso em: 28/06/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. STJ admite intervenção da Defensoria Pública como custos vulnerabilis. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/11/stj-admite-intervencao-da-defensoria.html>.> Acesso em: 21/10/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Admite-se a intervenção da DPU no feito como custos vulnerabilis nas hipóteses em que há formação de precedentes em favor dos vulneráveis e dos direitos humanos. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/967c2ae04b169f07e7fa8fd110551e>>. Acesso em: 21/10/2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Constitucionalidade da EC 74/2013, que conferiu autonomia à DPU e à DPDF. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/0266e33d3f546cb5436a10798e657d97>>. Acesso em: 21/10/2021

ROCHA, Jorge Bheron. A defensoria Pública como custos vulnerabilise a advocacia privada. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-23/tribuna-defensoria-defensoria-custos-vulnerabilis-advocacia-privada>. Acesso em: 15/07/2021

ROCHA, Jorge Bheron. GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. A STF admite legitimidade da Defensoria Pública para intervir com custos vulnerabilis. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-04/legitimidadedefensoria-intervir-custos-vulnerabilis> Acesso em: 12/08/2021

XIV CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versaoreduzida.pdf>. Acesso em: 08/08/2021.

UM ESTUDO DA JURISPRUDÊNCIA DO HABEAS CORPUS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

GUILHERME BARBOSA FRANCO PEDRESCHI:
Procurador Federal, membro da Advocacia-Geral da União, graduado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RESUMO: Este trabalho teve como objeto analisar diversas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, dentro de momentos processuais distintos, ou mesmo em sede de inquéritos, em que, ora reconhece a possibilidade de manejo do *habeas corpus*, ora o afasta. Para a sua execução, o trabalho teve como metodologia a pesquisa e consulta bibliográfica, bem como análise de jurisprudência e consulta aos artigos e notícias publicados na rede mundial de computadores.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional; direito processual penal; liberdade de locomoção; execução penal; *habeas corpus*, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ABSTRACT: This work aimed to analyze several decisions of the Court of Justice of the State of São Paulo, within different procedural moments, or even in the course of investigations, in which, at times, he recognizes the possibility of handling habeas corpus, and at times he rejects it. For its execution, the work had as methodology the research and bibliographic consultation, as well as analysis of jurisprudence and consultation of articles and news published on the world wide web.

KEYWORDS: constitutional law; criminal Procedural Law; freedom of movement; penal execution; *habeas corpus*; Court of Justice of the State of São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

O não conhecimento de um *writ* pode trazer aos condenados inúmeros prejuízos ao exercício do seu direito de liberdade de locomoção.

A título de exemplo, no julgamento, no ano de 2006, do *habeas corpus* número 82.959-7, que declarou inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/90, é de suma importância apontar a vacilante jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à época.

No ano de 2004, o mesmo paciente e impetrante do referido *habeas corpus*, antes de impetrá-lo no Supremo Tribunal Federal, pleiteou a mesma ordem perante

o TJSP. Nos autos do *habeas corpus* número 443.969-3/3-00128, os desembargadores conheceram da impetração, contudo, denegaram a ordem, mantendo o cumprimento integral da pena no regime mais rigoroso. Em que pese a ausência de concessão da ordem, o conhecimento do *habeas corpus* possibilitou a discussão do tema entre os desembargadores.

Porém, em um outro *habeas corpus* impetrado em favor de outro paciente, no TJSP, o relator, acompanhado dos demais desembargadores, decidiu por não conhecer o *writ* impetrado para discussão do mesmo tema. Conforme apontado por ele, em face da decisão que indeferiu a progressão de regime de cumprimento da pena, “caberia, então, no momento adequado, a interposição de agravo, previsto expressamente, no artigo 197 da Lei de Execução Penal”¹²⁹. Para o relator, a medida não poderia substituir o recurso previsto na lei especial, restando negada jurisdição, portanto, ao conhecimento e discussão do direito de individualização da pena, direito esse cabível até mesmo para o momento de sua execução.

Diversamente de todo o narrado, outro apenado foi mais feliz em sua impetração. No ano de 2005, nos autos do *habeas corpus* 523.984-9¹³⁰, o mesmo Tribunal conheceu da impetração em face de apelação e concedeu a ordem para que um condenado pela prática de crime hediondo pudesse cumprir a pena em regime inicial fechado, e não integralmente em tal regime, assegurando o direito constitucional à individualização de sua pena.

Destarte, não se afasta aqui a possibilidade de que os juízes e desembargadores possam interpretar a lei conforme suas convicções, contudo, a falta de conhecimento de uma ação constitucional não pode obstar a discussão de temas relevantíssimos, concernentes ao direito de liberdade de locomoção, sob pena de se prolongar a flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade da manutenção do condenado no cárcere e procrastinar o tempo de sua prisão, atentando-se contra o direito à liberdade de ir e vir.

E não podemos fechar os olhos para a ilegalidade da prisão daquele que, podendo usufruir da liberdade, ainda que de um dia apenas, seja privado de tal direito.

Assim, com essa introdução, apontamos que este estudo tentará

128 TJSP, 2004, on-line

129 TJSP, 2004, on-line

130 TJSP, 2005, on-line

aprofundar, em breves considerações, sem pretensão de exaurir toda a rica discussão, cotejar a jurisprudência recente do Tribunal do Estado de São Paulo sobre o assunto, as questões atinentes ao manejo de *habeas corpus* em sede de execução da pena para assegurar o direito à liberdade, constitucionalmente assegurado a todos.

A metodologia utilizada neste trabalho foi, precipuamente, a pesquisa bibliográfica em livros, sítios de internet, artigos jurídicos e análise da jurisprudência atual.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Neste estudo, até aqui, já apontamos que a jurisprudência dos tribunais pátrios é vacilante em relação à possibilidade do manejo do *habeas corpus* em sede de execução da pena. Em uma simples pesquisa, é possível constatar que, em determinados casos, a impetração do *habeas corpus* é aceita; contudo, em outras diversas oportunidades, é rechaçada, ao argumento de que deve ser utilizado o recurso adequado para impugnação pretendida.

Destarte, passamos à análise de alguns julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual também não foge de tal realidade.

A pesquisa buscou examinar decisões proferidas nos últimos cinco anos, e a consulta foi realizada no sítio eletrônico do Tribunal.

Dentre os julgados analisados, foi possível dividi-los em três grupos, em razão do conhecimento, ou não, da impetração.

No primeiro grupo, foram reunidos julgados nos quais as ações foram conhecidas e, portanto, o mérito foi analisado pela turma julgadora.

No segundo grupo, a seu turno, foram pesquisados julgados onde as ações não foram conhecidas ao argumento do não cabimento do *habeas corpus* como substitutivo de recurso. Contudo, em tais ações, a violência ou coação foi reconhecida de ofício e a ordem concedida.

Por fim, no terceiro grupo, foram reunidos diversos julgados que não conheceram da impetração e não analisaram o mérito, de sorte que a ordem pleiteada não foi debatida.

Destarte, passamos à análise pormenorizada.

3.1 AÇÕES DE *HABEAS CORPUS* CONHECIDAS

Na pesquisa relativa às ações constitucionais de *habeas corpus* conhecidas

foi possível constatar que há no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo grande parcela de julgadores que coadunam com o entendimento de que o *habeas corpus* pode ser utilizado em sede de execução da pena.

Nos julgados analisados, foi possível constatar que não foi feita qualquer menção aos recursos de agravo em execução como óbice ao conhecimento da impetração.

Dentre os julgados, ainda, foi constatada a utilização dos fundamentos já estudados no capítulo anterior para reconhecimento da possibilidade de impetração do *writ*.

Quanto às discussões que foram proporcionadas nas ações, os assuntos são dos mais variados, todos relativos à execução da pena, os quais passamos a uma melhor análise.

A começar, podemos constatar que a remição da pena e a possibilidade de cumprimento da sanção em prisão domiciliar foram objeto de discussão em *habeas corpus* conhecidos e providos, conforme julgados que seguem:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DE PENA. Aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA). Possibilidade. Interpretação extensiva do artigo 126, da Lei de Execução Penal. Recomendação nº 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça. Período, para jovens e adultos, de 1.200 horas para o ensino médio. Recomendação do CNJ. Consideração de 50% sobre o quantitativo em apreço, perfazendo 600 horas, a serem divididas por 12 (um dia de pena para cada doze horas), resultando na remição de 66 dias de pena. Aprovação integral. Incide, ainda, o art. 126, § 5º, da LEP caso o apenado consiga a certificação de conclusão dos cursos. Precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Egrégia Corte. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.131

*HABEAS CORPUS – Execução penal – Alegação de ilegalidade pela revogação da prisão domiciliar (art. 5º, III, da Rec. 62, CNJ) que havia sido concedida ao paciente em precedente *habeas corpus*, j. 17/06/20 – Superveniente deferimento, em 31/07/20, da progressão*

131 TJSP, 2020, on-line

ao regime semiaberto, com transferência do paciente ao semiaberto diferida para 04/11/20 e expedição de mandado de prisão, fundado o diferimento em nova guia de execução – Ausência de alteração do panorama dos autos da execução a dar ensejo à revogação da prisão domiciliar – Manifestação do MP, subscrita em 20/07/20, favorável à progressão ao regime semiaberto, indicando ter o paciente alcançado o requisito objetivo 20/06/20 – Restabelecimento da prisão domiciliar que se impõe, nos termos do art. 5º, III, da Recomendação n.º 62, do CNJ, conforme decidido por este E. Tribunal de Justiça na anterior impetração – Liminar deferida - Ordem concedida para restabelecer a prisão domiciliar - (voto n.º 43068).132

Outro assunto de grande incidência em sede de execução da pena é a progressão de regime. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já proferiu diversos julgados que conhecem da impetração e analisam a progressão, conforme seguem:

Habeas Corpus – Execução Penal – Paciente beneficiado com a progressão ao regime semiaberto, sem a remoção ao estabelecimento prisional adequado – Constrangimento ilegal evidenciado – Excesso de prazo na execução – Precedentes do STF e do STJ – Ordem concedida para que o paciente seja transferido, de imediato, ao regime semiaberto, e em caso de eventual impossibilidade, diante da inexistência de vaga, que sejam observados os parâmetros estabelecidos no RE 641.320.133

Habeas Corpus. Execução penal. Pedido de progressão de regime carcerário não conhecido – Ação autônoma de impugnação a decisões proferidas no âmbito da Justiça Criminal. Conhecimento. Não estabelecido prazo, na legislação, para formulação de pedido no âmbito da execução penal, não cabe ao magistrado estabelecer limites. Ordem conhecida e concedida.134

HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO PENAL - Decisão que indeferiu a progressão ao regime aberto ante a necessidade de permanência da paciente por período razoável no regime intermediário a fim de que

132 TJSP, 2020, on-line

133 TJSP, 2020, on-line

134 TJSP, 2020, on-line

se verifique a absorção da terapêutica penal, evitando-se, ainda, a indevida progressão por salto - Demora na concessão do regime intermediário que não deve impedir a progressão, em prejuízo da paciente, que preencheu os requisitos estabelecidos na legislação vigente - Ordem concedida. 135

Habeas Corpus. Execução Penal Impetração substitutiva. Alegado constrangimento ilegal em razão de atraso excessivo na realização do exame criminológico. Pretendido reconhecimento à progressão de regime. Excesso de prazo reconhecido. Paciente que aguarda a perícia há quase um ano. Bom comportamento carcerário. Excesso de execução reconhecida, a acarretar injusto constrangimento. Ordem concedida em parte para afastar a necessidade de realização do expediente, sem prejuízo de sua consideração caso venha a ser juntado aos autos antes da decisão do juízo a quo.136

Habeas Corpus. Execução penal - Ação autônoma de impugnação a decisões proferidas no âmbito da Justiça Criminal. Conhecimento. Pena privativa de liberdade decorrente de condenação por delito desprovido de violência ou grave ameaça contra pessoa. Paciente apresenta boa conduta, no cárcere. Resolução nº 62, CNJ. Ordem conhecida e concedida para afastar a determinação de realização de exame criminológico para análise do pedido de progressão ao regime semiaberto. 137

Questões relativas à saída temporária, medida de segurança, extinção da punibilidade e expedição da guia de recolhimento também já foram objeto de *habeas corpus*.

Habeas Corpus - Execução penal - Dia das Crianças - Requerimento de saída temporária – Ratificação da liminar anteriormente deferida – Ordem concedida.138

Habeas Corpus – Execução Penal – Saída Temporária relativa ao

135 TJSP, 2020, on-line

136 TJSP, 2020, on-line

137 TJSP, 2020, on-line

138 TJSP, 2020, on-line

"Natal2019/Ano Novo 2020" – Liminar deferida para o seu usufruto, uma vez comprovados os requisitos a tanto necessários – Paciente que, após gozar do referido benefício, retornou à unidade prisional para prosseguir no cumprimento de sua pena carcerária – Ordem concedida, confirmando a liminar.139

HABEAS CORPUS – Execução – Saída temporária – Retroatividade lei penal – Prejuízo à Paciente – Inadmissibilidade – Liminar deferida - Ordem concedida. 140

Habeas Corpus. Execução Penal. Medida de segurança. Prisão preventiva substituída por prisão domiciliar. Superveniência de mandado de internação após o trânsito em julgado da sentença. Prisão domiciliar com tratamento ambulatorial cumprida por quatro anos. Pedido de excepcional extinção da medida de segurança. Indeferimento pela autoridade impetrada. Decisão bem fundamentada. Título executivo válido. Exercício do jus puniendi estatal. Análise minuciosa do caso pela autoridade impetrada. Relativização da lei penal e submissão imediata do paciente para aferir eventual cessação da periculosidade. Razoabilidade da decisão. Manutenção do paciente no regime fechado. Falta de vagas em hospital psiquiátrico. Constrangimento ilegal verificado. Aplicação analógica da Súmula Vinculante nº 56. Transferência imediata do paciente para hospital de custódia ou, em sua falta, colocação em prisão domiciliar até que surja a vaga compatível. Ordem parcialmente concedida para esse fim.141

HABEAS CORPUS'. EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO (E NÃO PARA AMBAS AS PARTES). RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não há como deixar de reconhecer a textualidade dos dispositivos legais aplicáveis, que estabelecem ser o trânsito em julgado para a Acusação o marco inicial para a contagem do prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, combinado com o art. 112, I, ambos do Código Penal). Escólio doutrinário (Guilherme de Souza Nucci) e jurisprudência do STF (ARE 764385/DF - 1ª T. - Rel. Min. Luiz Fux - j.

139 TJSP, 2020, on-line

140 TJSP, 2020, on-line

141 TJSP, 2020, on-line

13/05/2014; HC 113715/DF - 2ª T. - Rel. Min. Cármen Lúcia - j. 16/04/2013; HC 81150/MG - 2ª T. - Rel. Min. Nelson Jobim - j. 04/09/2001; HC 77519/SP - 2ª T. - Rel. Min. Carlos Velloso - j. 20/10/1998). 2. Ordem concedida.142

Habeas Corpus – Execução Penal – Insurgência contra o cumprimento de mandado de prisão, após a extinção da punibilidade da condenada – Admissibilidade – Hipótese em que o mandado de prisão, expedido em face de revogação do livramento condicional, foi mesmo cumprido muito tempo depois da extinção da punibilidade da paciente, nos termos do artigo 107, inciso II, do Código Penal. Ordem concedida.143

HABEAS CORPUS – Execução Penal - Prescrição da Pretensão Executória – Insurgência contra decisão que considerou a data da publicação do acórdão que negou provimento a recurso de apelação exclusivo da Defesa, como causa interruptiva da prescrição, prevista no artigo 117, inciso IV, do Código Penal – RECONHECIDO O CONSTRANGIMENTO – Acórdão confirmatório de sentença condenatória não pode ser considerado como marco interruptivo do lapso prescricional. Precedentes do STJ. Na hipótese operou-se a prescrição da pretensão executória estatal, acarretando a extinção da punibilidade. Ordem concedida.144

Habeas corpus. EXECUÇÃO PENAL. Pretendida expedição e encaminhamento da guia de recolhimento ao DEECRIM. Demora que impedia o paciente de pleitear benefícios na execução de sua pena, configurando constrangimento ilegal. Ordem concedida, convalidando a liminar.145

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já conheceu o *habeas corpus* para debater o livramento condicional, a execução provisória da pena, falta grave, falta de vaga em estabelecimento para cumprimento de medida de segurança,

142 TJSP, 2020, on-line

143 TJSP, 2019, on-line

144 TJSP, 2020, on-line

145 TJSP, 2020, on-line

pedido de unificação das penas e pedido de extensão de efeitos por condição de caráter objetivo:

Habeas Corpus. Execução Criminal. Impetração substitutiva de recurso agravo. Conhecimento do *writ*. Questão relativa a processo de execução penal que reflete diretamente no *status libertatis* do sentenciado. Questão de direito, que independe de análise probatória. Transcorrido o prazo do livramento condicional sem sua suspensão, deve ser extinta a pena do paciente, não cabendo revogação após o lapso do benefício. Inteligência da súmula 617, do Superior Tribunal de Justiça. Ordem concedida para declarar extinta a pena da execução criminal nº 01.146

HABEAS CORPUS – Execução provisória de pena – Modalidade de prisão rechaçada pelo intérprete máximo da Constituição Federal – Expedição de alvará de soltura condicionada à inexistência de quaisquer outros títulos prisionais que não hajam sido expressamente revogados pela autoridade judicial competente, inclusive os de natureza preventiva eventualmente decretados na mesma ação penal em que originada a vergastada execução provisória de pena – Ordem concedida.147

HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. Paciente condenado a 31 (trinta e um) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso, por duas vezes, nos artigos 121, §2º, incisos I e IV e 211, ambos do Código Penal. Determinada a execução provisória da pena com a consequente expedição do mandado de prisão com fundamento no artigo 492, inciso I, alínea "e", do Código de Processo Penal, com redação atribuída pela novel Lei n. 13.964/2019. Impossibilidade. Inviabilidade do cumprimento provisório da pena pendente o feito de trânsito em julgado da condenação. Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, julgadas em conjunto no âmbito do Colendo Supremo Tribunal Federal. Constitucionalidade da regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena.

146 TJSP, 2020, on-line

147 TJSP, 2020, on-line

ORDEM CONCEDIDA.148

Habeas Corpus - Execução Penal - Falta grave – Prescrição – Ocorrência - Integração da lei pela analogia - Aplicação do lapso prescricional previsto no artigo 114, I, do CP - Prazo máximo de dois anos entre a data da falta e a da decisão judicial – Ordem concedida.149

Habeas Corpus. Execução penal. Paciente que cumpria pena em regime aberto. Prática de fato previsto como crime doloso. Falta grave. Art. 118, I, da LEP. Regressão cautelar. Cabimento. Responsabilidade criminal afastada por sentença absolutória transitada em julgado. Incompatibilidade da situação com a manutenção do paciente no regime fechado. Ordem concedida.150

Habeas Corpus. Execução penal. Medida de segurança. Desinternação condicional. Revogação intempestiva e carente de fundamentação. Art. 97, § 3º, CP. Ausência de circunstâncias que indiquem periculosidade. Longo tempo decorrido entre a concessão da desinternação condicional e a constatação de que o paciente mudou-se para local incerto e não sabido. Ordem concedida para declarar extinta a medida de segurança.151

HABEAS CORPUS– Execução penal – Absolvição imprópria – Aplicada medida de segurança consistente em internação – Falta de vaga em estabelecimento adequado – Paciente à espera de vaga, recolhido em presídio comum – Constrangimento ilegal configurado – Ordem concedida, por maioria, para determinar a transferência do paciente para o estabelecimento adequado ao cumprimento da medida de segurança, no prazo de 10 dias.152

Habeas Corpus – Execução Penal – Insurgência contra o não

148 TJSP, 2020, on-line

149 TJSP, 2020, on-line

150 TJSP, 2020, on-line

151 TJSP, 2016, on-line

152 TJSP, 2018, on-line

processamento de pedidos de unificação de penas – Alegação de que o Juízo não só deixou de processar tais pleitos como também devolveu as petições ao condenado – Admissibilidade – Hipótese em que volume de trabalho jamais pode servir de fundamento para afastar de apreciação judicial pedido de benefícios carcerários formulados diretamente ao Poder Judiciário pelo réu, máxime quando, como no caso em apreço, respaldados pela Lei de Execução Penal (arts. 41, inciso XIV, e 195) e pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIV). Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.¹⁵³

Habeas Corpus. EXECUÇÃO PENAL. Pedido de extensão dos efeitos do julgamento da apelação do corréu. Majorante do crime de quadrilha alterada pela Lei nº 7.210/84 do dobro para metade. Aplicação da *lex mitior*. Ordem concedida para determinar que os Juízos das Execuções Criminais apliquem a Lei nº 7.210/84 aos corréus da ação penal, nos termos do art. 66, I da LEP. Ordem concedida, com extensão de efeitos.¹⁵⁴

Destarte, é possível observar que os mais diversos temas que recorrentemente são debatidos em sede de execução penal são passíveis de impugnação no Tribunal mediante a impetração de *habeas corpus*, substituindo-se o recurso ordinariamente previsto para tal fim, haja vista as inúmeras situações que podem caracterizar a coação ou violência à liberdade de locomoção, estampados na Constituição da República.

3.2 Ações de *habeas corpus* não conhecidas com concessão da ordem de ofício

Curiosa situação ocorre quando os julgadores afastam o cabimento do *habeas corpus* como substitutivo do recurso de agravo em execução, deixando de conhecê-lo ou indeferindo-o liminarmente, ao argumento de que somente tal recurso é cabível em sede de execução penal, contudo, *ex officio* e excepcionalmente, concedem a ordem pleiteada por entenderem que a ilegalidade ou o abuso de poder são flagrantes.

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 72) critica a expressão não conhecimento, apontando que, em seu entendimento, o correto seria o indeferimento liminar da petição inicial. Contudo, não tece críticas somente à atecnia, mas também ao contrassenso que se cria ao se dizer que não conhece da impetração, contudo, julga-se o

¹⁵³ TJSP, 2018, on-line

¹⁵⁴ TJSP, 2016, on-line

mérito:

Segundo nosso entendimento, há dois pontos a observar nessa atividade. Em primeiro lugar, não nos parece caso de *não conhecimento*; afinal, é ação, por meio da qual o impetrante pede a prestação jurisdicional. Se entende o Tribunal que não há interesse de agir – porque existe próprio para isso –, deve indeferir liminarmente a inicial. Em segundo, soa-nos até mesmo contraditório mencionar na decisão que a Corte *não conhece* da ação, mas *concede* a ordem, de ofício, para sanar o constrangimento ilegal. Com a devida vênia, se não foi nem mesmo conhecida a questão, menos ainda seria viável adentra no mérito para reconhecer a ocorrência de uma ilegalidade, sanando-a por meio de *habeas corpus* de ofício.

A situação também é criticada por Alberto Zacharias Toron (TORON, 2018, p. 21):

[...] luta que se trava contra as restrições que se erguem em relação ao manejo do habeas corpus ora mediante a construção de Súmulas – da qual a 691 do STF é exemplo máximo – ora por conta de interpretações que, a pretexto de sua “racionalização”, para evitar a chamada “banalização” ou a “desorganização do sistema recursal”, têm caráter perversamente restritivo. Pior: desorganizaram a sistemática do processo penal não conhecendo, mas concedendo ordens de *habeas corpus* “de ofício”, nos exatos termos em que pedidas pelo impetrante. Um contrassenso sem par; passamos a ir daqui para a Europa via China. Logo viveremos a realidade do “no day in court”, tão bem descrita por SARAH STASZAK numa referência à contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário.

Aury Lopes Junior (2014, n.p.) é mais incisivo em suas críticas:

Dias atrás fiquei horas assistindo uma sessão no STJ e presenciando dezenas e dezenas de julgamentos sobre *Habeas Corpus* impetrados e nenhum conhecido...mas alguns poucos concedidos de ofício. Existe parecer do MP, sustentação oral, ampla discussão sobre tema, divergências e, quando chega na votação...“não conheço do HC”. E

alguns poucos “não conheço, mas concedo de ofício”. Quem vê a cena não deixa de pensar: que papo de louco...(e que gente louca essa do Direito...). Não se conhece de algo que conheceram e discutiram!

A vantagem da nova ‘política processual’ é uma só: aumentar a restrição e ampliar o espaço discricionário. Agora, o concedo de ofício fica — ainda mais — subordinado ao meu ‘livre convencimento’. Já que a concessão de ofício é uma exceção, mais espaço discricionário tenho ao decidir. É mais uma prática geneticamente marcada pelo decisionismo (tão bem trabalhado por Lenio Streck). Mas afinal, é preciso limitar?

Apesar das críticas, essa é uma realidade tanto dos tribunais dos Estados como também dos Tribunais Superiores. Considerando o objetivo do estudo, eis alguns dos julgados proferidos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

HABEAS CORPUS – INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO DA VARA DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS QUE DEFERIU PARCIALMENTE O PEDIDO DA DEFESA CONSIDERANDO CADA HORA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO METADE DE UM DIA DE PENA CUMPRIDA – MATÉRIA AFETA A EXECUÇÃO - PEDIDO INDEFERIDO MONOCRATICAMENTE – STJ QUE DETERMINOU, EM SEDE DE LIMINAR, DEFERIDA EM HABEAS CORPUS A ANÁLISE DA DETRAÇÃO – PEDIDO DEFERIDO EXCEPCIONALMENTE CONCEDIDO – AFRONTA AO ART. 43, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.155

Habeas Corpus" hostilizando a decisão que não reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão executória. 1. Decisão hostilizada proferida em sede de execução penal e que desafiava recurso de agravo (artigo 197, da LEP). "*Habeas corpus*" que se mostra remédio processual inadequado. Ordem não conhecida. 2. Todavia, na linha de orientação firmada pelos Tribunais Superiores, afigura-se possível utilizar-se a mesma base procedimental para concessão de "*habeas corpus*" de ofício. Quadro a indicar a ocorrência da prescrição da pretensão executória. Ordem concedida de ofício para julgar extinta a punibilidade da sentenciada.156

155 TJSP, 2019, on-line

156 TJSP, 2019, on-line

Habeas corpus – execução penal – via procedimental inadequada à substituição do recurso próprio à discussão de incidente em execução penal, ressalvadas hipóteses excepcionais em que configurada flagrante ilegalidade, apta a gerar constrangimento ilegal, como no caso dos autos – Livramento condicional – Extinção da pena – Nos termos do entendimento objeto do verbete sumular nº 617, do Col. Superior Tribunal de Justiça, a ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena – Decisão reformada para declarar extinta a punibilidade da sanção objeto do livramento condicional – Pedido de extinção de pena objeto de outra execução – Pretensão sujeita à competência originária de autoridade judicial de primeiro grau de jurisdição, sob pena de indevida supressão de instância – ordem parcialmente concedida, de ofício.157

1-) "*Habeas Corpus*", com pedido de liminar. 2-) Execução Penal. Pleito de progressão de regime. O "*Habeas Corpus*" não constitui a via adequada para a concessão de benefícios prisionais, em especial porque a verificação dos requisitos necessários à transferência de regime, em especial o de ordem subjetiva, demanda o exame aprofundado de fatos e provas, atividade claramente incompatível com seu rito especial e sumaríssimo. 3-) Excepcionalidade do caso concreto que impõe a determinação de imediato recambiamento do paciente a estabelecimento prisional no município de Palmas/TO. 4-) Constrangimento ilegal verificado. Ordem parcialmente concedida, com determinação.158

HABEAS CORPUS. Execução penal – Pedido de retificação do cálculo da pena, com o conseqüente reconhecimento da extinção da pena privativa de liberdade – Inadequação da via eleita – Não conhecimento – Concessão da ordem de ofício – Evidente constrangimento ilegal – Termo inicial do cumprimento da pena remanescente após a concessão do indulto pleno – Relação de continuidade entre a execução das penas indultadas e a pena

157 TJSP, 2020, on-line

158 TJSP, 2020, on-line

remanescente – Impossibilidade de adoção de termo anterior à prática do delito – Data da prática do delito – Integral cumprimento da pena privativa de liberdade - *Writ* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício.159

Habeas Corpus – Sentenciado que cumpre pena em regime fechado e teve indeferido pedido de progressão para o regime semiaberto com base em exame criminológico desfavorável, ocasião em que o d. Juízo das Execuções fixou o prazo mínimo de 180 dias para renovação do exame multidisciplinar – Alegação de que estariam presentes os requisitos para a progressão de regime prisional e que não se justificaria o prazo mínimo para novo exame criminológico – Pleitos que não comportariam conhecimento, uma vez que eventual inconformismo em relação à decisão proferida pelo Juízo das Execuções deveria ser veiculado por meio de recurso próprio (agravo), a teor do art. 197 da Lei de Execução Penal – Matéria examinada em caráter excepcional nestes autos de *habeas corpus*, por economia processual, a fim de se evitar possível ilegalidade em desfavor do paciente – Indeferimento do benefício executório que foi bem fundamentado pelo d. Juízo de Primeiro Grau com base em dados relativos à personalidade do paciente – Decisão que, nesse ponto, deve ser mantida – Fixação de prazo mínimo de 180 dias para renovação do exame criminológico que não se justifica – Ausência de indicação quanto a ocorrência de abuso consistente na formulação reiterada de pedidos idênticos, de modo a causar conturbação dos serviços judiciais – Hipótese que, se verificada, pode ensejar tratamento diverso – Ordem parcialmente concedida.160

Como já afirmado acima, é no mínimo curioso notar os fundamentos desses julgamentos. Ao mesmo tempo em que nega conhecimento à impetração, que visa o reconhecimento de uma ilegalidade ou abuso de poder, o julgador aponta que reconhece a existência de tais fatos e concede a ordem pleiteada. Na prática, o julgador afirmando que não conhece do *writ*, mas faz análise de mérito, conhecendo o pedido.

3.3 AÇÕES DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDAS, COM MÉRITO NÃO APRECIADO

Por fim, diversos são os julgados em que o Tribunal afasta o conhecimento da ação e, ainda, deixa de discutir o mérito, apesar da alegada coação ou violência à

159 TJSP, 2017, on-line

160 TJSP, 2020, on-line

liberdade de locomoção:

PENAL. "*HABEAS CORPUS*". EXECUÇÃO PENAL. COMUTAÇÃO DE PENAS. Pretendida a reforma da decisão para que seja concedida comutação de penas. Descabimento. Via inadequada. Decisão proferida no curso da execução que desafia recurso próprio (Agravo em Execução – art. 197, da LEP), aliás, já interposto. Diante de seu estreito âmbito de incidência, o "*Habeas Corpus*" não é via adequada e compatível para se veicular pedidos de concessão de benefícios em sede de execução penal, tampouco deve ser utilizado como sucedâneo recursal. Precedentes do C. STF e STJ. Não demonstrada nenhuma ameaça ao direito de ir e vir do paciente. Verificado que a ordem sequer seria conhecida, se devidamente processada, justificasse o seu indeferimento liminar, em prol dos princípios da celeridade processual e da economia dos atos processuais. Art. 663 do CPP e art. 248 do RITJSP. Indeferimento "in limine".161

Habeas Corpus – Execução de pena – Decisão que, nos autos da execução penal nº 0020812-81.2016.8.26.0041, indeferiu pedido de concessão de livramento condicional ao reeducando – Impetração pleiteando a concessão da referida benesse – Descabimento – Hipótese que ensejaria o não conhecimento da impetração, considerando que o impetrante pretende, pela via inadequada e em momento inoportuno, discutir questão que deve ser apreciada através de agravo em execução – Inteligência dos artigos 66, inciso III, alíneas "e" e "f", e 197, ambos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) – Remédio heroico que não é sucedâneo recursal, tampouco o instrumento adequado para acelerar o trâmite de processos – Precedentes jurisprudenciais em casos análogos – Inexistência de circunstâncias que justifiquem a impetração de *habeas corpus* em detrimento do agravo em execução – "Erro grosseiro" caracterizado, o que inviabiliza a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, até porque *habeas corpus* nem recurso é – Constrangimento ilegal não configurado – ORDEM DENEGADA.162

Habeas Corpus – Pleito pela retificação do cálculo de pena – Via eleita

161 TJSP, 2018, on-line

162 TJSP, 2020, on-line

inadequada – Questão a ser discutida em sede de agravo em execução penal – *Habeas corpus* não conhecido.163

Habeas Corpus - Execução Penal - Progressão de regime - Exame criminológico determinado - Pedido voltado à cassação da decisão, com a dispensa da perícia e imediata promoção ao regime aberto - Decisão que desafiaria recurso de agravo - *Habeas Corpus* não conhecido. 164

HABEAS CORPUS – Execução penal – Pretendido o livramento condicional ou o regime aberto – Inadmissibilidade – Via eleita é inadequada – Matéria que envolve a análise de condições objetivas e subjetivas para a obtenção do benefício – Defesa interpôs Agravo em Execução contra a mesma decisão, recurso que se encontra em andamento regular – Ordem não conhecida.165

Habeas corpus – Execução penal – Paciente preso em cumprimento de pena – Progressão de regime – Via inadequada – Agravo em execução como recurso cabível de toda e qualquer decisão proferida pelo juízo das execuções criminais – Inteligência do artigo 197 da Lei de Execução Penal – Ordem não conhecida.166

Habeas Corpus – Execução Penal – Insurgência contra a decisão que unificou as penas impostas, com base no art. 111 da LEP, e estabeleceu o regime fechado, a despeito da possibilidade de imposição do regime semiaberto, ressaltando que faz parte do grupo de risco de contaminação pelo novo coronavírus (Covid-19), invocando os termos da Recomendação nº 62/2020 do CNJ – NÃO CONHECIMENTO – O inconformismo do paciente deve ser expresso pelo recurso próprio que é o agravo em execução penal, cabível para reapreciar decisões sobre questões incidentes surgidas na execução da sentença condenatória, nos termos do que disciplina o artigo 197 da LEP. Além disso, há notícia nos autos da prática, em tese, de infração disciplinar de natureza grave em 28/3/20, de modo que teve sustado cautelarmente o regime semiaberto. De outro lado, embora

163 TJSP, 2020, on-line

164 TJSP, 2020, on-line

165 TJSP, 2020, on-line

166 TJSP, 2020, on-line

o paciente alegue pertencer ao grupo de risco de contaminação pelo Covid-19, não há qualquer pedido pendente de apreciação e também não há notícia acerca do seu estado de saúde e tampouco as condições do estabelecimento prisional em que se encontra custodiado. Ordem não conhecida.¹⁶⁷

Habeas Corpus – Execução Penal – Insurgência contra a anotação de falta disciplinar de natureza grave, sob o argumento de que decorre de preconceito e perseguição em face da condição de transexual do condenado - Inadmissibilidade Descabimento do remédio constitucional como substitutivo do recurso ordinário – Os incidentes de execução penal desafiam recurso específico à sua impugnação, o de Agravo em Execução (art. 197, LEP), não se prestando o remédio heroico, por evidente inadequação processual, como sucedâneo dessa via recursal, pelo que exsurge imperioso o seu não conhecimento. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido.¹⁶⁸

Habeas Corpus – Execução Penal – Insurgência contra a r. decisão que homologou cálculo de penas – Inadmissibilidade - Descabimento do remédio constitucional como substitutivo do recurso ordinário – Os incidentes de execução penal desafiam recurso específico à sua impugnação, o de Agravo em Execução (art. 197, LEP), não se prestando o remédio heroico, por evidente inadequação processual, como sucedâneo dessa via recursal, pelo que exsurge imperioso o não conhecimento do *writ*. Precedentes. *Habeas corpus* não conhecido.¹⁶⁹

HABEAS CORPUS – Decisão de primeiro grau, em execução penal, que indeferiu pedido de livramento condicional – Impossibilidade de modificação do assim decidido – Indeferimento passível de recurso próprio, qual seja o de agravo – Artigo 197 da LEP – Pedido de progressão de regime – Ausência de comprovação de que o paciente efetivamente chegou a formular qualquer pedido de livramento condicional perante o Juízo a quo – *Writ* que, de qualquer modo, não

167 TJSP, 2020, on-line

168 TJSP, 2020, on-line

169 TJSP, 2019, on-line

se mostra como instrumento adequado para acelerar incidentes em execução penal ou abreviar postulações de benefícios – Impossibilidade de se deferir, diretamente, neste Tribunal, eventual livramento condicional, sob pena de indevida supressão de instância – Impetração não conhecida.170

HABEAS CORPUS – Impetração visando à concessão de efeito suspensivo ao agravo em execução penal interposto e a nulidade absoluta da decisão que homologou a falta disciplinar de natureza grave, pela ausência de fundamentação e falta de oitiva judicial do paciente – IMPOSSIBILIDADE – Não se vislumbra qualquer ilegalidade na decisão atacada ou abuso de poder - Critério de discricionariedade do Magistrado - Motivação satisfatória – *Habeas corpus* não se presta ao exame aprofundado de provas - Artigo 197 da LEP não confere efeito suspensivo ao agravo em execução – HC é via inadequada para alcançar objetivo não contemplado em lei - Não cabe apreciação de matéria relativa à execução da pena em sede de *habeas corpus* - PEDIDO NÃO CONHECIDO.171

HABEAS CORPUS. Decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de progressão de regime. Inconformismo. Via inadequada. Não pode o remédio heroico substituir o recurso ordinário, ainda mais quando existe via própria para discussão da matéria, nos termos do artigo 197, da Lei de Execução Penal. Agravo em execução já interposto pela Defesa. *Habeas corpus* não conhecido.172

HABEAS CORPUS. - CUMPRIMENTO DE PENA PELO APENADO. - PACIENTE TENCIONA OBTENÇÃO DE alteração de regime de cumprimento de pena ou a concessão do livramento condicional. - MATÉRIA ATINENTE À EXECUÇÃO DA PENA. Impossível, pela via eleita, o conhecimento de tal pedido. - A matéria ora sob o crivo judicial refere-se à execução penal, havendo procedimento próprio - de acordo com a Lei nº 7.210/84 – onde, da decisão do juízo, mostra-se cabível o recurso de agravo (Artigo 197, da LEP). - A presente impetração, portanto, não merece conhecimento, mostrando-se inviável a utilização do *writ* como sucedâneo recursal. -*HABEAS*

170 TJSP, 2019, on-line

171 TJSP, 2019, on-line

172 TJSP, 2019, on-line

CORPUS

NÃO

CONHECIDO.173

HABEAS CORPUS'. EXECUÇÃO PENAL. INDEFERIMENTO DE BENEFÍCIOS POR FALTA DE REQUISITOS. ALEGAÇÃO DE ERRO DE JULGAMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA ("*WRIT*" SUBSTITUTIVO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL). REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NO ÂMBITO DO "*HABEAS CORPUS*". IMPOSSIBILIDADE. REMÉDIO HEROICO NÃO CONHECIDO. 1. A medida cabível contra as decisões do Juiz das Execuções Penais é o agravo de execução penal (art. 197, da LEP). A irrestrita impetração de "*habeas corpus*" substitutivo de recurso próprio compromete a racionalidade do sistema processual, bem como a aplicação célere e eficaz do remédio constitucional servível para socorrer situações especiais. Precedente do STJ. Por isso, não se deve conhecer do presente "*writ*" em relação à insurgência quanto ao indeferimento de benefícios da execução penal com fulcro no reconhecimento da prática de falta disciplinar de natureza grave. 2. Além disso, a análise do acerto ou desacerto da decisão judicial que reconheceu a prática de falta grave demandaria incursão no acervo fático-probatório do procedimento instaurado na Origem, o que não pode ser feito em sede de "*habeas corpus*". Precedentes do STF e do STJ. 3. Remédio heroico não conhecido.174

HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÃO VISANDO ASSEGURAR A REMESSA DE AUTOS DA EXECUÇÃO PENAL PARA O JUÍZO COMPETENTE PARA EXAME DE PLEITO DE PROGRESSÃO. DESCABIMENTO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA AGILIZAR EXPEDIENTES OU APRECIAR PEDIDOS RELATIVOS À EXECUÇÃO PENAL – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA DECIDIR EM PRIMEIRO GRAU OS INCIDENTES, E, POR CONSEQUÊNCIA, DESTA SEGUNDA INSTÂNCIA PARA JULGAR RECURSOS DE AGRAVO CONTRA TAIS DECISÕES (LEP, ARTS. 66 E 197) – EXAME DO PEDIDO QUE NÃO SE ADMITE, SOB PENA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DO

173 TJSP, 2017, on-line

174 TJSP, 2016, on-line

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo, verificou-se que o *habeas corpus* está previsto no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição da República e no Código de Processo Criminal. Em razão do direito que tutela, o regramento atual possibilita que qualquer pessoa impetre o *writ* para quem se achar coagido ou violentado, ainda que não tenha o impetrante interesse na ordem, ou que não possua condições de pagar custas, ou que não possua conhecimento técnico para fazê-lo.

Contudo, no Brasil, é possível verificar uma crescente impetração de pedidos de concessão de ordem de *habeas corpus*, aquém da capacidade de julgamento dos tribunais. Em razão da incapacidade dos tribunais para julgamento de quantidade tão expressiva de ações, a jurisprudência acabou criando uma série de empecilhos para obstar o conhecimento das ações, por meio de diversos óbices que representam a chamada jurisprudência defensiva. Dentre tais óbices destaca-se a impossibilidade, reconhecida por alguns juristas, de conhecimento do *mandamus* em razão existência de recurso ordinariamente previsto para ataque da decisão impugnada. Tal óbice também é apontada no curso do processo de execução da pena em razão da previsão de cabimento do recurso de agravo em execução penal.

Esse impedimento criado pela jurisprudência é amplamente utilizado por diversos tribunais de justiça, inclusive pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para rechaçar o conhecimento do *writ*, conforme diversos julgados analisados neste trabalho, o que não deveria ocorrer, tendo em vista que a Constituição da República não restringe a impetração do *habeas corpus*.

O que se vê, a bem da verdade, é que esse impedimento é um fundamento frágil para o não conhecimento da impetração, de sorte que variadas decisões são singelas ao apontar que não se conhece da ordem em razão da escolha da via inadequada. Se não bastasse tal discrepância de tais julgados com o disposto na Constituição da República, o que se vê também é que em alguns casos o Tribunal busca afastar o conhecimento da ação decidindo que, de fato, não a conhece mas, uma vez que se depara com flagrante violência ou coação à liberdade de locomoção, resolve por conceder a ordem de ofício, em verdadeiro contrassenso.

Feitas estas observações, podemos tirar duas importantes conclusões: a primeira é que, de fato, o reeducando também possui direito à liberdade naquilo que não é restringido pela lei ou pela sentença e, por tal razão, é plenamente possível o

175 TJSP, 2015, on-line

conhecimento da impetração do *habeas corpus* para atacar decisão proferida em sede de execução da pena, ainda que não agravada pelo apenado, desde que tal decisão atente contra a liberdade de locomoção em razão da prática de coação ou violência por ilegalidade ou abuso de poder; a segunda conclusão é relativa à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que ainda possui um grande número de decisões que não conhecem da impetração, mas que de maneira progressiva tem modificado seu entendimento e admitido a ação.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 6ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo Thomson Reuters Brasil, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

KOENER, Andrei. *Habeas corpus, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JR, Aury. *A moda agora é dar Habeas Corpus "de ofício, mas só quando eu quiser"*. 2014. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corpus-oficio-quando-eu-quiser> >. Acesso em 09/10/2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas corpus : antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada*. 9ª edição. Barueri, SP: Manole, 2013.

MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

STF. HC 82959. Relator(a): MARCO AURÉLIO. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 23/02/2006. Publicação: 01/09/2006. Disponível em < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2082959%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true >. Acesso em 09/10/2020.

STF. HC 143641. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento: 20/02/2018. Publicação: 09/10/2018. Disponível em < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20143641%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true >. Acesso em 09/10/2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TJSP. Habeas Corpus 9018466-84.2003.8.26.0000. Relator (a): Machado de Andrade. Órgão Julgador: Quarta Câmara Criminal de Férias. Foro de Sorocaba - 3ª. Vara Criminal. Data do Julgamento: N/A. Data de Registro: 25/03/2004. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2200306&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus N/A. Relator (a): Cardoso Perpétuo. Órgão Julgador: 14º Câmara. N/A - N/A. Data do Julgamento: 21/09/2004. Data de Registro: 04/11/2004. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3828224&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus N/A. Relator (a): Sydnei de Oliveira. Órgão Julgador: 12º Câmara. N/A - N/A. Data do Julgamento: 18/05/2005. Data de Registro: 04/07/2005. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3844567&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2076099-79.2020.8.26.0000. Relator a: Camargo Aranha Filho. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ. Data do Julgamento: 26/06/2020. Data de Registro: 26/06/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13692861&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2200287-47.2020.8.26.0000. Relator a: Newton Neves. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Araçatuba - 1ª Vara das Execuções Criminais e Anexo do Júri. Data do Julgamento: 07/10/2020. Data de Registro: 07/10/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14041028&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2216538-43.2020.8.26.0000. Relator a: Cesar Augusto Andrade de Castro . Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ. Data do Julgamento: 06/10/2020. Data de Registro: 06/10/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14037832&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2176551-97.2020.8.26.0000. Relator a: Angélica de Almeida. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 06/10/2020. Data de Registro: 06/10/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14036245&cdForo=0> > <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14037832&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2191018-81.2020.8.26.0000. Relator a: Nelson Fonseca Junior. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Criminal. Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ. Data

do Julgamento: 26/09/2020. Data de Registro: 26/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14002613&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2122623-37.2020.8.26.0000. Relator a: Amable Lopez Soto. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Botucatu - 2ª Vara Criminal. Data do Julgamento: 31/08/2020. Data de Registro: 31/08/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13917213&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2176887-04.2020.8.26.0000. Relator a: Angélica de Almeida. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ. Data do Julgamento: 26/08/2020. Data de Registro: 26/08/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13865310&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2191494-90.2018.8.26.0000. Relator a: Cláudio Marques. Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ. Data do Julgamento: 04/10/2018. Data de Registro: 05/10/2018 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11884353&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0000779-57.2020.8.26.0000. Relator a: Otavio Rocha. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ. Data do Julgamento: 28/09/2020. Data de Registro: 28/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14007949&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2050066-52.2020.8.26.0000. Relator a: Alberto Anderson Filho. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ. Data do Julgamento: 19/08/2020. Data de Registro: 28/08/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13909939&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2172423-34.2020.8.26.0000. Relator a: Otávio de Almeida Toledo. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 03/09/2020. Data de Registro: 03/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13928136&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2081051-43.2016.8.26.0000. Relator a: Airton Vieira. Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ. Data do Julgamento: 06/07/2016. Data de Registro: 12/07/2016 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9597934&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2179747-75.2020.8.26.0000. Relator a: Paulo Rossi. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 10/09/2020. Data de Registro: 10/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13950094&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2179747-75.2020.8.26.0000. Relator a: Paulo Rossi. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 10/09/2020. Data de Registro: 10/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13950094&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2090910-44.2020.8.26.0000. Relator a: Diniz Fernando. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Itapevi - Vara Criminal. Data do Julgamento: 08/06/2020. Data de Registro: 08/06/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13626856&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2276001-47.2019.8.26.0000. Relator a: Amable Lopez Soto. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Presidente Prudente - 2ª Vara das

Execuções Criminais. Data do Julgamento: 13/03/2020. Data de Registro: 13/03/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13406501&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2274319-57.2019.8.26.0000. Relator a: Amaro Thomé. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Piracicaba - 1ª Vara Criminal. Data do Julgamento: 27/01/2020. Data de Registro: 28/01/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13251870&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2042353-26.2020.8.26.0000. Relator a: Camargo Aranha Filho. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal - Juri - 2ª Vara do Júri. Data do Julgamento: 03/04/2020. Data de Registro: 03/04/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13456659&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2211483-24.2014.8.26.0000. Relator a: Souza Nery. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Bauru - 1ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 05/02/2015. Data de Registro: 08/02/2015 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8187776&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2014898-86.2020.8.26.0000. Relator a: Vico Mañas. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Bauru - 2ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 14/04/2020. Data de Registro: 14/04/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13475380&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2019977-85.2016.8.26.0000. Relator a: Vico Mañas. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Franco da Rocha - Vara do Júri/Exec./Inf. Juv.. Data do Julgamento: 16/03/2016. Data de Registro: 22/03/2016 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9302158&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2251300-56.2018.8.26.0000. Relator a: Camilo Léllis. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Araçatuba - 1ª Vara Criminal. Data do Julgamento: 11/12/2018. Data de Registro: 12/12/2018 . Disponível em <

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12087500&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0059033-28.2017.8.26.0000. Relator a: Moreira da Silva. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Itapetininga - Vara das Execuções Criminais e Infância e Juventude. Data do Julgamento: 17/05/2018. Data de Registro: 22/05/2018 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11475149&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0003170-24.2016.8.26.0000. Relator a: Otávio de Almeida Toledo. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Paulínia - 1ª Vara. Data do Julgamento: 10/05/2016. Data de Registro: 11/05/2016 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9424704&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2187714-45.2018.8.26.0000. Relator a: Ivana David. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Araçatuba - 1ª Vara das Execuções Criminais e Anexo do Júri. Data do Julgamento: 12/03/2019. Data de Registro: 13/03/2019 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12300652&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2147692-08.2019.8.26.0000. Relator a: Laerte Marrone. Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal. Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 19/09/2019. Data de Registro: 23/09/2019 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12902214&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2177184-11.2020.8.26.0000. Relator a: Amaro Thomé. Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ. Data do Julgamento: 21/08/2020. Data de Registro: 21/08/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13884764&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2197282-17.2020.8.26.0000. Relator a: Tetsuzo Namba. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal. Presidente Prudente/DEECRIM UR5 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ. Data do Julgamento: 25/09/2020. Data de Registro: 25/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14001166&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2229361-88.2016.8.26.0000. Relator a: Leme Garcia. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Presidente Prudente - 1ª. Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 21/02/2017. Data de Registro: 22/02/2017 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10196501&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2162096-30.2020.8.26.0000. Relator a: Otavio Rocha. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ. Data do Julgamento: 28/09/2020. Data de Registro: 28/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14005515&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0018704-37.2018.8.26.0000. Relator a: Alcides Malossi Junior. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Presidente Prudente - 1ª. Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 06/09/2018. Data de Registro: 11/09/2018 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11795348&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2220993-51.2020.8.26.0000. Relator a: Osni Pereira. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. Presidente Prudente/DEECRIM UR5 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 5ª RAJ. Data do Julgamento: 06/10/2020. Data de Registro: 06/10/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14035165&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2195542-24.2020.8.26.0000. Relator a: Ely Amioka. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal. Bauru/DEECRIM UR3 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 3ª RAJ. Data do Julgamento:

09/10/2020. Data de Registro: 26/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14002540&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2174020-38.2020.8.26.0000. Relator a: Marcelo Gordo. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Taubaté - 2ª Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 18/09/2020. Data de Registro: 18/09/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13975270&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2122429-37.2020.8.26.0000. Relator a: Camilo Léllis. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal. Ribeirão Preto/DEECRIM UR6 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 6ª RAJ. Data do Julgamento: 20/08/2020. Data de Registro: 20/08/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13878709&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2118488-79.2020.8.26.0000. Relator a: Juscelino Batista. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Taubaté - 2ª. Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 08/06/2020. Data de Registro: 08/06/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13625828&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2067675-48.2020.8.26.0000. Relator a: Paulo Rossi. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Sorocaba - Vara do Júri/Execuções. Data do Julgamento: 22/05/2020. Data de Registro: 22/05/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13579318&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0003482-58.2020.8.26.0000. Relator a: Moreira da Silva. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal. Bauru/DEECRIM UR3 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 3ª RAJ. Data do Julgamento: 20/02/2020. Data de Registro: 03/03/2020 . Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13367469&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0032799-38.2019.8.26.0000. Relator a: Moreira da Silva. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal. Bauru/DEECRIM UR3 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 3ª RAJ. Data do Julgamento: 05/09/2019. Data de Registro: 15/09/2019. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12880543&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2092964-17.2019.8.26.0000. Relator a: De Paula Santos. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal. Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ. Data do Julgamento: 23/05/2019. Data de Registro: 24/05/2019. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12525342&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2005529-05.2019.8.26.0000. Relator a: Ruy Alberto Leme Cavalheiro. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal. Campinas/DEECRIM UR4 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 4ª RAJ. Data do Julgamento: 30/04/2019. Data de Registro: 07/05/2019. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12469224&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2033680-78.2019.8.26.0000. Relator a: Leme Garcia. Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal. São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ. Data do Julgamento: 14/03/2019. Data de Registro: 14/03/2019. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12302052&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0100073-88.2017.8.26.9053. Relator a: Paulo Rogério Malvezzi. Órgão Julgador: Turma Recursal Cível e Criminal. Foro de Vargem Grande do Sul - 2ª Vara. Data do Julgamento: 01/12/2017. Data de Registro: 04/12/2017. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=808401&cdForo=9053> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 0022203-97.2016.8.26.0000. Relator a: Airton Vieira. Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal Extraordinária. Foro Central Criminal Barra Funda - Vara das Execuções Criminais. Data do Julgamento: 10/08/2016. Data de Registro: 12/08/2016. Disponível em <

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9688696&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TJSP. Habeas Corpus Criminal 2179925-97.2015.8.26.0000. Relator a: Ivana David. Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal. Foro de Casa Branca - Vara de Execução Criminal. Data do Julgamento: 09/09/2015. Data de Registro: 11/09/2015. Disponível em < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8792019&cdForo=0> >. Acesso em 09/10/2020.

TORON, Alberto Zacharias et al. *Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ANÁLISE DOS REQUISITOS DA MEDIDA PROVISÓRIA PELO PODER JUDICIÁRIO: VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DE PODERES OU CONTROLE NECESSÁRIO?

IVAHYR PESSOA LEBRE SILVEIRA:

Servidor público do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJ/SE). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT).

RESUMO: O estudo em questão tem por objetivo analisar se o controle exercido pelo Poder Judiciário às Medidas Provisórias é uma prática necessária ou se esta viola a separação de poderes. Especificamente, visa: levantar o conceito e a concepção do princípio da separação dos poderes; descrever espécie normativa Medidas Provisórias; e explicar a possibilidade de controle dos requisitos da relevância e urgência das medidas provisórias pelo Poder Judiciário. O problema deste trabalho é: o controle exercido pelo Poder Judiciário às Medidas Provisórias é uma prática necessária ou é uma violação à separação de poderes? A justificativa pauta-se na atualidade e na relevância da temática. A metodologia estrutura-se num procedimento metodológico de revisão bibliográfica e documental, com base em outros materiais já publicados como livros e artigos científicos, e na legislação e jurisprudência. A hipótese central da pesquisa é de que é possível que o controle judicial seja uma prática necessária a fim de garantir a higidez do procedimento legislativo constitucional e a tutela de direitos por meio de requisitos de relevância e urgência.

Palavras-chave: Medida provisória. Poder Judiciário. Separação dos poderes.

1 INTRODUÇÃO

A Medida Provisória, é espécie normativa, prevista no art. 59, V, da CF, introduzida no direito brasileiro com a Constituição de 1988. Desde a época deste, durante a vigência da Constituição de 1967, discutia-se acerca da possibilidade de o Poder Judiciário controlar os limites formais para a edição desta espécie legislativa.

A Constituição Federal define como requisitos formais para a edição das medidas provisórias a relevância e a urgência e cabe primeiramente ao próprio Presidente da República, quando da edição, e posteriormente ao Congresso Nacional, quando vota a referida medida, verificar a existência daqueles requisitos. Logo, em tese, o Poder Judiciário não deveria se imiscuir na tarefa de analisar a presença ou não desses requisitos formais.

O presente trabalho apresenta a possibilidade de controle dos requisitos constitucionais e formais de relevância e urgência das medidas provisórias com a finalidade

de salvaguardar o escopo da Constituição, em detrimento do princípio da Separação dos Poderes.

Busca-se apresentar a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, bem como a posição doutrinária. Relevância e urgência são os requisitos formais para edição das medidas provisórias e a verificação de existência cabe, primeiramente, ao Chefe do Poder Executivo, quando da edição de uma medida e, posteriormente ao Congresso Nacional, ao votar o referido instrumento legislativo. Logo, em tese, o Poder Judiciário não deveria se imiscuir na tarefa de analisar a presença ou não desses requisitos formais. O presente trabalho apresenta a possibilidade, de forma excepcional, de tal controle ser feito também pelos tribunais, à luz dos julgados mais recentes das Cortes Superiores.

O estudo em questão tem por objetivo analisar se o controle exercido pelo Poder Judiciário às Medidas Provisórias é uma prática necessária ou se esta viola a separação de poderes. Especificamente, visa: levantar o conceito e a concepção do princípio da separação dos poderes; descrever espécie normativa Medidas Provisórias; e explicar a possibilidade de controle dos requisitos da relevância e urgência das medidas provisórias pelo Poder Judiciário.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Muito embora a concepção de um governo misto tenha surgido com Aristóteles, foi Montesquieu que concebeu a divisão dos poderes, na forma como é utilizada atualmente pela maioria dos países.

Para o teórico do século XVIII, era necessário que o poder fosse dividido entre aqueles que governariam, os que legislarão e os que julgarão, a fim de que se evitasse a concentração excessiva de poder nas mãos de uma única pessoa.

A centralização de poder levava, segundo o teórico, ao excesso ou abuso dele, de forma que a melhor forma de controle dessa malversação de poderes é a distribuição justa e equilibrada entre diversos órgãos independentes. Assim, o escopo da separação dos poderes é o estabelecimento de um governo limitado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral. Por isso, como está no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é ela inerente à (verdadeira) Constituição, portanto, imprescindível ao constitucionalismo.

Incorporando essa ideia, o texto constitucional brasileiro sempre dispôs sobre a separação dos poderes. Assim, a separação dos poderes está presente em todas as

Constituições brasileiras, muito embora nem sempre tenha sido posta em termos ortodoxos, isto é, com os três Poderes clássicos, independentes e harmônicos, vedada de modo absoluto a delegação de atribuições.

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 dispõe, no art. 2º, de maneira muito clara, a adoção do sistema da separação dos poderes:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Além da adoção, de forma expressa, da separação dos poderes, a Constituição Federal consagra, ao longo do seu texto a separação dos poderes como norma fundamental, insuscetível de derrogação, através do estabelecimento de limite material da cláusula pétrea (art. 60, § 3º).

Acrescente-se, ainda, que, no que tange à distribuição de competências, o Legislativo tem, de modo geral, a função legislativa de forma típica, mas tem também, de forma atípica, funções administrativas, como autorizações e aprovações (vide art. 48 e 49 da Constituição, por exemplo). Igualmente, possui ele a competência para, por meio do Senado Federal, processar e julgar crimes, no caso os de responsabilidade.

De igual maneira, o Poder Executivo conquanto exerça as tarefas inerentes à função de administrar, também é encarregado de legislar, ao menos quando autorizado pelo Legislativo, caso da lei delegada, afora a hipótese de organizar a administração e regular-lhe o funcionamento, inclusive extinguindo cargos públicos vagos por decretos autônomos (art. 84, VI, "a" e "b"). Igualmente, edita medidas provisórias com força de lei (art. 62).

O Judiciário, por sua vez, possui também competências legislativas, mormente, na elaboração de regimentos internos, bem como funções atipicamente administrativas.

Por tudo o exposto, é correto dizer que o sistema de separação dos poderes, embora seja consagrado como um direito fundamental, imprescindível para o equilibrado exercício dos poderes, impossível de ser abolido, em razão de ser consagrado como cláusula pétrea, é heterodoxo, uma vez que não se mostra rígido e imutável.

3 DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Levantado o conceito e a concepção de separação dos poderes, é imperioso passar à descrição da espécie normativa Medidas Provisórias.

Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a definição é:

As medidas provisórias são atos normativos primários, sob condição resolutive, de caráter excepcional no quadro da separação dos Poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República conta com o poder de editá-las. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1014).

Do conceito dos eminentes doutrinadores, é possível extrair que a medida provisória é um ato normativo primário, isto é, estão presentes na Constituição Federal, no art. 62, que diz em seu caput: “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”, bem como inovam no ordenamento jurídico.

Além disso, encontram-se sob condição resolutive, pois que a matéria por elas disciplinada depende de apreciação do Congresso Nacional para a conversão em lei ou para rejeição.

Adicionalmente, tem caráter excepcional, já que se trata de evidente função atípica do Poder Executivo, bem como é necessário, para sua edição, o preenchimento de alguns requisitos imprescindíveis e específicos de forma cumulativa - relevância e urgência. Logo, de substancial importância é analisar detidamente os mencionados requisitos.

A priori, diga-se que ambos devem estar, cumulativamente, presentes para que seja possível a edição de medida provisória. É dizer: um assunto somente pode ser versado por essa espécie normativa quando a situação demande urgência e seja relevante.

Por óbvio, os conceitos são abstratos e genéricos, pois se trata, em verdade, de uma cláusula de conceitos indeterminados, corolário do princípio da operabilidade, que permite a interpretação dos conceitos de acordo com circunstâncias atuais. A operabilidade e, por conseguinte, os conceitos indeterminados evitam a estratificação do direito - ou fossilização -, conferindo-lhe maior maleabilidade às circunstâncias específicas de uma determinada sociedade.

Sobre o assunto, Clèmerson Martin Clève, ensina:

Embora indeterminados, e por isso insuscetíveis de determinação a priori, um ensaio de precisão dos pressupostos da medida provisória deve ser tentado. Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível ou fundamental. Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação dos interesses outros que não os da sociedade. A

relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização de um interesse público. De outro lado, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especificamente qualificada, contaminada pela contingência, acidentalidade, imprevisibilidade. (CLÈVE, 2011, p. 171-172).

Ao tratar do requisito de urgência, o mesmo autor doutrina:

O pressuposto urgência admite maior precisão conceitual: “a urgência alia a questão de data (momento) à condição social nela constatada. A urgência qualifica o momento e define o tempo de exercício de uma competência”. Relaciona-se com a inevitabilidade do provimento, que deve ser tal por impedir o emprego de meios ordinários. (CLÈVE, 2011, p. 174).

Assim, a despeito de serem dotados de alta carga subjetiva, os requisitos são dotados de critérios objetivos. São esses critérios objetivos que permitem o controle pelo Poder Judiciário, de forma atípica.

4 POSSIBILIDADE DE CONTROLE DOS REQUISITOS DA RELEVÂNCIA E URGÊNCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS PELO PODER JUDICIÁRIO.

Sobre a evolução do controle judicial dos pressupostos de edição de Medidas Provisórias, o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do RE 592.377, Redator p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 20.03.2015, Tema 33 da Repercussão Geral assim dissertou:

“Em um primeiro momento, o entendimento foi de admiti-lo apenas em casos de “excesso do poder de legislar”, devendo ficar a apreciação por conta, em princípio, do Chefe do Poder Executivo e do Congresso Nacional (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 162, da relatoria do ministro Moreira Alves, julgada em 14 de dezembro de 1989, Diário da Justiça de 19 de setembro de 1997). Sem dúvida, a óptica, se não incentivou, ao menos não impediu a reedição indefinida das medidas provisórias, de início com números diversos e, após, mediante repetição numérica seguida de dígito a revelar o número da reedição. Aos poucos, o Tribunal, em face dos abusos a demonstrarem a usurpação da atividade do Poder Legislativo, intensificou o controle de constitucionalidade dos pressupostos contidos na cabeça do artigo

62 da Carta, minimizando o caráter de “questões políticas” e passando a assentar inconstitucionais medidas carentes de urgência e relevância. Ao apreciar, em 16 de abril de 1998, o pedido liminar formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.753/DF, relator ministro Sepúlveda Pertence – acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de junho de 1998 –, o Plenário, por unanimidade, suspendeu a eficácia de dispositivos da Medida Provisória nº 1.577-6, de 1997, por afronta ao aludido artigo 62. Na ocasião, fiz ver: Os predicados da relevância e da urgência estão previstos no artigo 62 da Constituição Federal, de que esta Corte é guarda como um grande todo. Logo, cabe-lhe perquirir - e se admite, até mesmo, o controle de atos discricionários quanto ao motivo, à finalidade, à razão da prática - se, na espécie, concorreram, ou não, esses dois requisitos previstos no artigo 62 da Constituição Federal. E a toda evidência não concorreram. Atualmente, não mais existe oscilação na jurisprudência do Tribunal a respeito da possibilidade de controle de constitucionalidade das medidas provisórias sob o ângulo do atendimento aos requisitos do artigo 62 – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.736/DF, relator ministro Cezar Peluso, julgada em 8 de setembro de 2010, Diário da Justiça de 29 de março de 2011.”

Logo, extrai-se, da lição do Ministro, que, assim como os atos administrativos discricionários, os quais é permitido o controle por meio do Poder Judiciário, quando violados os elementos vinculados, as medidas provisórias também são passíveis de controle, ainda que de forma excepcional, uma vez que a própria Constituição Federal não vedou.

O saudoso Min. Teori Zavasck, em sua manifestação, sublinhou a excepcionalidade do controle a ser exercido pela Corte:

“Por ora, não está em debate a questão de mérito da medida provisória. Até porque, quanto à sua higidez material, o Supremo Tribunal Federal considerou que não havia inconstitucionalidade nas disposições normativas que estabeleciam para o sistema financeiro critérios de remuneração diferentes dos da Lei de Usura. Há súmula do Tribunal no tema (Súmula 648/STF), e a controvérsia suscitou, inclusive, uma discussão fértil a respeito da cobrança da comissão de permanência. O que subsiste, aqui, como argumento fundamental, é

a falta dos requisitos de relevância e urgência da matéria. Esse é o tema fundamental. Como bem ressaltou o Ministro Relator, o Supremo Tribunal Federal considera sindicável, pelo Poder Judiciário, a presença ou não desses requisitos. Isso porque a invocação vazia desses parâmetros, antes de justificar a atuação da Presidência da República no campo da normatividade primária, revela exercício abusivo de prerrogativa política. Todavia, os precedentes da Corte têm enfatizado que o escrutínio a ser feito pelo Judiciário neste particular é de domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal desses requisitos. É o que ficou proclamado, por exemplo, na ADI 4350, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 3/12/14; na ADC 11 MC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 29/6/07; e na ADI's 1910 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/2/04." (Original sem grifo).

Dessa forma, existe a possibilidade de análise e controle dos requisitos da urgência e relevância, pois, não fosse esse o caso, isto é, pudesse o Chefe do Executivo editar medidas provisórias, indenés de controle judiciário, sem qualquer relevância ou urgência, estar-se-ia traindo o próprio sentido da Constituição.

A forma de se realizar esse controle, por outro lado, deve depender da motivação apresentada pelo Chefe do Poder Executivo. Muito embora a motivação não seja um requisito imprescindível de forma expressa para a edição de Medidas Provisórias, é importante baliza para averiguar a presença ou não do preenchimento dos demais requisitos.

Como indica Clèmerson Merlin Clève, a motivação, (...) facilita o controle da legitimidade e dos requisitos constitucionais autorizadores, seja pelo Legislativo, seja pelo Judiciário. Não entanto, é preciso advertir que os conceitos de relevância e urgência não são, a rigor, passíveis de completa definição a priori (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 88). Ainda na esteira da lição do Professor da Universidade Federal do Paraná:

"Possui relevância aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável. Quanto às medidas provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. A relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização de um interesse público. De outro ângulo, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa do Presidente da República não se confunde com a ordinária, desafiadora do processo legislativo

comum. Trata-se, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentalidade, imprevisibilidade” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 89-90).

O parâmetro para averiguar essas alegações é, como indicou o Min. Teori Zavascki em manifestação já referida neste trabalho, “se deve partir (...) da legitimidade das alegações, dessa fundamentação do poder normativo constituído.”.

Além disso, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade ganha destaque, uma vez que serve como vetor interpretativo para solucionar conflitos entre direitos fundamentais - no caso, a separação dos poderes e a rigidez do processo legislativo constitucional e a tutela de direitos fundamentais através deste ato normativo.

Seja como for, o Poder Judiciário, embora entenda pela possibilidade, de forma excepcional, de controle jurisdicional de matérias que, a princípio tem alta carga constitucional discricionária, tem sido altamente rígido na análise da possibilidade de atuação, não se imiscuindo em decidir quando a matéria não viole frontalmente o texto constitucional, praticando uma autocontenção judicial (“*judicial self-restraint*”) quando posto a decidir sobre o tema.

Vide, por exemplo, a ementa abaixo:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DE MANDATO DE DEPUTADO FEDERAL. QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. ALEGADAS NULIDADES. 1. O Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas. Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias. Nenhuma das hipóteses ocorre no presente caso. 2. A suspensão do exercício do mandato do impetrante, por decisão desta Corte em sede cautelar penal, não gera direito à suspensão do processo de cassação do mandato: ninguém pode se beneficiar da própria conduta reprovável. Inexistência de violação à ampla defesa ou de direito subjetivo a dilações indevidas. O precedente formado no MS 25.579 MC, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, se referia

a parlamentar afastado para exercer cargo no Executivo e responsabilizado por atos lá praticados. Naquele caso, aliás, a medida liminar foi indeferida, pois se reputou a infração enquadrada no Código de Ética e Decoro Parlamentar. 3. A alegação de que o relator do processo no Conselho de Ética estaria impedido por integrar o mesmo bloco parlamentar do impetrante, por pressupor debate sobre o momento relevante para aferição da composição dos blocos, não configura hipótese justificadora de intervenção judicial. Precedente: MS 33.729 MC, de minha relatoria. 4. Não há que se falar em violação ao contraditório decorrente do aditamento da denúncia, providência admitida até em sede de processo penal, uma vez que o impetrante teve todas as possibilidades de se defender, o que foi feito de forma ampla e tecnicamente competente. 5. Ausência de ilicitude na adoção da votação nominal do parecer no Conselho de Ética, forma que mais privilegia a transparência e o debate parlamentar, e adotada até em hipóteses mais graves do que a ora em discussão. Deferência para com a interpretação regimental acolhida pelo órgão parlamentar, inclusive à vista das dificuldades para aplicação do art. 187, § 4º, do RI/CD fora do Plenário da Câmara dos Deputados. Inexistência de vedação expressa e inoportunidade de “efeito manada”. 6. Validade do quórum de instalação da sessão na Comissão de Constituição e Justiça. Não há nas Comissões suplentes vinculados a titulares, mas sim a partidos ou blocos, razão pela qual são computados. 7. Ordem denegada.

(MS 34327, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, entendido o conceito de separação de poderes, bem como os requisitos de uma medida provisória, é possível perceber que, via de regra, o controle deste ato normativo deveria ser feito tão somente pelo Poder Executivo e, em um segundo momento, pelo Poder Legislativo, quando da conversão de lei da medida provisória.

Acontece que a ausência de controle de tais atos pelo Poder Judiciário poderia acarretar em prejuízo maior à Constituição Federal e aos próprios jurisdicionados, tendo em vista, por exemplo, o abuso de poder quando da edição desmedida de tais atos normativos.

Sopesando a separação de poderes e a higidez do procedimento legislativo constitucional, bem como a tutela de direitos de forma escoreita através da verificação da presença dos requisitos da relevância e urgência, é razoável e proporcional entender pela mitigação parcial do primeiro em detrimento dos seguintes, sob pena de trair o próprio sentido da Constituição Federal. Logo, foi confirmada a hipótese central deste trabalho.

Esse processo de verificação deve se dar a partir da legitimidade das alegações, dessa fundamentação do poder normativo constituído que, embora não seja um requisito imprescindível expressamente para a edição de medidas provisórias, é importante baliza para averiguar a presença ou não do preenchimento dos demais requisitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.599/DF**. Recorrente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Recorrido: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE). Relator: Min. Edson Fachin, 26 de outubro de 2020. Disponível <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 jun. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3 ed. São Paulo: RT, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL FRENTE AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

BETINA SCHREINER:

Advogada. Especialista em Direito Público pela ESMESC – Escola da Magistratura Estadual de Santa Catarina.

RESUMO: Após a segunda guerra mundial, percebeu-se a necessidade de se assegurar revisitar o positivismo jurídico, a fim de assegurar direitos e flexibilizar a soberania dos países. O Brasil após o processo de democratização passou a ratificar tratados. No Brasil os tratados Internacionais de Direitos Humanos são equiparados a normas constitucionais, conforme disposto no art. 5º, § 2º da CF/88. A convenção sobre os direitos da criança adotada pela ONU em 1989, é o tratado internacional de direitos humanos com o maior número de ratificações, 193 países assinaram o documento, inclusive o Brasil. O referido tratado visa proteger o ser humano em fase de formação, isto é até os dezoito anos, pois até tal idade o indivíduo ainda necessita de maior proteção estatal, devido a sua peculiar condição de desenvolvimento. Entretanto, a redução da idade penal é constantemente discutida pelo Congresso Brasileiro, em diferentes Propostas de Emenda à Constituição Federal (PECs). O aumento da imputabilidade penal vai na contramão da proteção aos direitos humanos no âmbito internacional e doméstico. Seria tirar do indivíduo um direito já conquistado, que colide com a característica da irreversibilidade.

Palavras-chave: Redução da Maioridade Penal. Direitos Humanos. Convenção Sobre Direitos da Criança. Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema da possibilidade da redução da maioridade penal, visto que os tratados internacionais, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente são unânimes em relação ao término da adolescência aos dezoito anos.

No entanto, propostas de emenda à constituição que visam tal redução, vez ou outra são apresentadas no congresso nacional, por vezes devido ao apelo midiático.

Além da questão social, o trabalho visa analisar a possibilidade de tal redução frente direito internacional dos direitos humanos, pois estem têm como característica a irretroatividade de direitos.

Por fim, a Constituição garante em seu art. 5º, §§ 2º e 3º garante a equiparação dos tratados a emenda constitucional.

2 A FASE DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os tratados Internacionais de Direitos Humanos têm como fonte o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que é o direito do pós-guerra, nascido em virtude das atrocidades cometidas pelo nazismo. (PIOVESAN, 2009)

Diante do terror instalado por aquele regime, em que o ser humano foi diminuído ao conceito de objeto, era necessária a reconstrução dos direitos humanos, tratando-o como um referencial ético a orientar a ordem internacional.

Ainda, conforme Comparato (2010, p. 68), [...] “a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da dignidade humana.”

Frente a isso, percebeu-se a necessidade de uma flexibilização das soberanias dos países e a elevação dos indivíduos a sujeitos de Direito Internacional, ou seja, devem ter seus direitos protegidos na ordem internacional. (PIOVESAN, 2009)

O que se confirma nas palavras de Bilder (1992 apud PIOVESAN, 2009, p.4):

O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. (...) Embora a ideia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhe são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente. (...) Muitos dos direitos que hoje constam do Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos das Organizações das Nações Unidas.

O sistema internacional de direitos humanos, como conjunto de normas jurídicas internacionais que visam a proteção dos direitos humanos, apoiado em instituições com competência para aplicar essas normas surgiu a partir da criação da Organização das Nações Unidas - ONU, em 24 de Outubro de 1945. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de 48 Estados, com 8 abstenções. A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais (PIOVESAN, 2009).

O Brasil somente a partir do processo de democratização, é que passou a ratificar tratados internacionais de direitos humanos.

Conforme leciona Piovesan (2009, p.12):

O marco inicial do processo de incorporação de tratados Internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação, em 1989, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. A partir dessa ratificação, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Assim, a partir da Carta de 1988 importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil.

Ao romper com o regime autoritário, o país passa a dar ênfase a direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal de 1988 eleva o valor da dignidade humana a princípio fundamental na Carta de 1988, nos termos do art 1º, inciso III, e conforme Piovesan (2009, p.14):

[...] impõe como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

3 A INCORPORACAO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS PELO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil os tratados Internacionais de Direitos Humanos são equiparados a normas constitucionais, pois conforme disposto no art. 5º, § 2º da CF/88, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. ”

Portanto, a Constituição Federal de 1988 passou a incluir dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. O que significa que a Carta atribui aos direitos internacionais a hierarquia de norma constitucional

Piovesan (2009) entende que a interpretação do §2º, art. 5º deve ser feita no contexto do elevado valor do fundamento da dignidade da pessoa, ou seja, tal princípio deve ser o norteador de toda interpretação e compreensão a respeito de tratados internacionais frente ao Direito brasileiro.

No mesmo sentido é o entendimento de Comparato (2010, p. 74):

[...] vai se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

Quanto ao impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro como bem aponta Piovesan (2000, p.103):

[...] os direitos internacionais - por força do princípio da norma mais favorável à vítima, que assegura a prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja os direitos humanos - apenas vêm a aprimorar e fortalecer, jamais a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. A sistemática internacional de proteção vem ainda a permitir a tutela, a supervisão e o monitoramento de direitos por organismos internacionais.

Cabe ainda frisar o princípio da irreversibilidade dos direitos humanos, o que significa que é proibido se pôr fim, voluntariamente, a vigência de tratados Internacionais de Direitos Humanos. Pois os direitos, uma vez garantidos, não podem ser revogados. (COMPARATO, 2009).

Frente a ampla discussão a respeito da hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos a Emenda Constitucional n. 45 de 8 de dezembro de 2004, acrescentou o §3º ao art. 5º assim dispendo:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

E quanto aos tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil anteriormente a EC n. 45 adverte Piovesan (2009, p. 18):

Observe-se que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente a Emenda Constitucional n 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quorum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa uma vez que o procedimento de dois turnos não era sequer previsto.

Portanto, afasta-se a ideia de que tratados anteriores a vigência da EC n.45 não teriam hierarquia constitucional. O que pela própria força do §2º todos os tratados de direitos humanos, independente do quórum de aprovação são constitucionais.

A respeito do §3º entende Lafer (2005 apud PIOVESAN, 2009, p. 19), "pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinarias suscitadas pelo parágrafo 2º do art. 5º."

O Supremo Tribunal Federal já vem decidindo no sentido da supralegalidade dos tratados que versam sobre Direitos Humanos, como é o caso do contido no Informativo nº 431/STF:

Em conclusão de julgamento, o Tribunal concedeu habeas corpus em que se questionava a legitimidade da ordem de prisão, por 60 dias, decretada em desfavor do paciente que, intimado a entregar o bem do qual depositário, não adimplira a obrigação contratual — v. **Informativos** 471, 477 e 498. Entendeu-se que a circunstância de

o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica, que restringe a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia (art. 7º, 7), conduz à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;”). Concluiu-se, assim, que, com a introdução do aludido Pacto no ordenamento jurídico nacional, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel. Prevaleceu, no julgamento, por fim, a tese do status de suprallegalidade da referida Convenção.

Resta claro que o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição do § 3º do art. 5º, a qual possui eficácia retroativa. Ainda, nas palavras de Piovesan (2009, p. 21), “a hermenêutica adequada a ser aplicada aos direitos humanos, inspirada por uma lógica e racionalidade material, ao afirmar o primado da substancia sob a forma.”

Na hipótese de colisão de normas de direito interno e de direito internacional que versem sobre direitos humanos utiliza-se o princípio da norma mais favorável à pessoa humana.

Pelo princípio encontrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e na Convenção Europeia de Direitos Humanos adota-se um critério dinâmico de hierarquia das normas jurídicas para solução de antinomias. (Leite, 2010)

Os direitos internacionais constantes nos tratados de Direitos Humanos devem fortalecer nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dado pelas normas constitucionais. (PIOVESAN, 2009)

É importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 assegurou no art. 4º que “a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II- prevalência dos direitos humanos”.

Ainda, de acordo com os propósitos desse trabalho ressalta-se que toda ordem jurídica deve ter na pessoa humana seu valor central e que toda conduta deve ser prestada para respeitar a dignidade. Ainda que os princípios de Direitos Humanos: - dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade, proporcionalidade e razoabilidade - contribuem para interpretação e aplicação das normas de Direitos Humanos.

Ainda, os entendimentos modernos convergem no sentido de que normas de direitos humanos devem ser equiparadas a normas constitucionais e que em caso de colisão de normas de direito interno e internacional relacionado a direitos humanos impõe-se que seja utilizada norma mais favorável ao indivíduo.

Por fim, um importante princípio que é o da proibição ao retrocesso será analisado no próximo item, juntamente com a Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada pelo Brasil em 24/09/1990, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

3 A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E O DIREITO DOMÉSTICO

A convenção sobre os direitos da criança foi adotada pela ONU em 1989, é o tratado internacional de direitos humanos com o maior número de ratificações, 193 países assinaram o documento, inclusive o Brasil.

O tratado acolhe a concepção de desenvolvimento integral da criança, exigindo proteção e absoluta prioridade à criança. Ao ratificar o tratado os estados partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de discriminação e assegurar a assistência apropriada.

Impondo assim, aos estados-parte uma prestação positiva a fim de implementar e efetivar os direitos das crianças. Nesse sentido, é o entendimento de Andrade (2000, p. 40):

“O art. 4º da Convenção estabelece que os Estados-Parte adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra índole com vistas à implementação dos direitos ali reconhecidos. Afirma ainda que, com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados-Parte adotarão essas medidas utilizando ao máximo os recursos disponíveis. Tal artigo, crucial para a aplicação da Convenção, propõe dois problemas, o da definição do que seja implementação e o da identificação do nível de gastos de cada Estado no sentido de cumprir o mandamento convencional máximo dos recursos disponíveis.”

Logo em seu primeiro artigo, a convenção limita a idade de aplicabilidade do documento jurídico:

“Artigo 1: Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.”

Percebe-se que o referido tratado visa proteger o ser humano em fase de formação, pois até tal idade o indivíduo ainda necessita de maior proteção estatal, devido a sua peculiar condição de desenvolvimento.

A Constituição Federal também buscou proteger os menores de dezoito anos, conforme os seguintes artigos:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

[...]

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

[...]

§ 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

VI - a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

[...]

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Em conformidade com os documentos jurídicos acima, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe em seu texto: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

O legislador à época também entendeu que devem ter maior proteção os menores de dezoito em virtude da não formação psíquica completa do jovem (LIBERATI, 2010).

4 AS DISCUSSÕES A RESPEITO DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

A redução da idade penal vem sendo discutida pelo Congresso Brasileiro, em diferentes Propostas de Emenda à Constituição Federal (PECs), conforme justificativa da PEC nº 32/2019:

O tema da maioridade penal tem sido objeto de ampla discussão na sociedade brasileira. No Congresso Nacional tramitam e tramitaram diversas Propostas de Emenda à Constituição, com diferentes amplitudes. Nenhuma delas prosperou, em função do desvirtuamento do debate, em que as posições se radicalizaram a ponto de impedir qualquer acordo.

A Constituição Federal em seu art. 5º, §2º assegura que os direitos e garantias não excluem os dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, e conforme Izidoro (2013) é importante ressaltar a irretroatividade de direitos conquistados:

Portanto, teoricamente só seria possível alterar este direito individual através de uma nova constituição. Digo teoricamente, pois no âmbito dos direitos humanos, um direito humano alcançado não retroage (a irretroatividade é uma das características clássicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos).

O aumento da imputabilidade penal vai na contramão da proteção aos direitos humanos no âmbito internacional e doméstico. Seria tirar do indivíduo um direito já conquistado, que colide com o princípio da irreversibilidade.

E além da questão jurídica, ainda é importante analisar a questão social envolvida, afinal, não há estudo ou dado que aponte que uma pena mais rígida aos adolescentes diminuiria o número de crimes por eles cometidos, bem como não traria mais segurança e tranquilidade para a sociedade.

Nesse contexto, importante citar a cartilha “Porque dizer não à redução da idade penal” distribuída pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Unicef e 2009:

“Como se observa da análise comparada de distintas legislações no mundo, a predominância é a fixação da menoridade penal abaixo dos 18 anos e a fixação de uma idade inicial para a responsabilidade juvenil. Não só os tratados internacionais, mas recentes documentos apontam que esta idade deva estar entre 13 e 14 anos de idade. Enquanto a comunidade internacional discute a ampliação da idade para início da responsabilidade de menores de dezoito anos, o Brasil anacronicamente ainda se detém em discutir a redução da maioridade penal, tema já superado do ponto de vista dogmático e de política criminal internacional.”

Ademais, a população carcerária do Brasil já encontra-se acima do limite, conforme dados do DEPEN/2012 - Departamento Penitenciário Nacional, a população carcerária no Brasil em 1990 era de 90.000 presos, enquanto em dezembro de 2012 a população era de 548.003, ou seja, um aumento de 511%, ao passo que a população brasileira aumentou apenas 30%.

Cabe aqui citar, a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), editada após grande apelo e comoção popular. No entanto, desde então a criminalidade só vem aumentando.

Ante o exposto, percebe-se que a redução da idade penal, não reduziria, necessariamente, as infrações cometidas por jovens menores de 18 (dezoito) e maiores de 16 e ainda iria afrontar a Convenção Internacional sobre Direito da Criança, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, os direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

Analisando aos aspectos gerais acima mencionados acerca da possibilidade da redução da maioridade penal percebe-se que esta vai de encontro a Convenção que versa sobre direitos humanos da criança.

A interpretação das normas deve ser no sentido de ampliar direitos já garantidos, sendo proibido o retrocesso.

O Sistema Internacional de Proteção responsabiliza o Estado que deixa de respeitar os Direitos Humanos, portanto a tão discutida redução geraria um embaraço frente a ordem internacional.

Além do já discutido, uma alteração geraria uma insegurança jurídica, no que diz respeito a proteção de direitos sociais, visto que a população se sentiria ameaçada, uma vez que seus direitos, constitucionalmente assegurados, seriam violados.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Anderson Pereira de. **A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA EM SEU DÉCIMO ANIVERSÁRIO: AVANÇOS, EFETIVIDADE E DESAFIOS**. Brasília: Revista do Ministério Público, 2000.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Decreto n. 99.710/90. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL, 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Senado Federal.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação História dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Aloysio Nunes. **PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106330>. Acesso em: 25 maio 2021.

HUMANOS, Secretaria Especial de Direitos; A INFÂNCIA, Fundo das Nações Unidas Para. **Porque dizer não à redução da idade penal**. 2009. Disponível em: <http://www.escoladeconselhospara.com.br/upload/arq_arquivo/1033.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

INFOPEN. **População Carcerária**. 2012. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico v. 1100 de 02/07/2022 \(ano XIV\) ISSN - 1984-0454](http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=NN&LangID=pt-br&ms=itemID={C37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C}&UIPartUID;={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>>. Acesso em: 06 abr. 2021</p></div><div data-bbox=)

IZIDORO, Frederico Afonso. **Redução da idade penal: impossibilidade. 2013.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reducao-da-idade-penal--impossibilidade/11489>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf>. Acesso em: 25 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: JURISPRUDÊNCIA DO STF.** Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000034>>. Acesso em: 25 maio 2021.

O PACOTE ANTICRIME E SEUS REFLEXOS PARA A SOCIEDADE BRASILEIRA

JÉSSICA MARIA DE MOURA E SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI, pós-graduanda em Direito Público pela faculdade LEGALE.

RESUMO: O Pacote Anticrime foi apresentado pelo ex-Ministro da Justiça, Sérgio Moro, em sua passagem pelo Ministério de Segurança do Brasil, tratando-se de uma lei que promoveu a modificação em 14 (catorze) outras leis. A proposta aprovada altera o Código Penal e outras leis de segurança pública e tem por finalidade reduzir/conter o crime organizado, a corrupção e os crimes violentos, através da aplicação de penas mais severas para quem os pratique. Alguns artigos da Lei 13.964/19 foram aprovados, outros vetados pela comissão designada para sua aprovação definitiva, outros, não sancionados pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, como também, após a sua entrada em vigor, certos artigos tiveram sua eficácia suspensa por tempo indeterminado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como o que trata da criação do juiz das garantias. Tais modificações surgiram como pressuposto de diminuir a grande insegurança que vive a sociedade brasileira e abrir espaço para uma imprescindível reforma no Código Penal Brasileiro. A violência no Brasil é um problema histórico, que atinge diversas classes sociais e, vários são os fatores responsáveis pela mesma (sociais; econômicos; políticos e; culturais), atrelados à corrupção, o que deixa a população vulnerável e amedrontada e, até mesmo, desacreditada no próprio Estado, o qual, nos termos do Art. 144, "caput", da Constituição Federal de 1988 (CF/88), deveria garantir segurança a todos. O surgimento dessas modificações advindas do Pacote Anticrime na legislação penal pode ser considerado um caminho a ser seguido para a criação e implementação efetiva deste e de novas leis que venham a beneficiar a proteção da população brasileira.

Palavras-chave: Reforma. Pacote Anticrime. Código Penal. Brasil.

ABSTRACT: The Anticrime Package was presented by the ex-Minister of Justice, Sérgio Moro, in his passage through the Ministry of Security of Brazil, being a law that promoted the modification in 14 (fourteen) other laws. The approved proposal amends the Penal Code and other public security laws and aims to reduce / contain organized crime, corruption and violent crimes, through the application of more severe penalties for those who practice them. Some articles of Law 13.964/19 were approved, others were vetoed by the commission designated for their final approval, others were not sanctioned by the President of the Republic, Jair Messias Bolsonaro, but also, after their entry into force, certain articles had their effectiveness suspended indefinitely by the Federal Supreme Court (STF), such as the one that deals with the creation of the judge of guarantees. Such modifications arose as a prerequisite to reduce the great insecurity that Brazilian society

experiences and to open space for an essential reform in the Brazilian Penal Code. Violence in Brazil is a historical problem, affecting several social classes and, several factors are responsible for it (social; economic; political and; cultural), linked to corruption, which leaves the population vulnerable and frightened and even , discredited in the State itself, which, under the terms of Art. 144, "caput", of the Federal Constitution of 1988 (CF / 88), should guarantee security for all. The emergence of these changes arising from the Anticrime Package in criminal law can be considered a path to be followed for the creation and effective implementation of this and new laws that will benefit the protection of the Brazilian population.

Key words: Reform. Anti-crime Package. Penal Code. Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo mostrar as alterações que o Pacote Anticrime promoveu no Código Penal e legislações esparsas, de forma sucinta, trará o debate acerca dos principais pontos de alteração que envolve a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa, bem como a sociedade brasileira reagiu à implementação desse pacote.

Apresentado em fevereiro de 2019 (dois mil e dezenove), pelo, à época, Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, o Projeto de Lei Anticrime (Pacote Anticrime) promove alterações em 14 (quatorze) leis, e foi alvo de muitas críticas por parte de juristas e da população leiga. Contudo, não há de se negar que foi um grande passo no combate aos crimes acima identificados, bem como um sinalizador de que possa acontecer uma futura reforma necessária no Código Penal brasileiro e, quem sabe, na própria política criminal e prisional pátria.

O estudo do tema é relevante e atual pois fará uma breve análise do Pacote Anticrime e seus reflexos para sociedade brasileira, que, ao longo das décadas, luta contra a violência e a corrupção e carrega em seu íntimo a nítida sensação de que seu direito à segurança tem gradativamente diminuído pela omissão e ineficiência do Estado na proteção do indivíduo; diante de um sistema carcerário falido e; um Código Penal que clama por mudanças que acompanhem os novos ditames da sociedade brasileira.

A escolha do tema se deu devido à importância do combate à corrupção; ao crime organizado e; à violência em geral, vez que o Brasil é um dos países onde o índice de violência aumenta assustadoramente a cada ano. Diante dessa realidade, a sociedade brasileira clama por segurança.

Nessa esteira, é preciso um sistema de regras punitivas eficazes e eficientes a serviço da sociedade, ao mesmo tempo que essa sociedade precisa acreditar nessas regras, visto que pouco adianta, apenas, endurecer penas e não se apresentar instrumentos que promovam a ressocialização do indivíduo infrator, evitando-se que o mesmo seja absorto pelo mundo da criminalidade.

Nesse cenário, o Pacote Anticrime já é uma realidade, vez que promoveu diversas alterações no Código Penal; Código de Processo Penal; Lei de Execuções Penais; dentre outros diplomas legais. Porém, ainda precisa ser acompanhado por outras mudanças: reestruturação e humanização do sistema carcerário, para que cumpra o papel na prevenção delitiva: atuando tanto na prevenção secundária (procura produzir no indivíduo um respeito pela norma que os desaconselhe a violá-la, sob pena de se sujeitar às reprimendas previstas em lei), quanto na prevenção primária (objetiva o combate aos fatores indutores da criminalidade antes que eles incidam sobre o indivíduo. Atua na raiz do delito, neutralizando o problema antes que ele apareça) e terciária (busca evitar a reincidência do egresso do sistema prisional, através da reabilitação e ressocialização); promover o reaparelhamento dos órgãos de Segurança Pública, os quais também sofrem com a falta de recursos e de servidores, baixos salários, desvalorização profissional e, falta de estrutura digna; dentre outros. Dessa forma, incutir na sociedade a confiança e o respeito às instituições que velam pela segurança pública e em um sistema punitivo eficaz.

Nesse sentido, a sociedade brasileira desde muito tempo vive à mercê da violência, não importa a classe social, qualquer indivíduo pode ser acometido por um crime: ser vítima ou autor. Destarte, o Estado deve estender a proteção ao indivíduo, pois esta não envolve apenas o caráter punitivo para os que praticaram, em algum momento, crimes, mas também visa assegurar que quem os cometeu tenha direito às garantias constitucionais previstas especialmente no art. 5º, incisos III, VI, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIV, L, LIII, LIV, LVI, LVII, LXI, LXII, LXIV e, LXV, LXVI e LXVII, de forma que, após o cumprimento da pena, não volte a delinquir.

Outrossim, a corrupção que envolve o Brasil acentua as desigualdades sociais, pois diminui os investimentos em saúde, educação, segurança, habitação, infraestrutura, entre outros direitos, conseqüentemente, aumentando a exclusão social.

O Pacote Anticrime, ainda que com pontos controversos, surge para a sociedade brasileira como uma esperança de que a legislação penal exija penas mais severas para determinados crimes, visto que o Direito Penal é punitivo por natureza e deve ser a 'ultima ratio', com base nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. Contudo, além de penas mais severas, é preciso se compreender que se faz necessária uma reforma em toda a estrutura do sistema penal que não fira a Constituição Federal de 1988.

O PACOTE ANTICRIME E SEUS REFLEXOS PARA A SOCIEDADE BRASILEIRA

O Código Penal Brasileiro data de 07 de dezembro de 1940, já se passaram 80 (oitenta) anos desde sua entrada em vigor e, nesse decurso de tempo, a sociedade brasileira passou por grandes transformações, exigindo-se que o sistema jurídico brasileiro acompanhe os novos paradigmas, regras e novos parâmetros sociais e culturais que surgiram no decorrer dos anos e décadas.

O último – e atual – Código Penal Brasileiro é de 1940 (que entrou em vigor juntamente com o Código de Processo Penal e a Lei de Contravenções Penais) e sofreu reforma na parte geral (aquela que estabelece regras e princípios para aplicação do Direito Penal) em 1984. A parte especial (que os prevê os crimes e comina as penas) sofreu alterações ao longo dos anos, sendo complementada, sobretudo, por leis penais esparsas, fora do Código Penal (Lei 8.137/1990, por exemplo, que trata dos crimes contra a ordem econômica, tributária e contra as relações de consumo). (SAJADV, 2018)

Para muitos, o Código Penal está ultrapassado, já que a evolução e o desenvolvimento da sociedade brasileira exigem que suas normas sejam reavaliadas, observando-se as mudanças de comportamento e costumes que surgiram ao longo dessas décadas e, de fato, isso ainda não aconteceu por inteiro com o Código Penal.

Nesse diapasão, na opinião de conceituados juristas, um novo Código Penal deve ser sancionado, com novas regras mais rígidas, o que seria uma alternativa para tentar diminuir os grandes índices de violência no Brasil. Inclusive, a partir dos requerimentos n.º 756/2011 e 1.034/2011 de autoria do senador Pedro Taques (PDT-MT), foi instituída (em outubro de 2011), pelo presidente do Senado Federal, José Sarney, a Comissão Especial de Juristas, a qual tinha como incumbência a elaboração do Anteprojeto de Novo Código Penal, que foi entregue em 27 de junho de 2012 e, após, transformado em projeto de lei (PLS 236/2012), enviado a uma comissão especial de senadores.

O Projeto de Lei do Senado Federal PLS nº 236/12, é uma tentativa de modernizar a legislação penal brasileira. Foi criado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro do STJ, Gilson Dipp e teve Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, Procurador Regional da República como relator, sendo os objetivos divulgados por essa comissão:

1. estabelecer nova leitura do Código Penal à luz da Constituição;

2. consolidar inúmeras leis esparsas, com simplificação do sistema e redução dos tipos penais. O objetivo era alcançar maior proporcionalidade das penas e diminuir a insegurança jurídica;
3. descriminalização de condutas com menor ofensividade;
4. busca de formas não prisionais de sanção penal e;
5. abordagem da criminalidade contemporânea, especialmente a organizada.

Contudo, essa modernização do Código Penal ainda não aconteceu, por enquanto é só um ideal para muitos juristas (o Projeto de Lei continua em tramitação) e também para a sociedade, os quais esperam do Estado maior proteção contra a alta taxa de violência no país.

No entanto, para outros, diminuir os índices de violência vai além da elaboração de um código com leis mais severas, visto que a questão social da violência no Brasil é complexa: as leis são necessárias e importantes, no entanto, é preciso se ter em mente que o sistema carcerário brasileiro ainda não consegue garantir os direitos básicos do ser humano, quiçá, atingir a sua finalidade, que é a preparação do indivíduo para a reinserção social, ou seja, a ressocialização.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), durante o julgamento da ADPF 347 MC/DF, reconheceu o "Estado de Coisas Inconstitucional" do sistema prisional brasileiro:

"O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional. O STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal. (STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/9/2015 (Info 798)). (CAVALCANTE, 2020)

Assim, o Pacote Anticrime surge em um momento em que o país clama por justiça diante do crescimento vertiginoso da violência, do aumento do poder bélico das organizações criminosas e do escancaramento da corrupção. Como dito, a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) foi enviada ao Congresso Nacional pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada (com alguns vetos) pelo então presidente Jair Messias Bolsonaro, em dezembro de 2019, tendo a finalidade de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal do país.

Diante disso, conforme afirmado pelo ex-Ministro da Justiça, Moro: “o nosso Pacote Anticrime, acima de tudo, é para proteger as pessoas. Um ambiente com menos criminalidade, seja corrupção, crime violento, crime organizado, também favorece o desenvolvimento econômico. Afinal de contas, os custos da Segurança Pública são muito elevados”.

Dessa forma, a Lei Anticrime traz como grandes objetivos três medidas de urgência: estabelece medidas contra a corrupção; o crime organizado e; os crimes praticados com grave violência à pessoa. Segundo Moro, a escolha de abordar os três temas dentro de uma mesma proposta se justifica por que: “os três problemas estão vinculados; não adianta tratar de um sem tratar dos demais (...) O crime organizado utiliza a corrupção para ganhar impunidade. Por outro lado, o crime organizado está vinculado a boa parte dos homicídios do país”.

Para alguns, o Pacote Anticrime seria a redenção do Código Penal, trazendo a luz para uma legislação estagnada, que não acompanhou os avanços da sociedade brasileira. Para outros, mais uma maneira de aumentar o poder repressivo do Estado, através do fortalecimento da esfera punitiva, com o endurecimento cruento das penas e a apologia à cultura do encarceramento e do Direito Penal do Inimigo (em apertada síntese: modelo teórico de política criminal desenvolvido pelo alemão Gunther Jakobs, o qual estabelece a necessidade de separar da sociedade, excluindo-se das garantias e direitos fundamentais, àqueles que o Estado considere como seus inimigos), no entanto, sem provocar mudanças elementares na estrutura do sistema jurídico.

A CORRUPÇÃO NA TERRA BRASILIS

Ao falar de corrupção no Brasil, logo vem à mente as diversas operações da Polícia Federal que ocorreram e ocorrem em todo o território brasileiro: prefeitos, secretários; deputados; senadores; grandes empresas; entre outros, foram alvos de operações para combater a corrupção, muitas vezes, ligada ao crime organizado. Não é de hoje que este embate ocorre, como exemplo, temos o “Mensalão” e a “Operação Lava Jato”, nos quais

diversas autoridades e empresários foram investigadas; responderam a processos criminais e; foram condenados judicialmente.

Conforme conceitua Cláudio Fernandes:

Corrupção é o ato de se utilizar indevidamente de uma posição de influência para obter vantagens ou mesmo realizar alguma ação que é considerada ilegal de acordo com as leis vigentes. A corrupção pode acontecer em situações do dia a dia, mas também pode estar relacionada com a política. Esse é, por sinal, o campo mais associado com o termo. (FERNANDES, 2019)

Para Norberto Bobbio (1909, p. 292), define-se a corrupção como "transação ou troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper. Trata-se normalmente de uma promessa de recompensa em troca de um comportamento que favoreça os interesses do corruptor; raramente se ameaça com punição a quem lese os interesses dos corruptores".

Nesse diapasão, o Código Penal define dois tipos de corrupção, a passiva e a ativa:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

E uma das modificações que mais chamou atenção com o pacote anticrime foi o da delação premiada, entende-se por esse instituto segundo Cabette, 2018. "Trata-se, nos termos da lei, de um meio de obtenção de provas, ou, como preferimos, uma técnica especial de investigação criminal, verdadeiro negócio jurídico processual personalíssimo" (BRASIL, 1940)

O Pacote Anticrime trata a corrupção e alega que o crime organizado fortalece a mesma, sendo que esta empobrece os cofres públicos, prejudicando a feitura de políticas públicas mais efetivas.

É notório esse aspecto no Brasil, uma vez que grande parte do dinheiro que é usurpado pelos corruptos não volta aos cofres públicos, aumentando a pobreza e a violência, já que a falta de políticas públicas para a população mais vulnerável impossibilita seu desenvolvimento social e educacional.

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E COLABORAÇÃO PREMIADA

Outro ponto que foi debatido e reformulado com o Pacote Anticrime foi o da organização criminosa, um conceito complexo e controverso, mas que aqui será definida de acordo com a Lei 12.850/2013, em seu artigo 1º, §1º, que define organização criminosa como a associação de quatro ou mais pessoas, estruturalmente organizada, com divisão de tarefas, ainda que informal, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza mediante a prática de infração penal com pena máxima superior a quatro anos, ou de caráter transnacional.

Em virtude da evolução dos meios de comunicação, a organização criminosa se transformou numa grande empresa do crime. No Brasil, grandes organizações criminosas se destacam para efetuar seus ilícitos, com sedes, especialmente, nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro. Entretanto, já expandiram sua atuação para praticamente todo o país.

Dentre as organizações criminosas acima mencionadas, destacam-se, o Primeiro Comando da Capital (PCC); Guardiões do Estado (GDE); Comando Vermelho (CV) e; mais recentemente, surgiu a Família do Norte (FDN), com sede nos estados do Norte do Brasil. Todas trabalhando a favor do tráfico de drogas em todo o país, com um grande poderio bélico, responsáveis por crimes violentos, até mesmo dentro das penitenciárias e cadeias públicos, visto que muitos envolvidos presos continuam atuando, de dentro das prisões, nessas facções.

Pode-se dizer que essas facções ganharam destaque, em especial, devido ao colapso do sistema carcerário brasileiro, um ambiente hostil, dominado pelos integrantes dessas facções. Assim, como forma de coibir e controlar a atuação de seus líderes, os quais, ainda que presos, continuam a comandar as organizações criminosas, determina a Lei que aqueles passem a cumprir suas penas em presídios de segurança máxima, inclusos no Regime Disciplinar Diferenciado - RDD (previsto no art. 52 da Lei de Execuções Penais (LEP), introduzido na legislação pátria por meio da Lei 10.792/03 e modificado pela Lei 13.964/19, a Lei Anticrime):

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - recolhimento em cela individual; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Na hipótese prevista no § 3º deste artigo, o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”.

Nesse contexto, Sampaio (2017, p. 81) deixa claro em sua obra a potencialidade das organizações criminosas frente a sociedade e que é justificável a preocupação advinda do Estado com a contenção do tráfico de drogas e pessoas, do terrorismo e dos demais crimes conexos àquelas: “A criminalidade organizada pressupõe uma potencialidade destruidora e lesiva extremamente grande, pior ainda para a sociedade do que as infrações individuais, daí a justa preocupação dos Estados com a repressão ao tráfico de drogas e pessoas, ao terrorismo, ao contrabando etc.”

O Pacote Anticrime abarca a mudança da Lei 12.850/13 em seu artigo 1º, § 1º afim, de identificar os líderes dessas facções e puni-los de forma mais rigorosa, demonstrando o poder e a punibilidade do Estado frente a esses grupos nos seguintes termos:

- As lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição deverão iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima;
- Ao condenado por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização ou associação criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo (NR);
- Aos que se valham da violência ou da força de intimidação do vínculo associativo para adquirir, de modo direto ou indireto, o controle sobre a atividade criminal ou sobre a atividade econômica, tais como: O Primeiro Comando da Capital; o Comando Vermelho; a Família do Norte; o Terceiro Comando Puro; o Amigo dos Amigos; as milícias ou outras associações localmente.

No entanto, para a advogada Nathalia Pinto Costa (2019), o Pacote Anticrime tal qual como foi construído revela-se despreparado para combater de fato as facções, já que não traz ideias realmente relevantes no combate à criminalidade. O que se percebe é que esse projeto legislativo tem a intenção de dar uma resposta rápida a sociedade para mostrar que o governo federal está agindo para diminuir a criminalidade.

O conceito acima expresso aproxima-se da Constituição Simbólica, cunhado pelo doutrinador Marcelo Neves, mais precisamente, da segunda categoria de constitucionalização simbólica, a legislação álibi, da seguinte maneira:

“O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação álibi”. Através dela, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (NEVES, (2007, p. 37).

Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam efetivamente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. (NEVES, 2007, p. 39).

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios. Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. (NEVES, 2007, p. 41).”

O que se tem certeza é que, a cada dia, novos fenômenos criminosos aparecem e exigem, portanto, novas alternativas de enfrentamento. No Brasil, um ponto de destaque é a necessidade de se enfraquecer as facções criminosas, para assim evitar que a sociedade brasileira sofra com o medo violência que cerca o seu dia a dia.

Em outro giro, a Lei 13.964/2019 promoveu alterações relevantes na Lei de Organização Criminosa, quanto ao instituto da colaboração premiada, que merece destaque no atual contexto social, definindo-a como meio de obtenção de prova e trazendo diversas mudanças que a tornaram mais segura e atrativa. As principais alterações foram:

- exigência de que os termos da colaboração sejam negociados na presença de um advogado;

- proibição do recebimento de denúncias e a decretação de medidas cautelares com fundamentos apenas nas declarações do colaborador; e
- obrigação de conceder publicidade aos termos da colaboração somente após o recebimento da denúncia.

Em apertada síntese, a colaboração premiada é, na sua essência, uma modalidade de confissão, mas que possui o condão de alterar substancialmente o resultado das investigações em troca de um benefício do Estado, por isso é chamada também de Direito Premial.

Ao tratar da delação premiada, o texto aprovado mudou algumas regras: passou a prever que nenhuma medida cautelar e recebimento de denúncia ou queixa-crime poderá ser decretada ou apresentada apenas com as declarações do delator. Estabelece ainda que o acordo e os depoimentos do delator serão mantidos em sigilo até o recebimento da denúncia e que, se o acordo de colaboração não for confirmado, o celebrante (o Ministério Público ou a Polícia Judiciária) não poderá utilizar as informações ou provas apresentadas para qualquer outra finalidade.

Gilson Langaro Dipp (2015), em sua obra, acerca da colaboração premiada, tece os seguintes comentários:

“a sistematização da colaboração premiada pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, além de propor regras harmonizadas para a adequada e útil aplicação do instituto certamente vai produzir alguns efeitos ainda não completamente identificados e seguramente ainda não inteiramente compreendidos, ou de qualquer modo ainda não examinados pelos juízes e tribunais de maneira definitiva. A primeira das evidências, como já mencionado acima, é que a delação premiada rompe com padrões processuais históricos pelos quais a política de repressão penal, de punibilidade, de regime prisional e particularmente de relação do crime e da pena, e se apresenta como alternativa inteiramente nova ao encarceramento e às diligências caras e difíceis para o esclarecimento da criminalidade organizada (...). A delação premiada ao oferecer para certos infratores oportunidade de livrar-se das possíveis acusações, condenações e penalidades derivadas dessas condutas ilícitas consagradas pela prática comercial, através de uma modalidade de colaboração capaz de minimizar os riscos da ação dolosa, além de profundas modificações processuais e procedimentais propiciou ainda uma quebra de paradigma em face dos demais infratores, a dizer que ao

se valer da delação para proteger-se o colaborador pode provocar uma situação de vantagem em face de outros ou até provocar a destruição de seus competidores conquanto possivelmente também a sua (...).”

Percebe-se que, para muitos, o Pacote Anticrime é necessário e eficaz, para outros, apresentar-se-á como mais um fator para o aumento do encarceramento e, por conseguinte, da própria criminalidade, já que seu caráter punitivo-repressor não leva em consideração os fatores sociais que atraem o indivíduo ao mundo do crime.

CRIMES VIOLENTOS

O processo histórico brasileiro gerou reflexos culturais e institucionais que, somados a outros fatores, como a concentração de renda nas mãos de uma pequena parcela da sociedade, conduziu o Brasil a ser uma das sociedades em que mais se pratica crimes violentos e com um alto grau de tolerância ao número exorbitante de assassinatos.

Pode-se entender como crimes violentos a prática de homicídio doloso (art. 121 do CP); lesão corporal seguida de morte (129, § 3º do CP) e; roubo seguido de morte (157, §3, II do CP), os quais se tornaram corriqueiros no cenário brasileiro. Destarte, com o objetivo de frear esse tipo de crime no Brasil, o Ex-ministro propôs as seguintes mudanças para endurecer as penas, nos seguintes termos:

“No caso de condenado reincidente ou havendo elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo.

No caso de condenados pelos crimes previstos nos arts. 312, caput e § 1º, art. 317, caput e § 1º, e art. 333, caput e parágrafo único, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida ou se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis.

No caso de condenados pelo crime previsto no art. 157, na forma do § 2º-A e do § 3º, inciso I, o regime inicial da pena será o fechado, salvo se as circunstâncias previstas no art. 59 lhe forem todas favoráveis.” (ALMEIDA, 2020).

Vale mencionar que no Brasil, existe um acentuado número de “cifras negras” ou “cifras escuras” da criminalidade, referente aos crimes que não são solucionados ou mesmo investigados pelas autoridades, outros que sequer chegam ao conhecimento das mesmas (subnotificados). Assim, em comparativo, estima-se que nos Estados Unidos, o índice de solução dos homicídios é de 65%. E no Reino Unido, 90%. No Brasil, estimativas, inclusive da Associação Brasileira de Criminalística, indicam que, apenas, de 5% a 8% dos assassinos são punidos. Destarte, o país tem a assombrosa média de a cada cem homicídios, mais de 90 nunca serem sequer descobertos.

Ainda assim, com base nos dados a seguir apresentados, é possível afirmar que, embora em 2019 os índices de crimes violentos tenham diminuído, em 2020, mesmo diante da pandemia causada pelo COVID19, esses números subiram:

“O Brasil teve, no ano passado, o maior número de mortes violentas do mundo. Foram 70,2 mil mortos, o que equivale a mais de 12% do total de registros em todo o planeta. O alerta faz parte de um novo informe publicado nesta quinta-feira pela entidade Small Arms Survey, considerada como referência mundial para a questão de violência armada. Em termos absolutos, a entidade aponta que a situação no Brasil supera a violência na Índia, Síria, Nigéria e Venezuela”. (JORNALDOCOMERCIO, 2020)

Como foi exposto, o número de crimes violentos sofreu um aumento considerável, aproximando e até ultrapassando, em termos absolutos, a violência em países como a Índia, Síria, Nigéria e Venezuela.

Nesse diapasão, percebe-se que o Pacote Anticrime tem caráter punitivo e encarceratório, já que o endurecimento das leis e a punição de maneira mais rígida não foram capazes de, sozinhos, reduzir a violência, visto que o atual sistema prisional no Brasil está praticamente falido: há carência de políticas públicas eficazes, vez que, na maioria dos casos, não há uma ressocialização do apenado, ocasião em que este, mais cedo ou mais tarde, voltará a cometer crimes (alto índice de reincidência), alimentando o ciclo da violência e do crime.

É de se convir que é com a pena privativa de liberdade que o Estado brasileiro pune quem pratica crime de potencial grave, como é o caso dos crimes violentos, com o objetivo de retribuir o mal injusto causado pela conduta antijurídica. Porém, resta esquecido que o sistema carcerário que se tem não ressocializa o apenado e não impede que o mesmo volte a delinquir.

Nesse sentido, aduz o jurista Julio Fabbrini Mirabete:

“A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação” (MIRABETE, 2002, p. 24).

Diante desse novo pacote de combate ao crime, fica vidente a fragilidade de fazer com que os infratores cumpram suas penas em locais que tenham uma infraestrutura adequada, com um mínimo de respeito a dignidade humana. Nesse interim, chama-se a atenção para os efeitos nocivos da prisionização, também sentidos pelos agentes da Segurança Pública, isto é, sobre as várias outras pessoas que não estão presas, mas que também são diretamente prejudicadas e, conseqüentemente, têm seus direitos mitigados diante da catastrófica situação do sistema carcerário nacional.

Destarte, é preciso que se tenham penas mais eficazes e por que não dizer mais endurecidas, visto que a reprimenda deve ser proporcional ao crime cometido. Mas, faz-se necessário que se apresentem alternativas de reestruturação do sistema punitivo e prisional brasileiro, a fim de que o criminoso, ao final do cumprimento da pena, seja ressocializado e não volte ao mundo do crime.

A SOCIEDADE BRASILEIRA E O PACOTE ANTICRIME

A sociedade brasileira é assolada há décadas pela violência: todos os dias são noticiados crimes pelos meios de comunicação, fazendo com que grande parte da sociedade viva em constante estado de medo, principalmente para aqueles que moram em áreas consideradas vulneráveis, como exemplo podemos citar as comunidades do Rio de Janeiro, as quais são praticamente dominadas pelos chefes do narcotráfico e onde as ações governamentais do Poder Público chegam de forma insuficiente.

Para a autora MINAYO, (1994 apud HAYECK, 2009, p.3) “a violência é considerada um fenômeno biopsicossocial cuja complexidade dinâmica emerge na vida em sociedade, sendo que esta noção de violência não faz parte da natureza humana por não possuir raízes biológicas. Por isso, a compreensão desta leva à análise histórica, sociológica e antropológica, considerando as interfaces das questões sociais, morais, econômicas, psicológicas e institucionais.”

Segundo a pesquisadora, a violência trata-se de um fenômeno complexo que decorre da vivência em sociedade, e parte do pressuposto que regras sociais básicas são desrespeitadas. É como se indivíduos de uma mesma comunidade enxergassem uns aos

outros como ameaça, uma ameaça geradora de medo e insegurança e com relação ao bem-estar individual e coletivo.

O Brasil é considerado um dos países mais violentos, e várias são as causas para que se tenha tamanho índice de violência, dentre eles é possível citar dois fatores: os socioeconômicos e a omissão do Estado na prevenção e repressão da violência. É diante dessa realidade vivenciada pela sociedade brasileira que se busca alternativas para frear o ciclo da violência, que inclui a reincidência, daí é que surgiu o Pacote Anticrime.

Sobre os fatores socioeconômicos que influenciam nos altos índices de violência, vale destacar o abismo existente na sociedade brasileira, onde grande parte dela não tem acesso aos direitos mais básicos, como moradia, alimentação de qualidade, saúde e educação. São muitas as carências vivenciadas pela grande parte da população que é de baixa renda. Parte dessa população de baixa renda vive às margens das grandes cidades brasileiras, precariamente assistidas nas suas periferias. Essa precariedade e falta de amparo por parte do Estado, acaba empurrando esses indivíduos para o mundo do crime, especialmente os jovens, suscetíveis de escolha de vias ilegais como forma de sobrevivência ou adaptação às pressões sociais.

“A violência social pode ser considerada então como uma expressão da sociedade, “uma resposta a um sistema que se associa à forma de poder vigente onde a oposição entre dominante e dominado se reproduz de acordo com o contexto das relações sociais que o grupo desenvolve e, conseqüentemente, desemboca em medidas legais e jurídicas do próprio sistema”. (GULLO, 1998, p. 106)

Acerca da omissão do Estado, destaque-se que a opção pela via ilegal é favorecida pela tolerância cultural aos desvios sociais e pelas deficiências de nossas instituições de controle social: polícia precariamente equipada, carente de recursos, servidores e até mesmo da cooperação da sociedade; legislação criminal defasada (o que gera impunidade); estrutura e processos judiciais obsoletos e; sistema prisional caótico.

Assim, a interação entre essas deficiências institucionais enfraquece sobremaneira o poder inibitório do sistema de justiça criminal. Nesse cenário, o Pacote Anticrime e suas modificações em diversos diplomas da legislação penal vêm para tentar impedir que a corrupção e a violência em suas diferentes facetas avancem em um país que já se encontra corrompido.

Para Cerqueira (2007), a criminalidade tem uma proximidade com a desigualdade social presente no Brasil, a qual provoca a exclusão de pessoas, e esta desigualdade está estruturalmente vinculada com a impunidade, que é fruto de um sistema de justiça ineficaz

e inoperante, sobrecarregado e que faz vistas grossas a uma infinidade de casos de violência social todos os dias.

O que se percebe é que, apesar das alterações que chegaram com o Pacote Anticrime, o sistema de justiça criminal no Brasil é falho, pois mesmo diante de leis mais severas, os índices de violência ainda aumentam e as comunidades são dominadas pelas facções criminosas, as quais, muitas vezes, possuem um potencial bélico maior que o do próprio Estado.

Diante disso, não adianta, apenas, endurecer-se as leis penais, sem atingir o cerne da falha estrutural do sistema carcerário: a superlotação das prisões, só aprofundará a injustiça e a desigualdade, sem contar que ainda é um sistema seletivo, que exclui, vez que marginaliza os indivíduos de baixo poder aquisitivo. Aqui, o que se busca é retirar da sociedade aqueles que são indesejáveis, sem modificar as raízes profundas da desigualdade social brasileira: o cárcere é um espelho do Brasil, onde a ineficiência do Estado em promover as garantias básicas do indivíduo é sentida intra e extramuros pela parcela da população hipossuficiente e vulnerável.

Segundo Rogério Greco (2011, p. 103): “Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o sistema penitenciário brasileiro. Indivíduos que foram condenados ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação, falta de cuidados médicos etc.”.

Destarte, é uma estrutura que precisa ser reavaliada no total e não pela metade e, apesar de toda os argumentos contrários, o Pacote Anticrime veio para ascender uma chama nas autoridades de que o país necessita de mudanças orgânicas: leis e políticas criminas que além de punir, na prática, promovam a ressocialização dos criminosos. Decerto, o que se espera é que as mudanças trazidas pela Lei nº 13.964/2019 garantam a eficácia de um sistema penal que clama por mudanças e, que essa rigidez nas punições possa realmente ter o condão de diminuir os níveis de violência.

CONCLUSÃO

Apesar de a sociedade brasileira clamar por segurança com a redução da violência, ainda não é só com o Pacote Anticrime que isso será possível, ele chega para gerar uma esperança para a população, fazendo com as pessoas que cometeram crimes mais graves, tenham penas mais severas. Porém, não é tão somente com a exacerbação da reprimenda e a política do encarceramento em massa que esse cenário de violência no Brasil será revertido.

Alhures, a reforma nas leis penais para que estas acompanhem as mudanças e anseios da sociedade, na prática, fazia-se e faz-se necessária. Nesse contexto, o Pacote Anticrime, apesar de ser considerado controverso para muitos juristas e alguns setores da sociedade, foi um passo importante para que futuramente tenhamos uma realidade diferente, diante de leis penais mais eficazes e seguras para a sociedade.

Entretanto, outros entendem que essas modificações dificilmente reduzirão a violência, apenas acentuarão as diferenças sociais já existentes, nos seguintes termos: podem fazer com que mais jovens de comunidades carentes serão mortos, diante da permissividade do Estado; trazem alternativas para que corruptos não sejam presos, através do instituto da delação premiada e; poderão gerar o aumento da população encarcerada que está à margem da sociedade.

O Brasil historicamente é um país excludente, onde as reprimendas legais tendem a ser aplicadas com mais rigor à camada da população mais pobre, sem acesso aos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, dentre eles os de cunha processual penal, como o da ampla defesa, que envolve a defesa técnica por profissional qualificado. Em outro giro, muitas praticam os chamados “crimes de colarinho branco” (cifras douradas da criminologia, que se referem aos crimes, segundo SUTHERLAND, praticados por políticos e empresário, pessoas respeitadas e com alto status social em sua ocupação) e não são punidos, diante de um sistema jurídico falho e seletivamente permissivo.

Nessa esteira, a sociedade brasileira necessita de Leis que além de punir o indivíduo que comete crimes também realize a sua ressocialização (prevenção criminal terciária). Não é só uma questão apenas de punir, deve-se analisar as condições sociais como um todo que levaram o indivíduo a delinquir e as consequências desse efeito cascata para a sociedade, que envolve o agente, o crime e seus fatores criminológicos, as vítimas e o papel do Estado em coibir os delitos e evitar a reincidência.

Nesse sentido, o Pacote Anticrime, mesmo com suas fragilidades, vem a cumprir esse papel: abrir espaço para uma imprescindível reforma na Legislação Penal e no sistema penitenciário pátrio.

Portanto, mesmo diante de tantas lacunas em nossas leis penais, a Lei 13.964/2019 deve ser visto mais como um avanço do que como um retrocesso, vez que se faz necessário o enrijecimento das leis no combate ao crime, ao tempo que o Estado deve assegurar o direito à vida e à segurança pública para toda a sociedade, nos moldes do Art. 144, “caput”, da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Milene Moreira de. **Pacote Anticrime: Eficácia Frente Ao Sistema Penal Brasileiro.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/pacote-anticrime-eficacia-frente-ao-sistema-penal-brasileiro/>. Acesso 5 de fevereiro de 2021.

AMBITOJURIDICO, 2014. **A violência social e seus impactos:** uma abordagem a cerca dos homicídios no Brasil. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-130/a-violencia-social-e-seus-impactos-uma-abordagem-a-cerca-dos-homicidios-no-brasil/>. Acesso em 28 de fevereiro de 2021.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 1909. trad. Carmen C, Varriale et al. Coord. Trad. João Ferreira. Rev. Geral João Ferreira e Luis.

CABETTE, Eduardo. SANNINI, Francisco. **Tratado de Legislação Especial Criminal.** Juspodivm: Salvador, 2018.

CERQUEIRA, D.; LOBÃO, W. **Condições socioeconômicas, polícia e produção criminal.** Rio de Janeiro: IPEA - Texto para Discussão nº 957, 2003.

DIPP, Gilson Langaro. **A Delação ou Colaboração Premiada:** uma análise do instituto pela interpretação da lei. Brasília: IDP, 2015, p. 9. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/1744>. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

FERNANDES, Cláudio. **"O que é corrupção?"**. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-corrupcao.htm>. Acesso em 12 de março de 2021.

Guerreiro Pinto Cacais. 1. ed., 1998. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativa à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GULLO, Álvaro de Aquino e Silva. **Violência urbana:** um problema social. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 10(1):105-119, maio de 1998.

JORNALDOCOMERCIO, 2020. **Brasil tem maior número de mortes violentas no mundo, aponta estudo.** Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/12/geral/600504-brasil-tem-maior-numero-de-mortes-violentas-no-mundo-aponta-estudo.html. Acesso em 20 de fevereiro de 2021.

MINAYO, Maria Cecília de S. **Violência social sob a perspectiva da saúde pública.** Departamento de Ciências Sociais da Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Pacote de projetos Anticrime é encaminhado ao Congresso Nacional.** Brasília, fev. 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1550594052.63>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

O impacto do Pacote Anticrime sobre as empresas. Disponível em <https://www.freitasleite.com.br/o-impacto-do-pacote-anticrime-sobre-as-empresas/>. Acesso em 27 de janeiro de 2021.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Criminologia e crime organizado.** In: Manual esquemático de criminologia. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 81-81.

POLITIZE, 2019. **Pacote Anticrime: saiba o que Sérgio Moro propõe!** Disponível em: <https://www.politize.com.br/lei-anticrime-saiba-o-que-sergio-moro>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

RICMAIS. **Pacote anticrime: entenda porque a aprovação pode salvar o Brasil da violência.** Disponível em: <https://ricmais.com.br/noticias/pacote-anticrime-do-ministro-sergio-moro/>. Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

SAJADV, 2020. **Código Penal:** as principais mudanças propostas pelo PLS 236/2012. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/codigo-penal/>. Acesso em 10 de fevereiro de 2021.

PRUDENTE, Neemias. **Principais mudanças e polêmicas:** projeto de novo código penal (PLS 236/2012). Disponível em: <https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942830/principais-mudancas-e-polemicas-projeto-de-novo-codigo-penal-pls-236-2012>. Acesso em 13 de março de 2021.

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 236 DE 2012. **Senado Federal.** Praça dos Três Poderes. Brasília-DF. 18 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 13 de março de 2021.

LOPES CAVALCANTE, Márcio André. **Sistema Carcerário e Estado de Coisa Inconstitucional.** In Vade Mecum de Jurisprudência Dizer o Direito. 8. ed. Salvador: Editora JusPodvium, 2020. p. 25-25.

SAJADV, 2020. **Direito Penal do Inimigo:** entendendo o que diz a teoria. Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 14 de março de 2021.

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984- Institui a Lei de Execução Penal. **Congresso Nacional.** Brasília. 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 14 de março de 2021.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941- Código de Processo Penal. **Congresso Nacional**. Rio de Janeiro. 03 de outubro de 1941. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 14 de março de 2021.

DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940- Código Penal. **Congresso Nacional**. Rio de Janeiro. 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 de março de 2021.

PORDEUS, Lucas Silveira. **A teoria da constitucionalização simbólica de Marcelo Neves**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46325/a-teoria-da-constitucionalizacao-simbolica-de-marcelo-neves>. Acesso 14 de março de 2021.

JORNAL DA GLOBO, 2014. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Acesso em 14 de março de 2021.

GANEM, Pedro Magalhães. Os efeitos da prisionização nos agentes penitenciários. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/612530285/os-efeitos-da-prisionizacao-nos-agentes-penitenciarios#:~:text=al%C3%A9m%20destes%20problemas%20os%20agentes,prisional%2C%20bem%20como%20suas%20din%C3%A2micas>. Acesso em 14 de março de 2021.

SUTHERLAND, Edwin H., White Collar Crime, The Uncut Version, Yale University, New Heaven and London, – tradução em espanhol – "El delito de cuello blanco", Editorial bdef, Montevideo – Buenos Aires, 2009.

SILVEIRA, Marina de Campos Pinheiro da. **A prática do crime do colarinho branco no Brasil: uma análise segundo a visão de Sutherland e Friedrichs**. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pratica-do-crime-do-colarinho-branco-no-brasil-uma-analise-segundo-a-visao-de-sutherland-e-friedrichs/>. Acesso em 15 de março de 2021.

O APADRINHAMENTO AFETIVO COMO INSTRUMENTO PARA A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

LIVIA MARTINS NUNES BRAGA:

Advogada pós-graduada

RESUMO: O presente artigo visa analisar o apadrinhamento afetivo como instrumento de garantia e proteção dos direitos de crianças e adolescentes em instituições brasileiras de acolhimento com remotas possibilidades de serem adotadas. Inicialmente, realiza uma abordagem acerca do direito fundamental ao convívio familiar e comunitário de crianças e adolescentes e a possibilidade de construção de vínculos socioafetivos. Em seguida, compreende-se como o apadrinhamento afetivo pode ser um instrumento de promoção e garantia do direito à convivência familiar e comunitária para crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional.

Palavras-chave: Direitos de Crianças e Adolescentes. Direito Fundamental à Convivência Familiar e Comunitária. Apadrinhamento Afetivo.

INTRODUÇÃO

Resguardar os direitos da infância e da juventude é um dos grandes desafios enfrentados pela sociedade brasileira. As violações aos direitos que asseguram a proteção de crianças e adolescentes ocorrem de maneira constante e reiterada, enquanto muitos ainda fecham os olhos para o fato de que os mais afetados são aqueles que se encontram em um status de quase absoluto esquecimento: a juventude em situação de acolhimento institucional.

O estabelecimento de perfis restritos e, em certa medida excludentes, pelos pretendentes à adoção, com preferências que dificultam a colocação em família substituta e a inserção em um contexto familiar de crianças em idade mais avançada e adolescentes. Nesse contexto, buscando resgatar estes infantes de uma vida restrita à realidade das instituições e possibilitando a criação de vínculos afetivos a partir das relações intra familiares e comunitárias, desenvolveu-se o programa de apadrinhamento afetivo.

Trata-se de programa voltado para crianças e adolescentes em situação de acolhimento, sem possibilidades de retorno ao núcleo familiar natural e com baixa probabilidade de serem inseridas em família substituta através da adoção, estimulando a construção e manutenção de vínculos afetivos seguros e duradouros entre estes infantes e aqueles que desejam se voluntariar como padrinhos e madrinhas.

É, portanto um mecanismo desenvolvido para proporcionar a convivência familiar e comunitária a esse grupo de crianças e adolescentes com pouca ou nenhuma chance de serem adotados, priorizando a construção de laços familiares e vínculos permanentes àqueles que anseiam por referências afetivas.

Diante dessa realidade vivenciada nos acolhimentos institucionais em todo o país, o projeto de apadrinhamento afetivo surge como uma esperança para as crianças e os adolescentes com reduzida probabilidade de serem inseridas em família substituta. E tal se dá, porque as adoções tardias ocorrem em situações excepcionais, e o que se vê com frequência são crianças e adolescentes crescendo nas instituições de acolhimento e tendo esses lugares como única referência de lar.

Desse modo, verifica-se a relevância da tentativa de inserção desta juventude em famílias substitutas por meio do apadrinhamento afetivo, buscando efetivar a proteção dos direitos da infância e da juventude em caráter prioritário.

Em razão disso, busca-se analisar e compreender o apadrinhamento afetivo como instrumento capaz de legitimar a proteção dos direitos de crianças e adolescentes em instituições brasileiras de acolhimento institucional, com remotas possibilidades de serem adotadas, notadamente do direito ao convívio familiar e comunitário na construção de vínculo afetivo familiar e comunitário.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA E A CONSTRUÇÃO DE VÍNCULOS SOCIOAFETIVOS

O direito fundamental de crianças e adolescentes ao convívio familiar e comunitário elenca o rol de direitos expressamente previstos na Constituição Federal, bem como por normas infraconstitucionais, sendo a principal delas o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), além de estar firmado em tratados e convenções internacionais, pautando-se, entre outros, nos princípios basilares da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente, elementos garantidores de sua legitimação.

Encontra-se o direito à convivência familiar e comunitária no mesmo patamar dos direitos fundamentais à vida, à dignidade, à liberdade e demais direitos civis, políticos e sociais trazidos pelo Texto Maior, o que denota a relevância jurídica e a atenção que o legislador constituinte deu à proteção das crianças e dos adolescentes, adotando a teoria da proteção integral, segundo a qual crianças e adolescentes são sujeitos que titularizam direitos ao passo em que demandam maior proteção da família, do Estado e da sociedade em razão de sua condição de pessoas em desenvolvimento e, portanto, suscetíveis a situações de maior vulnerabilidade.

Sob essa perspectiva, Bittencourt, entendendo que a Constituição resguarda o direito à proteção integral de crianças e adolescentes e compreendendo a necessidade de um olhar mais atento no sentido de efetivar tal premissa, bem destaca que:

[...] O princípio do melhor interesse coloca a criança ou o adolescente em um patamar de superioridade jurídica, quando seus interesses colidem com os de pessoas adultas, vale dizer, a proteção da criança determina que sejam contrariadas vontades e expectativas de adultos, ainda que sejam seus genitores e parentes. Esta prevalência se sustenta no fato de ser a criança e o adolescente uma pessoa em formação, que deve ser defendida com a urgência necessária para que tenha condições favoráveis de crescimento, enquanto ainda vive a infância ou a adolescência.¹⁷⁶

Nessa senda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em compasso com a Carta Magna, igualmente reconhece a essencialidade da intervenção familiar, estatal e social para garantir o direito à convivência familiar e comunitária ao dispor em seu artigo 4º, *caput*, que “é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade a efetivação dos direitos referentes à convivência familiar e comunitária”.

No mesmo contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, dispõe em seu artigo 16.3 que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, traz em seu artigo 17 que a “família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Outrossim, a Convenção sobre os Direitos da Criança além de estabelecer em seu preâmbulo que “a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”, também dispõe que:

[...] A família como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e assistência

176 BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção**: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 38-39.

necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade.¹⁷⁷

Acerca do direito à convivência familiar, Maciel assevera que se trata de direito inerente à vida humana, destinado à toda pessoa para viver em um espaço de construção de afeto e cuidado mútuos, e que ganha maior relevância quando se trata de crianças e adolescentes enquanto indivíduos em formação¹⁷⁸. No que se refere ao direito à convivência comunitária, a autora compreende que:

[...] Constitui uma intersecção imperativa com aquele outro, de maneira que somente com a presença de ambos haverá um bom e saudável desenvolvimento do ser humano em processo de formação. A criança e o adolescente, com o passar dos anos, ampliam os seus relacionamentos e passam a viver experiências próprias fora do âmbito familiar que lhe auxiliarão no incremento da personalidade e do caráter. Neste ponto, a convivência escolar, religiosa e recreativa deve ser incentivada e facilitada pelos pais. Estes espaços complementares do ambiente doméstico constituem pontos de identificação importantes, inclusive para a proteção e o amparo do infante, mormente quando perdido o referencial familiar. Na comunidade, ainda, a criança e o adolescente poderão desenvolver os seus direitos como cidadãos.¹⁷⁹

Assim, a materialização destes direitos advém dos vínculos provenientes das relações familiares e sociais na modernidade, que encontram alicerce, cada vez mais, nos sentimentos recíprocos de carinho, afeto, respeito e cumplicidade, sendo tais elementos muito mais relevantes e sólidos na construção de relações interpessoais do que a ligação biológica propriamente dita. Abordando essa temática, Teixeira ensina que:

[...] É no interior familiar que se reproduz a primeira organização social, onde se aprende valores como respeito, integridade e todas as regras de convivência. É nesse âmbito mais privado que as pessoas

177 BRASIL. Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, DF.

178 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 78.

179 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 78.

travam as primeiras experiências da vida pública, da co-existência, da cidadania, da inclusão ou da exclusão, dos conflitos, dos erros e dos acertos. A família é o lugar estratégico onde ocorrem os conflitos entre o público e o privado, cujas fronteiras deermnam o modo de ser dos indivíduos, que variam de acordo com os discursos predominantes em cada época histórica e suas respectivas gerações.¹⁸⁰

O ambiente familiar, portanto, é o núcleo das relações interpessoais onde os indivíduos nele inseridos estão conectados, primordialmente, pelo afeto, sendo esse o elemento central que os une e que permite a formação estruturas familiares plúrimas e diversas, distanciando-se de um formato de família institucionalmente conservadora, hierarquizada e biológica, acercando-se da construção de vínculos pautados pela socioafetividade, dinamizando, democratizando e tornando mais igualitário esse espaço de encontro¹⁸¹.

Nesse ponto, obsta pontuar que, com o advento da atual Constituição Federal houve uma relevante mudança de paradigmas no que tange à formação familiar, pois o casamento deixou de ser o objeto central de proteção, passando a instituição familiar, seja ela derivada do matrimônio ou não, a assumir posição central¹⁸².

Desse modo, considerando as relevantes e cotidianas alterações nos aspectos social, econômico, político e cultural, e consequentes reflexos no cenário jurídico nacional, a família deixa de ser patriarcal para tornar-se nuclear. Esse novo referencial de família tem por escopo dar legitimidade à família eudemonista, cujo principal elemento é a construção de laços de solidariedade provenientes do afeto na organização familiar, visando alcançar a realização plena e integral de seus membros por meio da reciprocidade de comunhão e de respeito¹⁸³.

Sobre o tema, Engels preleciona “que a família deve progredir na medida em que progrida a sociedade, que deve modificar-se na medida em que a sociedade se modifique;

180 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 12.

181 MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 60.

182Art. 226, CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

183 VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. 2011, online.

como sucedeu até agora. A família é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema”¹⁸⁴.

Nesse contexto, a família deixa de ser uma entidade política para ser reconhecida como uma reunião de pessoas ligadas pelo afeto e pela assistência mútua, por um espaço onde haja estabilidade e responsabilidade social, que permita o desenvolvimento de personalidades, criando assim um espaço de harmonia e compartilhamento de sentimentos e vivências.

Portanto, pode-se dizer que a Constituição de 1988 passa a aferir a família em sua esfera sociológica, na medida em que reconhece que, em havendo uma pluralidade de formas de constituição familiar, todas merecem tratamento isonômico. Reconhecendo essas mudanças que acompanham o processo evolutivo das relações interp

Diante da valorização jurídica do afeto nas relações familiares, a convivência familiar é fundamental para o surgimento do estado de filiação alicerçado em sentimentos de afetividade, demonstrando, dessa forma, que a existência de tais vínculos não advém unicamente da relação sexual entre os genitores, ou seja, não se reconhece a entidade familiar apenas entre aqueles que possuem laços de sangue, senão também admite que se origine de outras formas, cuja premissa encontra respaldo jurídico no artigo 1.593 do Código Civil ao dispor que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. Ademais, assevera que:

Com a incorporação da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente assentou-se no mundo jurídico o reconhecimento da chamada “parentalidade afetiva”, que surge fora do vínculo consanguíneo, pois nasce do coração, dos sentimentos e afetos cultivados. Derivada do latim *affectus*, a palavra afeto possui a conotação de sentimento, ternura e afeição de uma pessoa por outra. A filiação socioafetiva possui seu esteio na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que a salvaguarda como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança. Esta condição, não raras vezes, é encontrada na história familiar de crianças e adolescentes privados

¹⁸⁴ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979, p. 91.

da convivência com os genitores, através do acolhimento, que se identificam como filhos de pessoas que delas cuidam e com elas estreitam laços de afeto. Então, sob a ótica do princípio da afetividade surgem novas configurações de filiação.¹⁸⁵

Nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, crianças e adolescentes devem, preferencialmente, crescer no seio da sua família natural, sendo este o local adequado para o seu desenvolvimento sadio, local de proteção, de afeto, de amor e de cuidado, sendo excepcional a sua colocação em família substituta ou em acolhimento institucional, a fim de assegurar o seu desenvolvimento integral¹⁸⁶.

Todavia, apesar de tais previsões legais, as violações a esses direitos são corriqueiras na realidade das instituições de acolhimento brasileiras, tendo em vista que nesses locais se observa, com frequência, crianças e adolescentes em uma situação de institucionalização prolongada, que ali se encontram há mais de dois anos, sem qualquer manutenção de vínculos com a família natural ou extensa e sem possibilidades de retorno para esse núcleo familiar e que tampouco foram destituídas do poder familiar, o que as impede de serem colocadas em uma família substituta, ou seja, encontram-se no limbo jurídico, crescendo em acolhimentos institucionais e ansiando por um lugar que possam reconhecer como lar. Sobre essa temática, Weber aponta que:

A institucionalização de crianças é um dispositivo jurídico-técnico-policial que pretendia ter o objetivo de "proteger a infância". Na realidade, o que ocorre é simplesmente o afastamento de crianças e adolescentes marginalizados (carentes, abandonados, doentes, infratores, etc.) do convívio social. Após o internamento de crianças, medida que deveria ser tomada como recurso extremo por curto período, existe uma probabilidade bastante grande da ocorrência do abandono nas instituições. Embora em termos jurídicos o abandono seja caracterizado pela falta, ação ou omissão dos pais ou quando é destituído dos pais o seu pátrio poder em virtude de uma sentença judicial, considero que quando uma criança ou um adolescente são

¹⁸⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 93.

¹⁸⁶ Art. 19, ECA. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

colocados em um estabelecimento em regime de internato e não são assistidos pela família, ou seja, não têm uma relação de continuidade com a família, são abandonados, ainda que não o sejam em termos jurídicos.¹⁸⁷

Acelerar os trâmites para encontrar um lar para crianças e adolescentes em situação de acolhimento deve ser a grande preocupação do Estado; no entanto, tal procedimento é, em regra, burocrático e moroso, tendo em vista que a tentativa exaustiva e demorada – e muitas vezes fracassada – de reinserção na família natural ou extensa acaba gerando incerteza e insegurança quanto ao tempo de institucionalização desses infantes e jovens, uma vez que não há um prazo limite para serem executadas medidas para mantê-los junto à família biológica e, enquanto isso, o processo de destituição do poder familiar vai sendo adiado, assim como o direito fundamental à convivência familiar e comunitária.¹⁸⁸

Denota-se que a elevada quantidade de infantes e jovens crescendo em instituições de acolhimento, diminuindo as possibilidades de colocação em um núcleo familiar substituto, uma vez que grande parcela daqueles que desejam adotar no Brasil estabelecem perfis excludentes, com preferências, por exemplo, de sexo, etnia e idade, o que dificulta ainda mais a saída de crianças e adolescentes da realidade institucionalizada, privando-os do direito à convivência familiar e comunitária.

Desse modo, não reconhecer o vínculo afetivo como um instrumento fundador do núcleo familiar nos dias atuais representa relevante retrocesso social e vai de encontro a toda a moderna doutrina acerca do tema, que reconhece e legitima essa nova formação de família pautada na essência dos sentimentos humanos e no desejo mútuo e recíproco de compartilhar, conjugar e conviver, sendo o programa de apadrinhamento afetivo um instrumento que busca efetivar essa construção de novos vínculos familiares e comunitários em prol de crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional.

2. O APADRINHAMENTO AFETIVO COMO GARANTIA DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM SITUAÇÃO DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

¹⁸⁷ WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Da institucionalização à adoção: um caminho possível?**. 1995.

¹⁸⁸ DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **O direito constitucional ao afeto**. 2011.

A colocação em instituição de acolhimento pode trazer consigo o abandono afetivo. Crianças e adolescentes que se encontram nessa condição anseiam por um lar de amor e reconhecimento e o desejo de serem inseridos em um núcleo familiar os acompanha durante toda a trajetória do acolhimento institucional, trajetória esta que, em muitos casos, se estende por grande parte da infância e toda a adolescência.

O apadrinhamento afetivo surge como uma busca pela promoção de vínculos afetivos seguros e prolongados entre jovens institucionalizados e aqueles que se voluntariam para serem padrinhos e madrinhas.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito à Convivência Familiar e Comunitária conceitua o apadrinhamento afetivo como:

Programa, por meio do qual, pessoas da comunidade contribuem para o desenvolvimento de crianças e adolescentes em Acolhimento Institucional, seja por meio do estabelecimento de vínculos afetivos significativos, seja por meio de contribuição financeira. Os programas de apadrinhamento afetivo têm como objetivo desenvolver estratégias e ações que possibilitem e estimulem a construção e manutenção de vínculos afetivos individualizados e duradouros entre crianças e/ou adolescentes abrigados e padrinhos/madrinhas voluntários, previamente selecionados e preparados, ampliando, assim, a rede de apoio afetivo, social e comunitário para além do abrigo. Não se trata, portanto, de modalidade de acolhimento.¹⁸⁹

Desse modo, infere-se que tem como objetivo central proporcionar o convívio familiar e comunitário a crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional, sem possibilidades de serem reinseridas no núcleo familiar natural e com reduzida probabilidade de serem colocadas em uma família substituta por não se encaixarem no perfil nacional de adoção¹⁹⁰.

A depender da faixa etária e de suas vivências passadas, crianças e adolescentes colocados em acolhimentos institucionais necessitam de atenção direcionada e de cuidados especiais e personalizados a fim de serem estimulados os seus potenciais, bem como de terem atendidas as suas necessidades afetivas, métodos estes nem sempre colocados em prática nesses locais, razão pela qual a institucionalização prolongada pode afetar o desenvolvimento global dos que ali se encontram. Nesse sentido:

189 BRASIL. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília, DF, 2006.

190 ASSOCIAÇÃO RECRIAR – FAMÍLIA E ADOÇÃO (Curitiba). **Apadrinhamento afetivo. 2022**.

O espaço institucional não é o meio natural para o favorecimento do desenvolvimento integral da criança, a qual passa a ser cuidada por pessoas que até então não conhecia e cujos referenciais, muitas vezes, encontram-se dissociados de seu contexto social e familiar. O desrespeito a estes princípios, associados à carência de estimulação, de vínculos afetivos e de atenção emocional, gera prejuízos evidentes e inevitáveis que, como visto, afetam o desenvolvimento global da criança. A institucionalização prolongada impede a ocorrência de condições favoráveis ao bom desenvolvimento da criança. A falta da vida em família dificulta a atenção individualizada, o que constitui obstáculo ao pleno desenvolvimento das potencialidades biopsicossociais da criança.¹⁹¹

Assim, partindo do desejo de sanar as violações ao direito à convivência familiar e comunitária e buscando reduzir os efeitos que a colocação em acolhimento institucional pode trazer para as crianças e os adolescentes que se encontram submetidos à essa situação, é que o programa de apadrinhamento afetivo foi desenvolvido e implementado em vários Estados do país.

O programa é voltado para crianças e adolescentes sem perspectiva de serem inseridas em um núcleo familiar, com o objetivo de encontrar um padrinho ou madrinha para cada uma delas que irão acompanhar o desenvolvimento dos apadrinhados, orientando-os, participando de suas vidas e contribuindo para a construção de sua autonomia social e uma referência familiar.

Portanto, é uma forma de amenizar a ausência de vínculos afetivos de crianças e adolescentes que vivem em instituições de acolhimento, bem como de reduzir as angústias e aflições que surgem inevitavelmente com o passar do tempo ao se verem desamparados emocionalmente, com pouca ou nenhuma perspectiva de serem inseridos em família substituta.

Válido destacar que, no Brasil, ainda não há uma legislação que disponha sobre o apadrinhamento afetivo e, portanto, não existem regras determinando um padrão a ser seguido para executá-lo. Entretanto, apesar dessa ausência normativa, o programa visa, em regra, atingir crianças a partir de 5 ou 6 anos de idade – essa faixa etária varia para mais

¹⁹¹ CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento: A institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam.** Censo da População Infante Juvenil Abrigada no Estado do Rio de Janeiro. 2022.

ou para menos a depender da situação dos infantes institucionalizados em cada Estado – e adolescentes, grupos de irmãos e aqueles que apresentam algum problema de saúde, fatores estes que os colocam à margem do perfil estabelecido por aqueles que pretendem adotar.

Conforme lição de Zerbinatti e Kimmelmeier, o programa de apadrinhamento afetivo surgiu a partir da influência que as mudanças e transformações em torno dos arranjos familiares e da proteção ao convívio familiar e comunitário provocaram na seara dos direitos da infância e da juventude e o definem como:

Um novo programa [...] que surge com o intuito de permitir que crianças em situação de acolhimento institucional tenham outras referências de vida e de comunidade além da dos profissionais que com elas convivem, proporcionar relações dentro de uma família nas quais terão novos exemplos de participação familiar e de cidadania dentro da sociedade.¹⁹²

É inegável a relevância de um programa como o apadrinhamento afetivo, que traz consigo a capacidade de mudar a trajetória da vida de indivíduos que estão transitando por uma fase de mudanças, de descobertas, assumindo personalidades, um momento no qual a presença de adultos que contribuam para a formação do caráter e da autonomia social e que permitam a inserção destes infantes e jovens nos mais heterogêneos espaços sociais é fundamental, afinal, conforme lição de Cuneo, uma instituição de acolhimento “por mais que haja uma atmosfera de ambiência familiar artificialmente criada, somente uma relação familiar propicia um sentimento de intimidade, cumplicidade e um convívio mais afetivo, personalizado e individualizado”¹⁹³.

Assim, para crianças e adolescentes apadrinhados afetivamente, os padrinhos e madrinhas representam o referencial de família fora das instituições de acolhimento. Essa relação proporciona uma vivência e convivência positiva para ambos, contribuindo para a redução do abandono e fazendo ressurgir a autoestima em razão da oportunidade de serem assistidos por quem deseja oferecer-lhes afeto, carinho, amor e cuidado.

Por fim, conclui-se que apadrinhamento afetivo é uma iniciativa que visa estimular a construção e a manutenção de relações de afeto sólidas e que se prolonguem no tempo entre crianças e adolescentes e seus padrinhos e madrinhas, proporcionando-lhes conviver

¹⁹² ZERBINATTI, Aline Gabrielle; KEMMELMEIER, Verônica Suzuki. **Padrinhos afetivos: da motivação à vivência**. 2014.

¹⁹³ CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento: A institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam**. Censo da População Infante Juvenil Abrigada no Estado do Rio de Janeiro. 2022.

com pessoas externas aos muros das instituições de acolhimento, na presença de adultos que sejam referência de ser humano, que estimulem o desenvolvimento salutar e que influenciem positivamente na formação do seu caráter e da sua personalidade, produzindo impacto transformador em suas vidas e, assim, garantindo a efetivação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária.

CONCLUSÃO

A construção do vínculo afetivo familiar para as crianças e adolescentes reside no fato de que a elas é garantido constitucionalmente o direito à convivência familiar e comunitária, mas o que se observa, em regra, nos acolhimentos institucionais, são infantes e jovens crescendo sem qualquer referência de lar.

Nesse sentido, é que o contato com um núcleo familiar intermediado pelo programa de apadrinhamento afetivo proporciona o nascimento de um vínculo afetivo externo aos acolhimentos institucionais, viabilizando a inserção social de infantes e jovens em um contexto familiar que irá interferir diretamente no desenvolvimento das suas relações interpessoais.

Outrossim, o programa de apadrinhamento afetivo, direcionado à crianças e adolescentes em situação de acolhimento e com remotas possibilidades de serem adotadas, é um instrumento que possibilita a criação de laços familiares e vínculos afetivos, na medida em que proporciona a estas crianças e adolescentes o contato com uma realidade distinta da que presenciam nos acolhimentos institucionais, qual seja a ausência do afeto e do cuidado oferecidos em um núcleo familiar.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO RECRIAR – FAMÍLIA E ADOÇÃO (Curitiba). **Apadrinhamento afetivo. 2022.** Disponível em: < <https://recriarfamilia.wordpress.com/apadrinhamento-afetivo/>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BITTENCOURT, Sávio. **A nova lei de adoção:** do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. Brasília, DF.

_____. Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, DF.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF.

_____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF.

_____. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/programas/pdf/plano-nacional-de-convivencia-familiar-e.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

CUNEO, Mônica Rodrigues. **Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento: A institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam**. Censo da População Infante Juvenil Abrigada no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://mca.mp.rj.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/7_Abrigamento.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **O direito constitucional ao afeto**. 2011. Disponível em: <<https://berenedias.com.br/o-direito-constitucional-ao-afeto/>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

LÔBO, Paulo. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível

em: <

[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555592726/epubcfi/6/40\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml\]!/4/2/98/1:357\[%20em%2C%20co\]>](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555592726/epubcfi/6/40[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo17.xhtml]!/4/2/98/1:357[%20em%2C%20co]>). Acesso em: 22 jun. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em:

<[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559644872/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1\]!/4/2/2%4051:2](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559644872/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1]!/4/2/2%4051:2)>. Acesso em: 23 jun. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:

<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2022.

PINHEIRO, Raphael Fernando. **Apadrinhamento afetivo: o afeto além dos muros da instituição**. Âmbito jurídico, Rio Grande, XV, n. 97, fev 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-97/apadrinhamento-afetivo-o-afeto-alem-dos-muros-da-instituicao/>>. Acesso em 23 jun. 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Roberta Carvalho. **O instituto da família e a valorização do afeto como princípio norteador das novas espécies da instituição no ordenamento jurídico brasileiro**. 2011. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/41>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Da institucionalização à adoção: um caminho possível?**. 1995. Disponível em: <<https://crianca.mppr.mp.br/pagina-104.html>>. Acesso em: 23 jun. 2022.

ZERBINATTI, Aline Gabrielle; KEMMELMEIER, Verônica Suzuki. **Padrinhos afetivos: da motivação à vivência**. 2014. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2014000200011>. Acesso em: 22 jun. 2022.

CASO DOMINIC MARK PHILLIPS E BRUNO DA CUNHA ARAÚJO PEREIRA À LUZ DO RELATÓRIO DE PAÍS PUBLICADO NO ANO DE 2021 PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

RAYNAN PAULO APARECIDO SILVA DE ALMEIDA:
graduanda do curso de Direito pela Faculdade Pio
Décimo.

RESUMO: Este artigo pretende analisar os assassinatos dos defensores de direitos humanos Bruno da Cunha Araújo Pereira e Dominic Mark Phillips à luz do relatório de país publicado no ano de 2021 pela Comissão Interamericana de Direitos humanos que concluiu, entre outros temas, pelo reconhecimento de grave preocupação com a segurança dos defensores e ativistas em direitos humanos no Brasil.

Palavras-chave: Comissão interamericana, Relatório de país 2021. Violência a defensores direitos humanos.

ABSTRACT: This article intends to analyze the murders of human rights defenders Bruno da Cunha Araújo Pereira and Dominic Mark Phillips in the light of the country report published in 2021 by the Inter-American Commission on Human Rights which concluded, among other topics, by the recognition of serious concern with the security of human rights defenders and activists in Brazil.

Keywords: Inter-American Commission, Country Report 2021. Violence against human rights defenders.

1.Introdução

O presente artigo pretende analisar as recomendações contidas no relatório de país publicado no ano de 2021 com os fatos ocorridos no dia 05 de junho do ano de 2022, na reserva indígena do Vale do Javari, local em que Bruno da Cunha de Araújo Pereira, indigenista e servidor da Funai (Fundação Nacional do Índio) e Dom Phillips, Jornalista e ativista em direitos ambientais, foram assassinados.

Nesse sentido, será feita uma análise dos principais argumentos e das recomendações formuladas ao Estado, descortinando, desta maneira, as diversas implicações acerca do tema.

Por outro lado, buscará abordar os principais fundamentos jurídicos sobre o caso no plano nacional e internacional com destaque para as informações contidas no relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, notadamente, no que tange ao capítulo em que se discutiu a ocorrência de mortes violentas de pessoas ativistas e defensoras de direitos humanos, objetivando racionalizar o debate.

2. Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), na condição de órgão autônomo, é responsável pela promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. Em sua estrutura, a Comissão é composta por 7 membros, incumbidos do desempenho das funções da Comissão em caráter pessoal e independente.

Assim, a Comissão, em conjunto com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, compõe o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Dentre os relevantes trabalhos realizados pela CIDH, tem-se a possibilidade de confecção de relatórios relativos a denúncias de direitos humanos, bem como relatórios especiais e anuais.

A competência da Comissão para formalização de relatórios e recomendações tem previsão expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 41. A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

(...)

b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;

c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;

Destarte, “Os relatórios sobre temas gerais consistem, em estudos da Comissão sobre a observância dos Direitos Humanos em vários Estados do sistema, concluindo igualmente com a apresentação de recomendações.” (Paulo, 2000, p. 81).

2.1 Relatório de País 2021 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre mortes violentas de pessoas ativistas e defensoras de direitos humanos

Ocorre que, a CIDH, após a realização de visita *in loco*, nos dias 5 a 12 de novembro de 2018, publicou relatório sobre Brasil, abordando no capítulo 4, a recorrência dos assassinatos de pessoas ativistas e defensoras de direitos humanos, aduzindo que apesar da existência de dados que comprovem a ocorrência sistemática de violação aos direitos humanos de ativistas e defensores de direitos humanos, o Estado segue o hostil apresentado casos de violência e mortes.

Desse modo, o relatório mencionou grande preocupação com situação histórica de violação dos direitos de ativistas no Estado:

Nos últimos anos, observou-se com grande consternação que ativistas e defensoras e defensores de direitos humanos têm frequentemente sido vítimas de crimes de homicídio ou outras formas de violência e admoestação cometidas por indivíduos privados, bem como por agentes estatais agindo à margem de suas atribuições.

(...)

Por sua vez, em junho de 2018, a CIDH condenou os assassinatos de defensores e defensoras de direitos humanos, especialmente em casos envolvendo a defesa do meio ambiente, dos direitos dos trabalhadores rurais, e do direito à terra em meio rural. Durante a visita, a CIDH pode comprovar, por informação recebida, sobre o aumento desses casos. De acordo com relatório publicado em 2017 pela Comissão Pastoral da Terra (CPT), durante aquele ano foram registrados 71 homicídios de ativistas ou defensoras e defensores de direitos no campo, o que representou um aumento significativo em relação às 61 mortes dessa mesma natureza em 2016, assim como aos 50 casos de 2015 (Inter-American Commission on Human Rights., 2021, pp. 110-111).

Por este motivo, a CIDH ressaltou que o Brasil vem chamando atenção no cenário internacional em razão da crescente violência impingida aos ativistas e defensores de direitos humanos, acrescentando ainda, que esses ataques não só revelam omissão do Estado em garantir os direitos fundamentais dessas pessoas, como também retratam violação a própria democracia, em razão do papel importante desenvolvido por esses agentes.

2.2 Análise do relatório de país 2021 com os assassinatos de Dominic Mark Phillips e Bruno da Cunha de Araújo Pereira.

No Brasil, os assassinatos de Dom Phillips e Bruno Pereira, descortinam um profundo debate acerca da grave omissão estatal na defesa de agentes fundamentais à proteção dos direitos humanos.

Posto que, ambos desempenharam papéis de profunda importância na proteção de direitos ambientais, dentre eles, a realização de diversas expedições para a Amazônia, onde contribuíram com reportagens sobre desmatamento e crimes, ao passo que Bruno ensinava aos indígenas a monitorar as próprias terras com auxílio da tecnologia (BBC, 2022).

Por outro lado, torna-se importante mencionar que o Estado brasileiro, foi duramente criticado pela imprensa ante a postura ineficaz e morosa em atuar na solução do caso, conforme relatado no *site* da BBC:

O governo brasileiro também foi criticado por não agir rapidamente nas buscas. No dia seguinte ao desaparecimento, o Comando Militar da Amazônia, do Exército brasileiro, emitiu nota afirmando que estava "em condições de cumprir missão humanitária de busca", mas que a ação só seria tomada "mediante acionamento por parte do Escalão Superior" (BBC, 2022).

Nessa toada, menciona-se que o exercício das funções desempenhadas pelos ativistas e comunicadores sociais, "oferecem um meio para que grupos desfavorecidos ou minoritários possam reivindicar mudanças." (Inter-American Commission on Human Rights., 2021, p. 451)

Por conseguinte, a violação dos direitos dessas pessoas consubstancia violação a própria liberdade de pensamento e expressão prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

De modo que, o compromisso com a integridade dessas pessoas constitui dever positivo do Estado, que tem o dever de garantir a vida e exercício de suas atividades profissionais e políticas, desprovidas do temor da violência ocasionada pelo exercício do seu *múnus* coletivo, cuja angústia pode ser compreendida nas palavras do ativista ambiental Chico Mendes ao enunciar alguns dias antes do seu assassinato: "Se descesse um enviado dos céus e me garantisse que minha morte iria fortalecer nossa luta, até que valeria a pena. Mas a experiência nos ensina o contrário. Então eu quero viver. Ato público e enterro numeroso não salvarão a Amazônia" (Mendes filho, 1988).

3.Considerações Finais.

O alcance prático das funções desempenhadas pelos ativistas em direitos humanos e comunicadores sociais denotam profunda importância no contexto de uma sociedade dita democrática, posto que permitem a organização e defesa dos interesses de minorias ameaçadas e silenciadas pelo poder político e econômico.

Por essa razão, a omissão estatal na proteção dos ativistas em direitos humanos e comunicadores sociais tornam-se traços reveladores de um duplo fracasso no País: pela terceirização da atividade que deveria ser empenhada de maneira eficaz pelo próprio

Estado na consecução dos direitos humanos e pelo risco de morte e violência aos que expressamente se consagram a luta pertencente a uma coletividade.

À vista disso, esta obra permite uma reflexão crítica acerca da ineficiente atuação do Brasil em promover políticas públicas de segurança cidadã aos que exercem um papel coletivo.

Referências

1 ed. Sage Publications, Inc, 2008. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”),. (1969).

BBC. (22 de Junho de 2022). Caso Dom Phillips e Bruno Pereira: investigação segue e PF devolverá corpos às famílias. Acesso em 24 de junho de 2022, disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61711783>

Inter-American Commission on Human Rights. (2021). Situação dos direitos humanos no Brasil : Aprovado pela Comissão. OEA, Brasil. Fonte: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>

Mendes filho, F. A. (1988). (M. Edilson, Entrevistador) Jornal do Brasil.

Paulo, A. C. (2000). A EXECUÇÃO DAS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Workshop. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil: Superior Tribunal de Justiça, 81-86.

O INSTITUTO DA ANTICRESE E SUAS PECULIARIDADES

SHIRLENY MIRANDA SILVA CIRQUEIRA:

Bacharel em Direito pela Universidade UnirG. Gurupi/TO, (2020). Licenciatura em Letras. Gurupi/TO, (2010), Bacharel em Administração pela UnirG. Gurupi/TO, (1999).

RESUMO: A Anticrese é um dos institutos do direito real de garantia, regulada pelo Código Civil de 2002, tendo como principal característica, a transmissão da posse do bem imóvel do devedor ou terceiro dado como garantia de pagamento ao credor anticrético, como também, seus frutos e rendimentos até a quitação da dívida. Diante do tema apresentado, o objetivo é analisar os aspectos jurídicos, conceitos, características, administração do imóvel dado em anticrese pelo credor e os modos de extinção. A pesquisa foi baseada na revisão bibliográfica, legislação e jurisprudências. Como resultado da pesquisa, conclui-se que este instituto não é muito usual no Brasil, devido à burocracia exigida, complexidade, como também, à morosidade nos processos de execução no âmbito judicial, causando o enfraquecimento deste instituto. Porém, é elencado como um dos meios de segurança de crédito de imóveis. Portanto, uma vez que, permanece inserido no Código Civil, no âmbito do direito das coisas, merece a atenção dos pesquisadores do assunto.

Palavras-chave: Direito Civil. Direitos Reais de Garantia. Anticrese.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dos Direitos Reais de Garantia. 2 Da Anticrese. 2.1 Dos direitos e deveres do credor e dever anticrético. 2.2 Da extinção da anticrese. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Reais de Garantia sobre coisa alheia e suas regras gerais são previstos no Código Civil, dentro do tema Direito das Coisas. O penhor, a hipoteca e a anticrese são institutos de direitos reais de garantia. Explica TARTUCE (2016), somente aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese, e do mesmo modo, apenas os bens que podem ser alienado que poderão ser objeto destes institutos.

O presente estudo tem por finalidade discorrer a respeito da anticrese, que é um instituto de garantia não muito usual, porém, é visto como uma importante ferramenta de se garantir o cumprimento de uma obrigação, haja vista a sua segurança jurídica e suas consequências jurídicas aos pactuantes. Faz-se necessário mencionar a principal distinção entre estes institutos: no penhor, em regra, ocorre a transferência do bem móvel; na hipoteca, ocorre a transferência do bem imóvel, e por fim, na anticrese, ocorre não apenas a transferência do em imóvel, como também, a percepção de seus frutos e rendimentos

até a quitação da dívida). Percebe-se que anticrese tem características da hipoteca, recaindo sobre os bens imóveis, e do penhor, por ocorrer a transmissão da posse para o credor.

Farineli (2016) confirma que a anticrese trata-se de um direito real de garantia sobre coisa alheia. Desta forma, o direito real fica limitado, pois ocorre a transferência da posse e da fruição do imóvel do devedor em face do credor, que por sua vez colhe seus frutos abatendo o valor destes na dívida que possui contra o devedor.

Diante do exposto, depreende-se que a anticrese serve como garantia ao pagamento da dívida, com a retenção do imóvel até a sua extinção e serve como forma de execução direta da dívida, pois ao credor é atribuído o direito de receber os frutos e imputar-lhes no pagamento dos juros e do capital.

Ainda para Flávio Tartuce (2016), define que o devedor anticrético é aquele transmite a posse do imóvel ao credor, como garantia de pagamento. E o credor anticrético recebe a posse do imóvel em garantia.

Cita-se, os principais pontos jurídicos previstos na legislação, jurisprudências, algumas doutrinas nacionais consagradas no Direito Civil, especificamente, o direito das coisas no presente estudo, que foi embasado em pesquisas bibliográficas, que para Appolinário (2011) relata que a pesquisa bibliográfica restringe-se à análise de documentos e tem como objetivo a revisão de literatura de um dado tema, ou determinado contexto teórico. Sendo a metodologia com base na análise qualitativa, conforme afirma Appolinário (2011), os dados da pesquisa qualitativa são coletados nas interações sociais e analisados subjetivamente pelo pesquisador, pois nesta modalidade a preocupação é com o fenômeno.

1 DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

Entre os romanos, como era prescrito na Lei das XII Tábuas, o credor podia prender, vender em feiras e até mesmo matar o devedor. Estas práticas foram abolidas devido ao progresso da civilização e da ordem jurídica (326 a.C.), com a *Lex Poetelia Papiria*, transferindo para o patrimônio material do devedor como garantia de adimplemento das suas obrigações, e não mais dar em pagamento a própria família ou a própria vida. Porém, desde que a obrigação não proviesse de ato ilícito.

Carlos Roberto Gonçalves (2019), afirma que, desde então, tem sido adotado o princípio da responsabilidade patrimonial, em diversas legislações, constituindo-se como garantia geral dos credores. Esta garantia mostrou-se ineficaz em diversas relações

contratuais. Para contornar tal situação, os credores queriam garantias maiores como: os de naturezas pessoais ou fidejussórias (a terceira pessoa se obriga a solver o débito não realizado pelo devedor, por meio de fiança); e os de natureza reais (em que o próprio devedor ou alguém por ele, oferece todo ou parte de seu patrimônio como garantia para o cumprimento da obrigação).

A primeira garantia que surgiu na história do direito foi a *fidúcia*. O devedor transmitia ao credor a propriedade da coisa. Este objeto seria devolvido quando o débito fosse resgatado. No entanto, esta garantia não durou muito tempo, visto que não resguardava o devedor, pois muitas vezes frustrava a restituição do objeto. Na sequência surgiu o *pignus*, que conferiria ao credor apenas a posse da coisa, mas não a propriedade, devolvendo depois do pagamento do débito. Da mesma forma, esta modalidade não amparava o devedor. Tratando-se de instrumentos de trabalho, o devedor poderia ficar prejudicado sem os seus meios para produção, a fim de resgatar seu débito.

Os romanos adotaram a hipoteca, já que, para os gregos estava dando bons resultados. Nesta modalidade, a posse do bem ficava com o devedor, distinguindo-se do anterior, que era próprio para os bens móveis e a hipoteca para os bens imóveis. Por fim, surgiu a anticrese. Nesta modalidade, o credor podia usar de coisas do devedor, retirando os seus frutos como forma de compensação de seu débito, ou seja, o credor poderia usufruir dos frutos e imputando no pagamento da dívida.

Orlando Gomes conceitua o direito real de garantia:

Confere ao credor a pretensão de obter o pagamento da dívida com o valor do bem aplicado exclusivamente à sua satisfação. Sua função é garantir ao credor o recebimento da dívida, por estar vinculado determinado bem ao seu pagamento. O direito do credor concentra-se sobre determinado elemento patrimonial do devedor. Os atributos de sequela e preferência atestam sua natureza substantiva e real (2004, p. 378).

Após breves explanações citadas, a garantia real revela-se mais eficaz, já que fica vinculada à satisfação do crédito. O Código Civil brasileiro contempla as seguintes modalidades de garantia: penhor, hipoteca e anticrese, conforme dispõe em seu artigo 1.419. Como também, a alienação fiduciária em seus artigos 1.361 a 1.368. Anticrese objeto de nosso estudo.

2 DA ANTICRESE

Derivado da junção de anti (contra) e chresis (uso), cujo significado etimológico é “uso contrário”, a anticrese representa o “uso de soma que tem o devedor contra o uso dos frutos e dos rendimentos que tem o credor anticrético” (RANGEL, 2012, p. 01).

Apesar de grande parte dos direitos reais serem originários do Direito Romano, a anticrese recebeu influência do direito grego e egípcio. A esse respeito, assinala Venosa (2013, p. 56) “o vocábulo dá a ideia de uso do capital recebido pelo credor perante a entrega da coisa pelo devedor. A expressão não era usual no Direito Romano. Suas raízes situam-se no direito grego e egípcio”.

Do mesmo modo, afirmam Farias e Rosenvald (2016, p. 141) “a anticrese é um contrato de origem grega, que não funcionada de forma autônoma no direito romano, posto utilizada como pacto adjeto ao contrato hipotecário ou pignoratício”.

A par desses conceitos iniciais, atualmente, como afirma Gonçalves (2019, p. 659) a anticrese é “direito real sobre coisa alheia, em que o credor recebe a posse de coisa frutífera, ficando autorizado a perceber-lhe os frutos e imputá-los no pagamento da dívida”. Em outro conceito:

A anticrese caracteriza-se por ser um direito real de garantia sobre coisa alheia. Nesta modalidade de direito real limitado, ocorre a transferência da posse e da fruição do imóvel do devedor em face do credor, que por sua vez colhe seus frutos abatendo o valor destes na dívida que possui contra o devedor. Em outras palavras, pode-se dizer que o credor retém a posse do bem e retira dos frutos deste o valor necessário para a quitação de seu crédito (FARINELLI, 2016, p. 01).

Abaixo, apresenta-se como exemplo do que seja a anticrese, a seguinte jurisprudência:

CIVIL. CESSÃO DE PROPRIEDADE IMÓVEL PARA QUE, COM OS FRUTOS, FOSSE EXTINTA DÍVIDA EXISTENTE ENTRE AS PARTES. HIPÓTESE DE ANTICRESE. CESSÃO SUBSEQUENTE ONEROSA E DEFINITIVA QUE FAZ PRESUMIR A EXTINÇÃO DA DÍVIDA E, CONSEQUENTEMENTE, DA ANTICRESE. 1. Ainda se cogite que a cessão de um imóvel para locação importe em inexorável transferência da posse, uma vez que o contrato fora celebrado em nome próprio e não como mera mandatária do cedente, chama atenção o fato de que esta cessão se estenderia tão somente no

interregno necessário para que os frutos com a exploração da coisa compensassem dívida no valor de R\$-200.000,00. 2. Ou seja, **a relação jurídica é de anticrese** (art. 1506, CC) e, nada obstante legítima a locação (art. 1507, § 2º, CC), não se cogita da possibilidade de alienação, sendo certo que assim procedendo, presume-se extinta a garantia e, por conseguinte, a posse dela decorrente. 3. Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 10165023220168260100 SP 1016502-32.2016.8.26.0100, Relator: Artur Marques, Data de Julgamento: 03/04/2017, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/04/2017) (grifo do autor)

De forma também apropriada, tem-se a seguinte caracterização da anticrese:

A anticrese desempenha uma dupla função: servir como garantia ao pagamento da dívida, porque o credor anticrético tem direito de retenção do imóvel até a sua extinção, bem como servir de meio de execução direta da dívida, pois ao credor é atribuído o direito de receber os frutos e imputar-lhes no pagamento dos juros e do capital (VENOSA, 2013, p. 85).

Por fim, a anticrese, também chamada consignação de rendimentos, é um “direito real sobre coisa alheia (art. 1.506 CC), é o contrato em que o devedor dá ou destina ao credor os frutos e rendimentos de bem imóvel, conservando ou não a posse sobre a propriedade” (P.H, 2016, p. 01).

Como se citou acima, no Código Civil de 2002, a anticrese se encontra normatizada no art. 1.506 e seguintes. Ela é feita por direito subjetivo das partes, devendo ser respeitados os seus requisitos. É o que acentua o presente julgado:

AÇÃO DE OUTORGA DE ESCRITURA - NULIDADE DA SENTENÇA - ERRO DE FATO - PRELIMINAR AFASTADA - CONTRATO VERBAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DO PREÇO DO IMÓVEL - INSTITUIÇÃO DE GARANTIA REAL - FORMA COMPULSÓRIA OU JUDICIAL - IMPOSSIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. - Não há como reconhecer a ocorrência de conter na decisão erro de fato se a controvérsia instaurada ainda se encontra pendente de pronunciamento judicial. - Não há como se negar que a escritura pública é essencial para a transferência do imóvel, pois realmente a compra e venda de bem imóvel só se perfaz mediante escritura pública, único documento hábil para o registro e a transferência da propriedade. No entanto, não adimplido o preço do

contrato, não há como reconhecer que o vendedor se obriga a conceder a escritura para viabilizar o registro imobiliário. - **A formalização de garantia real, constituídas de penhor, anticrese ou hipoteca, é direito subjetivo das partes envolvidas contratualmente, que devem instituí-la atendendo os requisitos de sua formalização, na forma da Lei Adjetiva, contudo, tal garantia não surge de imposição judicial.** (TJ-MG - AC: 10024960534378001 MG, Relator: Valdez Leite Machado, Data de Julgamento: 11/07/2013, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2013). (grifo do autor)

Desse modo, a anticrese se constitui, obrigatoriamente, por meio de uma relação jurídica contratual, "não podendo ser simplesmente estabelecida pela lei, como é possível ocorrer em outros institutos jurídicos. Assim, pode-se dizer que o primeiro requisito é a elaboração de um contrato que a defina" (P.H, 2016, p. 01).

Cabe também mencionar o art. 108 do código civilista atual que traz a exigência de Escritura Pública para imóveis de valor superior a 30 salários mínimos. Além disso, independente do custo do imóvel, além do contrato, também é essencial que seja feito um registro em cartório junto ao tabelião.

E por fim, no que tange ao objeto, "o bem colocado como garantia precisa ser imóvel e alienável" (VENOSA, 2013, p. 89). Devido ao fato de que os bens imóveis serem indivisíveis, havendo a situação em que exista mais de um dono, a propriedade só deverá ser colocada como garantia na anticrese quando em comum acordo de todos os donos.

2.1 Dos direitos e deveres do credor e dever anticrético

Em relação aos direitos do credor anticrético, tem-se inicialmente o que leciona o art. 1.423 do Código Civil de 2002, ou seja, o credor anticrético exerce o direito de reter o imóvel do devedor pelo prazo máximo de 15 anos, se de outro modo for instituído pelos pactuantes, ou até que seu crédito seja adimplido.

Além desse direito, há também o direito "de ter a posse do imóvel para que possa gozar e perceber seus frutos e rendimentos, podendo usar desse bem direta ou indiretamente, inclusive arrendando a terceiro, exceto se houver pactuação em sentido diverso" (RANGEL, 2012, p. 01). No entendimento de Venosa (2013, p. 91) "essa possibilidade de arrendamento a terceiro é mais um inconveniente a desestimular sua instituição".

Tem-se também como direito ao credor anticrético a possibilidade de “pleitear seus direitos contra o adquirente do imóvel e credores quirografários e hipotecários posteriores a efetuação do registro da anticrese” (RANGEL, 2012, p. 01). *In casu*, encontra-se guariza no art. 1.509 do *Codex* Civil correlacionado ao art. 1.507 da mesma norma.

Sobre essa questão, cabe afirmar:

A parte que de acordo com o contrato ficou responsável pela administração do imóvel irá reaver a dívida com base nos rendimentos que ele originar, como os aluguéis, por exemplo, e terá a obrigação de preservar a propriedade em bom estado, prestando contas da administração que está exercendo sempre que a outra parte requeira (RANGEL, 2012, p. 56).

Como compreende o art. 1.507 do Código Civil atual, “o credor anticrético pode administrar os bens dados em anticrese e fruir seus frutos e utilidades, mas deverá apresentar anualmente balanço, exato e fiel, de sua administração” (BRASIL, 2002). Com base nesse artigo, verifica-se a figura do credor como administrador, apesar de não ser obrigatório sempre essa condição, uma vez que se usou o termo “pode” e não “deve”.

Leciona Gonçalves (2019, p. 661) que se os dados contidos no balanço “forem inexatos, ou ruínosa a administração, poderá o devedor, se o quiser, requerer a transformação do contrato em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente”.

Outro direito do credor anticrético é o de preferência em relação a todos os outros créditos posteriores, de maneira que o credor hipotecário, com registro posterior, não pode executar o imóvel, enquanto perdurar a anticrese. Com pertinência, anota Diniz (2011, p. 561) que “para que haja esse direito de prelação de anticresista é preciso que seja previamente oposto o direito de retenção, para impedir que outro credor execute o imóvel por não pagamento da dívida”

Igualmente, o direito de preferência em relação à indenização de seguro não subsistirá quando o prédio for destruído nem sobre o valor pago a título de desapropriação, se for o imóvel expropriado. Venosa (2013, p. 94) objetivamente, aduz que “ao contrário dos direitos similares, no caso de desapropriação ou indenização securitária o credor anticrético não terá preferência sobre a indenização”<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-instituto-da-anticrese-visao-do-diploma-civilista-ao-direito-real-de-garantia,38887.html> - ftn32.

Por sua vez, como explica Rangel (2012, p. 01) “não há a sub-rogação do anticresista em relação aos valores da indenização proveniente de seguro ou

o quantum pago a título de desapropriação, extinguindo-se a anticrese”, remanescendo, entretanto, em relação àquele o direito creditório, de caráter pessoal, desprovido de qualquer garantia real.

Por fim, poderá o credor anticrético defender sua posse que pretendam penhora o objeto gravado. “Como possuidor direto, o credor anticrético pode valer-se das ações possessórias para defender a coisa” (VENOSA, 2013, p. 96).

No que se refere às obrigações do credor anticrético, pode-se sublinhar a guarda e conservação do imóvel, como se fosse sua propriedade. Segundo Gonçalves (2019, p. 660) o credor anticrético é obrigado a conservar a coisa e administrá-la de acordo com “a sua finalidade natural, não podendo aplicar rendas que auferir com a retenção do bem de raiz em outros negócios, mas somente no pagamento da obrigação garantida”. Responde ele pelos frutos que por sua negligência deixar de colher. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-instituto-da-anticrese-visao-do-diploma-civilista-ao-direito-real-de-garantia,38887.html> - ftn35

Da mesma forma, o credor anticrético deve “prestar contas de sua administração ao proprietário do imóvel, demonstrando ter bem empregado todos os frutos e rendimentos que auferiu e que não os empregou para atingir fins distintos da liquidação da obrigação” (RANGEL, 2012, p. 01). A exceção fica à situação em que as despesas direcionadas à conservação e reparos da própria coisa gravada sejam necessárias. Findado o prazo do contrato ou mesmo havendo a quitação do débito, com baixa no registro, restituir o imóvel ao seu proprietário.

No que tange aos direitos e obrigações do devedor anticrético, apresenta-se o Quadro I:

QUADRO I –Direitos e deveres do anticrético

DIREITOS	DEVERES
Permanecer no imóvel dando como garantia, sendo permitida, ainda, sua alienação a outrem.	O devedor tem a obrigação a transferência da posse do imóvel ao credor para

	que este possa fruir de seus rendimentos.
Permissão ao devedor que exija do anticresista a conservação do prédio onerado com o gravame, obstando possível modificação ou desvirtuamento de seu escopo.	Incumbe ao devedor ceder ao credor o direito de perceber os frutos e rendimentos do bem de raiz que lhe pertence.
Em havendo deterioração do imóvel, o devedor tem o direito de vindicar o ressarcimento das deteriorações causadas ao prédio, culposamente, pelo credor, assim como o numerário atribuído aos frutos que este deixou de perceber em razão da negligência do credor anticrético.	Deverá o devedor se atentar para o contrato até o seu término, não turbando ou obstando que o anticresista se utilize do imóvel gravado até que seja efetuado, em sua integralidade, o pagamento ou até que o prazo avençado deflúa e se finde.
É permitido ao devedor exigir a prestação de contas da gestão ao credor anticrético, com o fito de verificar se não houve extrapolação no exercício de seu direito, como assinala o caput do artigo 1.507 do Código Civil http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,comentarios-ao-instituto-da-anticrese-visao-do-diploma-civilista-ao-direito-real-de-garantia,38887.html - ftn36 em vigor. Assim que operada a liquidação do débito, o devedor tem o direito de reaver o seu imóvel.	

Fonte: Adaptado de RANGEL (2012).

Diante dessas informações, o próximo tópico abordará a forma como se dá a extinção da anticrese.

2.2 Da extinção da anticrese

Resumidamente, a anticrese será concluída ou anulada em determinadas situações, como por exemplo, a citada por Gonçalves (2019, p. 662) pelo perecimento, “ao qual perecendo o objeto, perece o direito, como é cediço. Todavia, ainda que o objeto da garantia esteja no seguro, o direito do credor não se sub-roga na indenização paga pelo segurador”. Igualmente, não se sub-roga na indenização obtida pelo devedor, em caso de o prédio dado em garantia ser desapropriado.

Nas hipóteses mencionadas, extingue-se a anticrese, subsistindo o crédito, porém sem a garantia real anterior. Também se extingue a anticrese pela caducidade. A lei civilista estabelece 15 anos e passado esse período de tempo, o credor perde o direito de retenção sobre os rendimentos do bem. Entende o legislador, conforme alude Gonçalves (2019, p. 662) que se o “credor não conseguiu, em tão largo intervalo, pagar-se de seu crédito, decerto não mais conseguirá, pois, os frutos do imóvel são basicamente insuficientes para o resgate da dívida”.

Ademais, soma-se a essas situações, a extinção quando a dívida for sanada, ao qual se ela for paga, não haverá mais necessidade de anticrese. Ou ainda em caso de falência do devedor, ou a renúncia por parte do credor e ainda pela desapropriação (sendo necessário ceder ao imóvel ao domínio público).

Diante de todo o exposto finaliza-se esse trabalho que apresentou os principais elementos jurídicos da hipoteca e da anticrese. Cumpre salientar que esse assunto mostrado não é absoluto, havendo outros elementos tão importantes quanto os mostrados aqui. Desta feita, nada mais a analisar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo mostrou os principais pontos no contexto jurídico sobre a anticrese, como também as suas peculiaridades, sendo caracterizada como uns dos institutos dos direitos reais de garantia. Na anticrese, o devedor transfere momentaneamente a posse do imóvel para o credor, os seus rendimentos e frutos, até que a dívida seja abatida.

Na anticrese, difere-se do penhor e da hipoteca, o credor não pode vender o bem por meios judiciais para receber o valor da sua dívida, podendo apenas colher os frutos e rendimentos do bem imóvel. Outra particularidade, há a possibilidade do bem dado em anticrese ser hipotecado, ou vice-versa.

No que se refere a administração do imóvel, pode ocorrer na prática grandes problemas, como afirma TARTUCE (2016), pois o credor anticrético deverá apresentar um

balanço anual, exato e fiel de sua administração, previsto no artigo 1.507, CC, caso o devedor não concorde com os resultados, devido inexatidão das informações ou péssima administração, poderá o devedor impugná-lo. Sendo o credor responsável, em caso de culpa pela deterioração do bem e não percepção de seus frutos e rendimentos.

Admite-se, a remição ou regaste da anticrese, como o pagamento da totalidade da dívida antes do vencimento.

Conclui-se, que nos dias de hoje, este instituto não é muito usual nas relações jurídicas. Tendo como um dos motivos, a complexidade da execução das exigências, uma vez que o imóvel fica em uma situação que nenhuma das partes tem direitos plenos sobre ele, o surgimento de problemas na prática durante a utilização e administração do bem, entre outros. Porém, este instituto permanece previsto na legislação pátria, como um dos direitos reais de garantia.

REFERÊNCIAS

APPOLINÁRIO, Fabio. **Dicionário de Metodologia Científica**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 28 mai. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direitos das Coisas. 29ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARINELI, Jéssica Ramos. **Anticrese**. 2016. Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/anticrese/>. Acesso em: 21 mai. 2019.

GOMES, Orlando. **Direito reais**. 19 ed. Atual. Por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2004, p. 378.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 5: Direito das Coisas**. 14º ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

P.H. **O que é anticrese?** 2016. Disponível em: <http://www.escolalivrededireito.com.br/o-que-e-anticrese/>. Acesso em: 20 mai. 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Comentários ao Instituto da Anticrese: Visão do Diploma Civilista ao Direito Real de Garantia**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 set. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38887&seo=1>. Acesso em: 20 mai. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 6. Ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

O ETIQUETAMENTO NA POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE ÀS DROGAS

VINÍCIUS GABRIEL VIANA DE JESUS:

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, já trabalhou como advogado e atualmente exerce o cargo de assessor jurídico de Procurador da República no MPF.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar as influências e as consequências práticas que a escola criminológica do etiquetamento possui sobre a política de repressão às drogas, sobretudo após a vigência da Lei 11.343/2006, promovendo uma análise acerca das escolhas legislativas no tocante a esta questão, da aplicação destas normas e da prática da atuação policial, que têm levado ao encarceramento massivo de jovens nascidos na periferia. Para esta análise, também é proposta uma problematização de dogmas arraigados no seio do ordenamento jurídico, a exemplo da ideia de um legislador dotado de racionalidade e que cria normas visando sempre ao bem comum. Assim, pretende-se demonstrar a seletividade da política de combate às drogas, claramente direcionada às camadas mais baixas da sociedade, sendo um fruto destes dogmas jurídicos que, embora sejam academicamente contestados, são cegamente seguidos pelos aplicadores do direito, o que tem dado ensejo a situações de flagrante injustiça, ao aumento da marginalização dos mais pobres e ao desrespeito de direitos fundamentais destas pessoas.

Palavras-chave: Escolas Criminológicas. Etiquetamento. Lei n. 11.343/2006. Política de Combate às Drogas. Seletividade Penal. Dogmas Jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

O *labelling approach*, etiquetamento ou rotulacionismo é uma escola criminológica que busca mostrar como as políticas criminais, seja a partir da participação do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, agem seletivamente quanto aos indivíduos que desejam atingir com as sanções penais.

Talvez a melhor frase a sintetizar o pensamento do *labelling approach* é a de Austin Turk, citado por Augusto Thompson, quando diz que “o status de delinquente é atribuído às pessoas não pelo que fizeram, mas pelo que são”, pois “afinal de contas, não

são os comportamentos (delitivos) que contam, uma vez que o importante, de fato, para o agir efetivo da justiça criminal, reside na posição social do autor” (THOMPSON, 2007 p.55).

Esse rotulacionismo ganha demasiada importância numa sociedade como a nossa em que o postulado de ser o direito penal de *ultima ratio*, através da aplicação dos princípios penais da subsidiariedade e fragmentariedade, fica só na teoria dos livros estudados na academia. A prática forense e policial demonstra que na maioria das vezes a busca das soluções penais se dá logo em primeiro plano, pois o corpo social ainda não está acostumado a viver sem o punho forte do Estado, consubstanciado, principalmente, através das sanções penais.

É nesse contexto que inúmeras situações de desigualdade e injustiça são criadas todos os dias, em decorrência tanto do momento em que lei em abstrato foi elaborada, quanto da sua aplicação prática.

Com a Lei 11.343/2006, a chamada “Lei Anti-Drogas”, isto tudo acabou ficando ainda mais acentuado. Visto que, apesar de uma pretensa igualdade da lei considerada em abstrato, a seletividade fica por conta da sua aplicação prática, seja durante as ações policiais, seja no âmbito do Judiciário e do Ministério Público, ou até nos órgãos de execução de políticas públicas.

Ganha contornos esdrúxulos ainda mais evidentes pelo fato de ser uma lei que histórica e socialmente é naturalmente destinada aos mais pobres, sobretudo os habitantes de regiões periféricas dos grandes centros urbanos, tendo em vista a ideia inculcada de que o problema do tráfico está nas favelas, e para vencer a “guerra contra as drogas” é necessário subir o morro e matar os traficantes garantindo a sobrevivência harmônica dos cidadãos de “bem”.

Partindo dessas premissas, o presente artigo tem por escopo demonstrar como a política criminal de combate às drogas vem selecionando aqueles que deseja punir, rotulando os indivíduos a sofrer as consequências penais da Lei 11.343/2006, ensejando muitas vezes violações fatais aos primados constitucionais, a partir do combate às drogas, que passou a ser o inimigo ideologicamente criado a ser combatido a qualquer custo.

2 DESENVOLVIMENTO

A Lei 11.343 entrou em vigor no ano de 2006, prometendo contribuir decisivamente para a tão propalada “guerra às drogas”. Porém, o que aconteceu foi uma maior criminalização de condutas ligadas ao uso e ao comércio de entorpecentes e o endurecimento das sanções penais previstas.

Dessa forma, a “Lei Anti-Drogas” colaborou ainda mais para o encarceramento e marginalização das camadas populares, notadamente daquelas que habitam as favelas dos grandes centros urbanos.

Numa sociedade complexa e hierarquizada, dita as leis a classe que dispõe de poder. E, obviamente, armará a ordem legal de sorte a garantir a permanência das desigualdades existentes, das quais decorrem as vantagens que lhes bafejam os membros, tanto quanto os ônus suportados pelas massas oprimidas. Ou seja: a ordem jurídica, elaboram-na os grupos predominantes em termos de poder, com o propósito político de assegurar a conservação do *status quo* sócio econômico. (THOMPSON, 2007 p. 47)

A associação entre as drogas e grupos de pessoas consideradas “perigosas” serviu e continua servindo para aprofundar o controle penal sobre os pobres, os marginalizados, não brancos, num processo crescente de criminalização da pobreza, de “limpeza urbana”. (LATTAVO, p. 3)

A exemplo do que ocorre em outros países, a maior parte da população carcerária brasileira está presa por ter cometido algum crime relacionado ao uso ou venda de entorpecentes ou ser apenas suspeito de tê-lo feito.

As condenações por prática das criminalizadas condutas relacionadas à produção, ao comércio e ao consumo das selecionadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção etiquetadas de drogas ilícitas, além de ensejar a sistemática aplicação da pena de morte em países como a China, o Vietnã, Singapura, Irã, Indonésia, Malásia, Arábia Saudita, são a principal causa do crescimento do número de presos em todo o mundo. (KARAN p. 11)

O Brasil tem hoje, em números absolutos, a quarta maior população carcerária do mundo. Em dezembro de 2012, já eram mais de 500 mil presos (548.003). Acusados e condenados por “tráfico” que, em dezembro de 2005, eram 9,1% do total dos presos brasileiros, em dezembro de 2012, chegavam a 26,9%. Entre as mulheres, essa proporção alcança praticamente metade das presas (47,35%). (LATTAVO p. 3)

Sabemos que nosso sistema jurídico é permeado de dogmas seculares que nunca condisseram com a realidade da época em que surgiram, quanto mais com o atual estágio social, tendo em vista a ação de anos a fio passados da criação destes postulados, que datam do surgimento do positivismo jurídico cientificizado por Hans Kelsen.

Porém, os referidos dogmas continuam sendo cegamente seguidos pelos aplicadores do direito e por vezes acabam criando situações de esdrúxulo tratamento desigual, conduzindo a gritantes injustiças.

Augusto Thompson elenca quais são esses postulados:

A maioria das pessoas acredita piamente, sem vacilação, dúvidas ou questionamentos, em certas “crenças jurídicas”, inculcadas de maneira enfática pela ideologia, tais como: “1. Que existe um legislador racional produzindo um sistema jurídico coerente, econômico, preciso etc. 2. Que o ordenamento jurídico não possui contradições e redundâncias e, especificamente, o direito penal não exhibe lacunas. 3. Que a ordem jurídica é finalista, justa e protege indistintamente todos os cidadãos. 4. Que o julgador é, axiologicamente, neutro enquanto decide, portanto não há arbítrio na aplicação da Justiça. 5. Que o julgador, no direito penal, busca a verdade real e não o preferível do ponto de vista valorativo. ()

Em relação à Lei 11.343/2006 tais premissas não poderiam deixar de ser aplicadas. Se existe uma pretensa igualdade no tratamento aos usuários, comerciantes, financiadores etc. de quaisquer entorpecentes, sua aplicação prática cotidiana nos mostra que há um etiquetamento de quem as medidas punitivas irão atingir.

Sabemos que a abordagem policial e a caneta do Judiciário são, via de regra, mais pesadas para os indivíduos das camadas populares da sociedade. Mormente, quando estamos falando de combate às drogas, visto que se tem a idéia de que o problema está nas favelas e é necessário invadir, expulsando os “donos do morro” ou eliminando-os. E isto irá garantir a drástica redução da criminalidade nas cidades urbanas.

Tudo isto se torna fácil quando há um temor generalizado às consequências dessas substâncias, inculcado por uma ideologia política de intolerância aos entorpecentes, e que justifica quaisquer medidas ao seu combate, mesmo que deixemos de observar direitos fundamentais.

Não custa muito perceber que qualquer lei ou ação destinada ao combate às substâncias entorpecentes irá atingir as classes mais baixas, sobretudo os cidadãos marginalizados, moradores dos subúrbios dos grandes centros urbanos.

Qualquer aparente impessoalidade de tratamento do texto legal é fatalmente afastada durante as ações policiais e na lida do Judiciário com a questão. Esta lei repressiva tem que continuar cumprindo o seu papel de encarcerar pobres, através do rotulacionismo dado aos envolvidos com os entorpecentes, de que estes são os que tem que ser detidos, pois representam uma perigo para a paz social.

Quando algum rico é atingido, é só para camuflar este propósito, validando o sistema. Como se dissesse que também se prende os moradores das áreas nobres, basta que sua conduta se amolde nos tipos penais da Lei Anti-Drogas e sejam descobertos pelos órgãos de investigação.

O que está sendo dito é constatado facilmente pelos números de apreensões de entorpecentes.

O Batalhão de Choque da Polícia Militar do Estado de Sergipe, divisão policial que realiza grande parte das apreensões de drogas no Estado, deteve no ano de 2012, segundo estatísticas fornecidas pelo próprio Batalhão, as seguintes quantidades de drogas ilícitas:

- 1) MACONHA: 32,785 KG
- 2) CRACK: 950 PEDRAS
- 3) COCAÍNA: 586G + 2 TROUPAS + 176 CÁPSULAS

4) TROUPAS DE MACONHA: 108 TROUPAS + 200 PAPELOTES

Sabemos que estas drogas são encontradas com as pessoas mais pobres, pois têm um custo mais baixo. Inclusive a cocaína, que antigamente era uma droga cara, mas que devido a misturas na sua composição passou a ser mais acessível, quando então passou a figurar nas estatísticas de apreensão de entorpecentes.

Percebe-se que não há nenhuma daquelas drogas consideradas como sendo “de rico”, cujo custo de obtenção é bem mais alto, a exemplo do ecstasy, LSD ou heroína. Todas elas são substâncias cujo consumo e venda são proibidos pela Lei 11.343/2006, porém não figuram nas estatísticas de detenções de entorpecentes. Dificilmente estas drogas são apreendidas.

Se os órgãos de repressão às drogas estivessem dispostos a aumentar a quantidade de droga apreendida, incluindo estes entorpecentes de maior custo, haveria batidas policiais em cada festa de música eletrônica, principalmente aquelas que são conhecidas como “raves”.

Não existe lugar mais propício para se apreender essas substâncias. Um grande número de jovens faz uso destes entorpecentes em festas desse tipo. Porém não há revistas em busca de drogas, e se houver será de forma bem menos truculenta se comparada à abordagem policial feita nos subúrbios e favelas, pois nestes lugares o princípio da presunção de inocência não tem a aplicação devida.

Nestas festas, a polícia tem receio de, ao abordar alguém, esta pessoa dizer a célebre frase: “sabe com quem está falando” ou “sou filho de Dr. Fulano de tal”. E se alguém for levado à delegacia, os agentes do Estado correm o risco de serem acusados de violação de direitos e vir uma ordem hierarquicamente superior determinando que os detidos sejam logo soltos.

Poderia argumentar-se que pessoas mais abastadas também fazem uso dessas drogas de menor custo e que são apreendidas pela polícia. Porém, verificamos mais uma vez a seletividade de quem se quer punir e desta vez de forma mais esdrúxula.

Pelo texto legal, teria de ser detido também aquele que faz uso de entorpecentes. Entretanto, na maioria das vezes, quando o usuário é de classe média alta, apenas o traficante, normalmente aquele que desce do morro para levar a droga, é preso,

enquanto os usuários irão arranjar um outro fornecedor para continuar fazendo uso das mesmas substâncias.

Marina Lattavo, inspetora da Polícia Civil do Rio de Janeiro, narra uma situação da qual ela participou e que retrata bem este etiquetamento na política de combate às drogas:

Logo no meu primeiro trabalho na polícia me deparei com um caso em que fui designada a investigar sobre um possível esquema de venda de drogas para alunos de uma determinada universidade. A primeira coisa que fiz foi me fingir de aluna e ficar na porta da universidade para entender o tal “esquema”. Foi uma investigação rápida e fácil, porém com um fim nada louvável. A venda da droga era feita por um jovem que sem nenhuma violência ou ameaça descia a sua comunidade de bicicleta e levava o “produto” que os universitários queriam consumir. O resultado? Os universitários continuaram consumindo seu produto com outro fornecedor... o garoto da bicicleta, que cabe lembrar, também era estudante mas de uma escola pública, foi preso e condenado por tráfico de drogas. (LATTAVO, 2014)

Ademais, quando se fala em combate às drogas, tudo se justifica. Há toda uma ideologia política que faz com que direitos constitucionalmente assegurados sejam violados em nome do combate ao maior inimigo civil da sociedade. É como se fosse criado um Estado de Exceção para a “guerra contra as drogas”.

A legitimação e a alimentação do agigantado poder punitivo vão produzindo uma crescente e sistemática edição de leis penais e processuais penais que abandonam princípios garantidores dos direitos fundamentais e criam vácuos, que progressivamente se ampliam, nos quais é indevidamente desprezado o imperativo primado das normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas.

As imposições criminalizadoras vindas nas proibicionistas convenções das Nações Unidas em matéria de drogas e adotadas nas legislações internas dos mais diversos Estados nacionais são um pioneiro e eloquente exemplo dessa desautorizada prática legislativa,

a sistemática violação a princípios garantidores positivados em normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, a sistemática negação de direitos fundamentais e de suas garantias, destacando-se como sua totalitária marca. (KARAN, p. 12)

Porém, em que pese tais violações serem destinadas a qualquer usuário ou comerciante, o que vemos na prática é que elas acabam sendo dirigidas apenas àqueles marginalizados.

A truculência e a violência policial são bem mais sensíveis e fazem mais vítimas nas regiões suburbanas. A polícia não entra em bairros nobres atirando antes de perguntar, invadindo casas em busca de drogas, torturando para que digam onde o traficante se encontra. As Unidades de Polícia Pacificadora – UPP – estão nas favelas.

Basta lembrar o recente caso do ajudante de pedreiro Amarildo, que fora detido na porta de sua casa para averiguação por suspeita de envolvimento com o tráfico de drogas e levado a UPP da Favela da Rocinha, onde residia, no Rio de Janeiro. Depois disso, ninguém mais soube do seu paradeiro, nem foi mais visto.

Mas o pior dessa história é que não são poucos os Amalridos. Várias pessoas simplesmente desaparecem da mesma forma e pelo mesmo motivo, sempre em nome do combate ao maior vilão da sociedade. Constitui, assim, verdadeira afronta ao Estado de Direito, mas que parece existir só para aqueles mais abastados. Aliás, infelizmente, estranhamos o fato de a mídia dar tanta atenção a esse caso, pois sabemos que como esse, já ocorreram tantos outros semelhantes, e que, apesar de absurdo, por não pertencer às classes média e alta, são negligenciados pelos noticiários.

Outra violação de direitos em nome da “guerra às drogas” que devemos lembrar diz respeito à internação compulsória dos usuários de crack em São Paulo, notadamente aqueles que se encontrarem na região conhecida como “crackolândia”. Submeter alguém forçadamente a qualquer tipo de tratamento constitui verdadeiro vilipêndio aos direitos fundamentais e direitos civis da personalidade.

A internação compulsória é mais uma atitude autoritária e arbitrária do Estado escudada na luta contra o maior adversário da sociedade brasileira. A Organização Mundial da Saúde – OMS, através da Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS,

divulgou nota no site oficial da ONU na qual considerou que a “priorização de medida extrema como a internação compulsória” está na “contramão do conhecimento científico sobre o tema” e pode “exacerbar as condições de vulnerabilidade e exclusão social dos usuários de drogas”, taxando-a como inadequada e ineficaz.

A seletividade que não poderia faltar em qualquer das políticas de combate às drogas fica a cargo de quem se envolve com crack e mora na crackolândia é, quase sempre, pessoas das classes mais pobres, moradores de rua, marginalizados da sociedade. Não se fala em internação compulsória de usuários de quaisquer outros tipos de drogas, pois poderia abarcar membros das classes média e alta no meio, o que tornaria inadmissível tal medida.

Essa política de internação compulsória se assemelha à política de limpeza dos espaços públicos desenvolvida em Nova York conhecida por “tolerância zero” e que vem inspirando o surgimento da expressão “cidade da qualidade de vida” no Brasil hodiernamente.

De Nova York, a doutrina da “tolerância zero”, instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda - a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da “guerra” ao crime e da “reconquista” do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a *invasores estrangeiros* - o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente. (WACQUANT, 1999 p. 19)

Para os membros das classes populares reprimidas à margem do mercado de trabalho e abandonadas pelo Estado assistencial, que são o principal alvo da “tolerância zero”, o desequilíbrio grosseiro entre o ativismo policial e a profusão de meios que lhe é consagrada, por um lado, e a sobrecarga dos tribunais e a progressiva escassez de recursos que os paralisa, por outro, tem todas as aparências de uma *recusa de justiça organizada*. (*Ibid.* p. 26)

Porém, no contexto da internação compulsória devemos lembrar de outro fator a motivar tal medida: a Copa do Mundo que está prestes a chegar no país. É como se a mãe FIFA estivesse dizendo ao filho Brasil que precisa arrumar o quarto (jogar a poeira para debaixo do tapete mesmo, ou melhor, jogar tudo na gaveta e trancá-la) pois as visitas estão chegando. Afinal, não seria bom que os turistas, ao visitar a mais rica cidade brasileira, fossem incomodados com dependentes perambulando pelas ruas. É mais uma ingerência, mesmo que indireta, oculta ou transversa da FIFA a criar absurdos no nosso sistema jurídico.

Estes são apenas alguns exemplos empíricos e constatações de como a política criminal de combate às drogas age seletivamente, rotulando aqueles que serão atingidos, vilipendiando direitos e garantias fundamentais em nome de uma ideologia política justificadora alcunhada como “guerra contra as drogas”.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto, temos de abandonar de imediato a ideia de que o legislador é um ser universal, dotado de toda a racionalidade e que cria normas visando sempre o bem comum. Bem como, o dogma jurídico de que o Juiz é sempre imparcial e aplica as leis indistintamente a todos os cidadãos, há de ser afastado do pensamento jurídico imediatamente.

Caso contrário corremos o risco de continuar produzindo situações de completa injustiça e tratamento desigual, quando selecionamos quem o bastão do direito penal irá atingir. E não precisa de grandes esforços para perceber que os que serão mais afligidos serão os mais pobres, pois as leis são criadas e aplicadas por representantes quase que totalmente das classes média e alta e que precisam manter o seu domínio sócio econômico sobre as camadas mais baixas.

Isto ganha contornos ainda mais evidentes quando tratamos de uma política repressiva que é naturalmente destinada aos moradores das áreas periféricas, notadamente nas favelas. A luta contra os entorpecentes virou um inimigo ideologicamente criado, e que acaba justificando medidas desrespeitosas aos direitos fundamentais. Como era de se esperar, estas medidas atingem com um vigor muito maior os integrantes das camadas marginalizadas.

No presente trabalho, em linhas gerais, foram delineadas três demonstrações práticas de como a política de combate às drogas age seletivamente: 1- as estatísticas oficiais de apreensão de drogas pela polícia, deixando claro que as drogas mais apreendidas são aquelas de menor custo e por isso mesmo as mais usadas pelos pobres; 2- a violenta abordagem policial nos subúrbios, justificada pelo combate às drogas, desrespeitando direitos e culminando em tantos “Amarildos”; 3- a internação compulsória dos usuários de crack, praticamente todos pobres, como uma situação de flagrante desrespeito a direitos fundamentais.

Precisamos pensar a partir de novos paradigmas, esquecendo todos esses dogmas que seguimos cegamente. Algo necessita ser feito para barrar situações de desarrazoada discriminação social. Refletir sobre mudanças tanto no âmbito do Legislativo, do Judiciário e do Executivo, pois cada um deles possui, indiscutivelmente, sua parcela de culpa.

Mas o apelo maior deste autor é que essa reflexão passe pela superação da insustentável política de combate às drogas. Nos moldes em que se encontra, continuarão a ser vilipendiados cada vez mais e mais direitos de pessoas desassistidas e pelas quais não nos importamos mais. Afinal, até quantos Amarildos ainda terão que morrer sob pretexto de derrotar o grande inimigo? Aliás, quem é o verdadeiro inimigo?

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BRASIL, Priorizar internação compulsória para tratamento de drogas é ‘inadequado’ e ‘ineficaz’, diz OMS. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/priorizar-internacao-compulsoria-para-tratamento-de-drogas-e-inadequado-e-ineficaz-diz-oms/>> Acessado em 27.02.2014.

KARAN, Maria Lúcia. **Drogas: Legislação Brasileira e Violações a Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acessado em 27/02/2014.

LATTAVO, Marina. **A “Guerra às Drogas” e os Amarildos**. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br/textos>>. Acessado em 27/02/2014.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos: O Crime e o Criminoso: Entes Políticos.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WACQUANT, Loic. **Prisões da Miséria.** Trad.: André Teles. Digitalizado por Sabotagem, 1999.

PSIQUIATRIA FORENSE E O DIREITO PENAL

NATIELLI DE CARVALHO CORTEZ:

Bacharelada no Curso de Direito pela
Universidade Brasil - campus:
Fernandópolis¹⁹⁴

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar e entender a mentalidade de um psicopata, sociopata e suas demais características, observando o seu comportamento, em como é visto pela sociedade e como é tratado no Sistema Jurídico, ou seja, no Direito Penal Brasileiro. Logo, a Psiquiatria Forense surgiu em tempos remotos, sendo uma interface entre ela e o direito, ou seja, a lei. Visando a forma constante da revisão dos sistemas classificatórios dos transtornos mentais e a atualização dos códigos dos diversos ramos do direito. Como as doenças mentais alteram a conduta das pessoas, muitas vezes trazendo problemas de ordem legal para aqueles que são acometidos e para a sociedade, sendo diversificadas e complexas, por isso tornou-se necessário o estabelecimento de uma subespecialidade dentro da Psiquiatria. No entanto, o direito não pode ficar alheio aos transtornos mentais, devendo existir uma ótica apurada sobre os fatos (uma perícia para diagnosticar), não podendo ficar preso as dogmáticas jurídicas, mas ter a concepção e aplicação do caráter multidisciplinar, o estudo e a forma adequada para punir e prevenir esse mal. Levando em consideração, a Psicologia Jurídica vem crescendo bastante no ramo da Psiquiatria, com suas diretrizes, na qual busca uma compreensão em relação ao comportamento do criminoso, seus aspectos etiológicos e sua interface com a criminologia no sistema prisional brasileiro. Com base nos seguintes capítulos, nos fazemos as seguintes perguntas: As penas impostas são realmente eficazes? O psicopata e o sociopata podem voltar a viver em coletividade? O que os diferem? É possível uma medida de segurança perpétua?

Palavras – chaves: Psiquiatria Forense. Comportamentos. Psicopata. Psicologia Jurídica. Sistema Penal Brasileiro.

ABSTRACT: The present work aims to analyze and understand the mentality of a psychopath, sociopath and their other characteristics, observing their behavior, how they are seen by society and how they are treated in the Legal System, that is, in Brazilian Criminal Law. Therefore, Forensic Psychiatry emerged in remote times, being an interface between it and the law, that is, the law. Aiming at the constant revision of the classification

194 Bacharelada no curso de Direito da Universidade Brasil Campus Fernandópolis

systems of mental disorders and the updating of the codes of the different branches of law. As mental illnesses change people's behavior, often bringing legal problems to those who are affected and to society, being diversified and complex, so it became necessary to establish a subspecialty within Psychiatry. However, the law cannot be oblivious to mental disorders, and there must be an accurate perspective on the facts (an expertise to diagnose), not being able to be bound by legal dogmatics, but having the conception and application of the multidisciplinary character, the study and the appropriate way to punish and prevent this evil. Taking into account, Legal Psychology has been growing a lot in the field of Psychiatry, with its guidelines, in which it seeks an understanding of criminal behavior, its etiological aspects and its interface with criminology in the Brazilian prison system. Based on the following chapters, we ask ourselves the following questions: Are the penalties imposed really effective? Can the psychopath and the sociopath return to live collectively? What makes them different? Is a perpetual security measure possible?

Keyword: Forensic Psychiatry. Behaviors. Psycho. Juridical Psychology. Brazilian Penal System.

INTRODUÇÃO

É perceptível o quanto aumentou e vem aumentando os índices de violência, de uma maneira gradativamente avassaladora nesses últimos anos, fazendo-se presente no dia a dia de toda população.

No Brasil, a violência vem crescendo e se proliferando com mais frequência do que o comum, no entanto, isso vem de séculos atrás. Podemos ver que se trata de um fenômeno comportamental de agressividade na qual envolve as bases históricas do nosso país, atingindo todas as camadas da sociedade.

A Psiquiatria Forense é uma junção de Psiquiatria e Direito, que atua nos casos concretos em que possa haver dúvidas sobre a integridade/capacidade mental de uma determinada pessoa que, por sua vez, viola a lei. Portanto, ela facilita a fundamentação do julgador em decidir sobre a responsabilidade penal (imputabilidade) ou a ausência dela (inimputabilidade), buscando esclarecer se há ou não a presença de um transtorno e quais as implicações da existência de um diagnóstico psiquiátrico ou não.

Vale ressaltar que a preocupação da Psiquiatria Clínica é estudar as perturbações mentais, diagnosticar, empregar o fármaco e recuperar aqueles que são portadores de anormalidades cerebrais. Quando se aplica a justiça, ela passa a ser designada por Psiquiatria Forense, onde relaciona os conhecimentos médicos com os jurídicos.

Apesar de a Psiquiatria Forense estar se ampliando e se espalhando, ainda há muitas dúvidas em relação das suas obrigações no âmbito penal, principalmente nos laudos fornecidos pelos profissionais. Onde consiste em informar sobre a sanidade penal, sendo que na maioria dos casos, eles visam tratar e não punir.

Portanto, a boa preparação do profissional indicado pelo juiz tem que ser de extrema importância, juntamente com seus princípios éticos. Assim, não havendo uma prisão perpétua, já que a pena máxima para o nosso país é de 40 anos, mas sim uma medida de segurança, sendo ela perpétua, na qual só poderiam voltar para a rua, quando estivesse cessada a periculosidade com um diagnóstico.

COMO SURTIU A PSIQUIATRIA FORENSE?

De acordo com o Dr. Wendy Lobo Ribeiro, 2021, médico Psiquiatra da Infância e da Adolescência, Forense, Psicogeriatria e Psicoterapia, escrever sobre a história da Psiquiatria Forense é retroceder a antiguidade clássica e ultrapassá-la. Podemos perceber que a psiquiatria forense é usada desde os primórdios da sociedade, desde a Babilônia aproximadamente 1850 a.C., o povo Judaico, no Antigo Egito há cerca de três mil anos antes de Cristo, assim como na Grécia Antiga com a contribuição dos filósofos gregos e na sociedade romana, através do Senado Romano. No entanto, ela passou a ter mais credibilidade quando se deu origem na França.

Logo, o livro Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica, 2003, explica que a primeira cidade europeia a estabelecer um serviço de médicos peritos foi Bologna em 1292 e, no ano de 1302, uma das primeiras autópsias médico-legais foi realizada na Europa e documentada.

Por volta do século XIX, começaram a serem idealizados os primeiros institutos voltados ao tratamento de doentes mentais perigosos. Da qual foi fundado o Instituto de Auburnque em 1850, e em 1863 surge na Inglaterra o Instituto Bradmore, que se tornou padrão para os institutos criados a partir de então.

Com o surgimento da Psiquiatria como uma das especialidades médicas, tomou a si todas as relações entre a Saúde Mental e a Justiça, e é neste momento que surgiu a Psiquiatria Forense, sendo definida como a subespecialidade que faz uso dos conhecimentos psiquiátricos à luz da legislação ou como a utilização dos conhecimentos psiquiátricos a serviço da justiça.

No Brasil, identificam-se quatro fases que foram mais marcantes na evolução histórica da psiquiatria forense, o nascimento (1920), o desenvolvimento (de 1921 a 1961), o declínio (1962 a 1994) e o renascimento (de 1995 em diante), na qual ela e a medicina legal evoluíram juntas, devido serem praticadas por médicos legistas.

As maiores figuras dessas fases de expansão no Brasil foram respectivamente, Afrânio Peixoto, Heitor Carrilho e Álvaro Rubim de Pinho. Denominados “manicômios judiciários” são inaugurados no Rio de Janeiro no ano de 1921, logo em seguida, os do Rio Grande do Sul e Minas Gerais, em 1924.

Observa-se que nos últimos anos, com o estímulo do Departamento de Ética e Psiquiatria Legal da Associação Brasileira de Psiquiatria, um volumoso desenvolvimento da especialidade, o que se reflete na produção acadêmica.

Portanto, em 1927, Alcântara Machado, professor de medicina legal, no dia 13 de dezembro, patrocina o projeto lei criando o Manicômio Judiciário do Estado de São Paulo, tendo os seus 150 primeiros pacientes em 1934, da qual eram todos homens.

Sendo assim, o livro também expõe que a psiquiatria forense é, de forma ampla e genérica, a serviço da justiça. Na qual atua entre a saúde mental e a lei. Tornando-se aplicada a indivíduos portadores de transtornos mentais que violam a lei e de indivíduos que necessitam de sua proteção, podendo ter um caráter tanto pericial quanto terapêutico, regida por um conjunto eclético de conceitos e posturas científicas, fruto da experiência dos pioneiros como Franco da Rocha.

1.1 – Qual a diferença entre psicopata e sociopata?

Se pararmos um segundo para observar as pessoas que convivemos ao nosso redor, iremos com certeza identificar o chefe abusivo, o namorado possessivo, a amiga que sabe só falar de si mesmo, entre outros, que estão sempre a nossa volta, nos confrontando com as diferenças que passam por nós diariamente, que quase não reparamos ou tentamos ao máximo evitar.

O comportamento de uma pessoa é modificado devido ao tipo de psicopatia, adquirindo uma reatividade anormal a certos grupos de estímulos, sendo caracterizados pela imaturidade da psique, como transtornos de personalidade em geral, podendo ser qualificado da seguinte forma: mudança patológica no caráter em termos de traços de personalidade que o impedem de viver uma vida normal na sociedade, que interfere na criação de laços em qual relacionamento de amor e amizade.

O livro Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica também cita que os psicopatas e sociopatas sofrem de Transtorno de Personalidade Antissocial e a principal diferença está no modo em como desenvolveram a doença. Sendo assim, os sociopatas são capazes de sentir remorso e culpa. Já os psicopatas incluem a falta de empatia e de sentir determinados arrependimentos. Sendo assim, a psicopatia é considerada um estado

natural da pessoa, ou seja, o indivíduo já nasce com esse transtorno, a psicopatia. Por outro lado, a sociopatia já é desenvolvida ao longo de sua vida, por meio dos traumas na qual foi submetido, sendo estes, as relações afetivas para com a família, do seu desenvolver com a sociedade, na educação, etc.

Acredita-se que a origem da psicopatia é originada de uma falha genética que prejudica o desenvolvimento de determinadas partes do cérebro relacionadas às emoções, empatia, moralidade e controle de impulsos. Essa hipótese se confirma devido aos diversos escaneamentos cerebrais conduzidos em diferentes partes do mundo.

A psicopatia apresenta vários níveis de seriedade, sendo assim, o psicopata de grau moderado e grave, é aquele que pode chegar a ser assassino em série – o indivíduo que assassina três ou mais pessoas, geralmente seguindo um padrão característico, um modo próprio de atuar.

No entanto, a sociopatia é relacionada com o ambiente na qual a pessoa convive, a educação que é aplicada, a relação sentimental com a família, amigos, traumas da infância, mostrando como fatores externos tiveram um papel importantíssimo no desenvolvimento dessa sociopatia, ou seja, ela é adquirida durante a vida.

*“A diferença deles para os loucos é que eles não alucinam, não deliram, não tem problemas de perda de inteligência, etc. Esses indivíduos são extremamente manipuladores. Ele nasceu, se desenvolveu e morrerá assim. Mas consegue se disfarçar na sociedade. E apenas nos delitos nós podemos identificá-lo.”
(PALOMBA,2020).*

Estudos comprovam que os psicopatas são mais frios, calculistas, manipuladores, mentirosos e charmosos, aparentam ter uma vida normal e relações saudáveis, conseguindo manter o controle emocional e físico. Portanto, são incapazes de sentir culpa e empatia, ou de criar laços afetivos com qualquer pessoa.

Como já dito anteriormente, a sociopatia é adquirida pelo desenrolar de sua vida, possuindo a capacidade de criar laços e até alguns fragmentos de empatia com determinadas pessoas na qual os interessem, porém, possuem um temperamento explosivo, fazendo com que tenham relações mais conturbadas, ou seja, com muita manipulação e mentiras, sendo capazes de cometer crimes com naturalidade e espontaneidade, com poucas chances de se sentirem culpados.

1.2 – Como funciona a cabeça de um psicopata/sociopata?

No decorrer do início do século XIX, surgiu um grande interesse espiritualista nos assuntos que envolviam a psicopatia, possuindo muito destaque para os chamados fenômenos mediúnicos. Na qual chegou ao Brasil nesse período, onde passou a ter uma presença marcante, sendo usada como argumento de as práticas espíritas eram a causa de psicopatologia. A questão racial também influenciou fortemente o discurso dos psiquiatras, na qual defendiam ideias que visavam à integridade física, mental e moral da raça. E por fim, a convicção de que a imprensa, o rádio, o cinema e a televisão, poderiam ser nocivos e prejudiciais ao propagar ideias e princípios que corromperiam o caráter e estimulariam os indivíduos para o mal.

“Na história da humanidade, certamente, nenhuma outra descoberta exerceu função tão persuasiva e sugestiva sobre a mente humana como que exercem o cinema e a televisão, poderosos agentes de ação coletiva, que contribuem de forma decisiva para modificar os hábitos, os costumes, os sentimentos e a conduta, não só do indivíduo como de coletividades inteiras, com uma força irresistível, num âmbito incalculável”. (SILVA, 1957).

Como já esclarecido, a psicopatia não é uma doença mental, e sim, um transtorno de personalidade antissocial, na qual o indivíduo tem a incapacidade de adotar normas sociais em grandes aspectos, desde o desenvolvimento na sua infância, até a sua vida adulta. Sendo muito variadas as características da psicopatia e até (comuns).

De acordo com estudos acadêmicos do Laboratório de Pesquisa e Intervenção Cognitivo-Comportamental (Lappic), da Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Usp, descobrimos que esse transtorno atinge cerca de 1% a 2% da população mundial, ou seja, uma a cada cem pessoas. Considerando essa estatística, só no Brasil, seriam em torno de 2 a 4 milhões de pessoas. Na qual a estimativa é de que os psicopatas ocupem 20% das vagas nas prisões brasileiras.

“Existe um correlato neural genético característico das pessoas que tendem a desenvolver o transtorno de personalidade antissocial.” E acrescenta que a falha na relação entre áreas do cérebro, como, por exemplo, o córtex pré-frontal, o córtex ventromedial, a amígdala e o sistema límbico, pode causar um prejuízo no desenvolvimento de comportamentos pró-sociais”. (SCOTTON, 2021).

Segundo um artigo da Biblioteca Nacional de Medicina dos Estados Unidos, aproximadamente 80% das pessoas que desenvolvem esse transtorno, apresentam os sintomas depois dos 11 anos de idade, podendo ser mais perceptíveis depois dos 15 anos, continuando na vida adulta.

Há alguns casos que pessoas se tornaram psicopatas devido a acidentes cerebrais, como, por exemplo, um americano chamado Phineas Gage, que sofreu uma lesão no lobo frontal por uma barra de ferro, atravessando sua cabeça, enquanto trabalhava na mineração. Gage sobreviveu, porém o acidente deixou sequelas em seu cérebro, mudando sua personalidade, fazendo com que passasse de gentil e amoroso, para agressivo e irresponsável. Sendo assim, os cérebros dos psicopatas podem sofrer alterações em sua autonomia e funcionalidade.

1.3 – Comportamento Criminoso e seus Aspectos Etiológicos

As pesquisas da relação Biológica-Crime se fundamentam em quatro grupos específicos. Sendo elas; fatores genéticos, que abordam gêmeos e relações de adoção. Nos estudos com gêmeos, encontrara o dobro da correlação para o comportamento criminoso em relação a irmãos não gêmeos. Já nas relações com adoção, utilizaram pessoas que não conheceram os seus pais biológicos, na qual demonstrou que existe uma elevada concordância entre o comportamento criminoso dos filhos com os dos pais. Evidenciando uma existência importante de fatores genéticos associados à criminalidade, o papel do ambiente tem importante influência.

Fatores bioquímicos; Desta forma, o álcool é bastante associado ao comportamento violento da devida pessoa, e com isso, levou-se ao estudo da glicose, colesterol e alguns neurotransmissores. Virkkunem conseguiu isolar dois grupos de pessoas envolvidas com o alcoolismo, na qual um grupo era representado por pessoas que ficam agressivas quando bebem, e o outro, por pessoas que bebem, mas não ficam agressivas. Os primeiros que foram estudados mostraram um volume de colesterol mais baixo do que os segundos, e estes, ainda possuíam uma quantidade menor do que os indivíduos não delinquentes. Verificando-se que a maior violência aparece associada ao baixo nível de colesterol. No que diz respeito ao nível neuroendócrino, o hormônio mais relacionado à agressividade em homens, é a testosterona, serotonina e o ácido fenilacético. Entretanto, ainda não há uma relação certa de que estes fatores tenham uma participação direta no comportamento do criminoso.

Fatores neurológicos; Este estudo enfatiza que as presenças de disfunções neuropsicológicas relacionadas ao comportamento violento, são decorrentes pelo lobo frontal e nos lobos temporais. As alterações no lobo frontal teriam como consequência dificuldades de atenção, concentração e motivação, aumentando a impulsividade e a

desinibição, havendo dificuldades em reconhecer a culpa e a perda do autocontrole. Portanto, as pessoas que possuem danos no lobo frontal, são incapazes de ativar estes marcadores somáticos.

“Isto deprivaria o indivíduo de um dispositivo automático para sinalizar consequências deletérias relativas a respostas que poderiam trazer a recompensa imediata.” (DAMASIO, 1995).

Isto explica o porquê muitos pacientes e criminosos demonstram poucas respostas autonômicas a palavras condicionadas socialmente.

Os lobos temporais que regulam a vida emocional, instintos, sentimentos e comandam as respostas, resultam em inúmeras consequências comportamentais. Uma de suas principais disfunções é a dificuldade de experimentar determinadas emoções, como por exemplo, o medo. Por isso, a incapacidade de desenvolver sentimentos de medo das sanções.

Fatores Psicológicos; Essa pesquisa se baseia principalmente na avaliação da função cerebral (fisiopatologia). Com base nesses estudos, podemos dizer que tanto a ativação tônica (reação global do sujeito na ausência de estimulação específica) quanto à ativação fásica (reação à estimulação específica), é menor nos criminosos. Os mesmos também apresentam uma média menor no ritmo cardíaco, na condutância da pele e um maior tempo de resposta na atividade elétrica da mesma.

2 – PSICOLOGIA E SUA INTERFACE COM A CRIMINOLOGIA

A psicologia, como ciência do comportamento, deve-se a interação dos fatores físicos, psíquicos e sociais como a tríade que deriva num conjunto de aspectos que formam a estrutura interna (personalidade) de cada indivíduo. Vale ressaltar que embora o estudo desta ciência seja se comparado às demais e recente, ela vêm se mostrando como uma das áreas dos estudos psicológicos que mais cresce em todo o mundo. Em áreas criminais, por exemplo, sua importância se dá pelo fato de que fatores externos possam influenciar diretamente no caráter psíquico do indivíduo, levando-o a cometer crimes das mais diversas naturezas, não se restringe, porém, ao estudo da personalidade da mente criminosa ou as causas destes comportamentos, ou seja, não é o bastante realizar uma análise do crime em si, deve-se, também, exemplificar os diversos questionamentos provindos do judiciário quando dos julgamentos dos inúmeros crimes existentes.

A busca da compreensão (e possíveis ações interventivas e preventivas) em relação ao comportamento criminoso (antissocial), que compreende o homicídio, latrocínio, comportamento sexual violento, ações fraudulentas, crime organizado e os furtos, compreende uma gama inusitada de considerações etiológicas. Portanto, para se alcançar uma interdisciplinaridade, que abrange desde os aspectos biológicos (genéticos, neuroatômicos, neurofisiológicos e bioquímicos) aos aspectos psicossociais (estrutura socioeconômica familiar e sua conseqüente desagregação, educação, instrução, ausência de orientação quanto à saúde, socialização e processo de profissionalização do indivíduo autor de ato criminoso, considerando sua formação da infância a vida adulta).

“Pode-se dizer que o dano está presente quando são gerados efeitos traumáticos na organização psíquica e/ou no repertório comportamental da vítima. Cabe ao psicólogo, de posse de seu referencial teórico e instrumental técnico, avaliar a real presença desse dano. Entretanto, o psicólogo deve estar atento a possíveis manipulações dos sintomas, já que está em suas mãos a recomendação, ou não, de um ressarcimento financeiro”. (ROVINSKI, 2005).

Logo, visto a existência de inúmeras variáveis e a impossibilidade de se chegar a um padrão único e uniforme, são utilizadas diversas técnicas para a compreensão de determinado sujeito, com intuito de alcançar a verdade real de suas características psíquicas, embora, na área da abstrativização, se revele, ocasionalmente, inatingível.

Resta evidente o fato de não ser possível o conhecimento amplo e geral do indivíduo criminoso sem a análise de seu psicológico, uma vez que esta possui papel determinante em seu comportamento social, pois suas ações têm suas origens no psiquismo. Dessa forma, toda a amplitude da vida humana reflete em suas peculiaridades mentais.

A perícia ou recolhimento de depoimento pessoal, sejam eles levantados nos diversos ramos do direito, ou, ainda, em barcos criminais ou psicológicos, contribuirá certamente para a aplicação justa e completa do Direito e a imersão da justiça. Por fim, para a psicologia jurídica é inatingível a eficácia da justiça sem a análise dos campos psíquicos, de forma análoga, a criminologia entende ser pontualmente necessária à emissão destes pareceres por profissionais especializados, para que se dê a correta destinação da lei.

2.1 – Diretrizes da Psicologia

A psicologia aplicada ao estudo da conduta antissocial deve ser fundamentada em diretrizes periciais e de pesquisa, usufruindo desde o primeiro contato, da entrevista, até

os instrumentos de psicometria validados e reconhecidos cientificamente (procedimentos esses para a avaliação dos aspectos cognitivos, neuropsicológicos e da personalidade). Tornando-se a atuação do psicólogo direcionada exclusivamente pelo uso de uma metodologia científica baseada em uma conduta ética de respeito ao ser humano. Caso o estudo seja sobre o comportamento de um criminoso, deverá além do processo de diagnóstico, compor-se uma conduta de orientação diante do caso estudado.

O estudo não deve fundamentar-se apenas no estado atual, nesse contexto deve se investigar a loquacidade/charme superficial do indivíduo (que se apresenta volúvel, a fluência verbal que exagera em uma espécie de encanto superficial e não sincero capaz de contar histórias que o colocam em uma posição de evidência), a superestima (impressiona com sua arrogância e não se mostra constrangido ou sensibilizado com os problemas legais aos quais responde), a necessidade de estimulação/tendência ao tédio (indivíduo que demonstra uma necessidade crônica e excessiva por situações novas e estímulos excitantes), mentira patológica (a mentira ou a fraude é parte característica de sua interação com os demais, capaz de inventar histórias), vigarice ou manipulação (relacionado ao uso de logro e fraude para roubar, burlar ou manipular os demais, motivado pelo desejo de ganhos pessoais), ausência de remorso ou culpa (falta de preocupação ou consideração pelas consequências negativas, na qual está preocupado com os efeitos de suas ações sobre ele próprio, podendo ser franco sobre o assunto e declarar calmo e friamente não ter nenhum sentimento de culpa), insensibilidade afetivo-emocional (as demonstrações de emoções geralmente são dramáticas, superficiais, incapaz de experimentar emoções de profundidades maiores), estilo de vida parasitário (obtem dependência financeira de outros, mesmo que apto fisicamente, explorando a fraqueza das vítimas), descontroles comportamentais (se ofende facilmente e se torna furioso e agressivo por trivialidades, portando comportamentos impróprios), promiscuidade sexual (indivíduo cujo padrão das relações sexuais é impessoal fortuito ou vulgar), distúrbios de conduta na infância (graves problemas de comportamento quando criança), ausência de metas realistas em longo prazo (demonstra inabilidade ou indisponibilidade em formular e manter os planos e metas), impulsividade (comportamento impulsivo, inesperado ou impensado), irresponsabilidade (não cumpre com as obrigações habitualmente), fracasso em aceitar responsabilidade pelos próprios atos (incapaz ou não se dispõe a assumir responsabilidades pessoais pelos próprios atos), delinquência juvenil (tem um grave histórico de comportamento antissocial durante a adolescência) e por último, versatilidade criminal (adulto e cujo registro criminal envolve acusações de condenações por diferentes tipos de infrações).

“A segurança familiar nos estágios iniciais é do tipo dependente e forma uma base a partir da qual o indivíduo

pode trabalhar gradualmente, formando novas habilidades e interesses em outros campos". (AINSWORTH, 1940).

Portanto, compreender o indivíduo autor de um delito é abranger conceitos do direito, dever, lei e justiça, é entender a vítima, a família do criminoso, o processo judiciário criminal, etc. Acima de tudo, investigando, orientando, diagnosticando, e tratando. Enfatizando ainda que, a compreensão do indivíduo se deve ao que ele é.

2.2 – Relações entre Neurologia e Psiquiatria Forenses e suas Implicações no Campo Processual

A psiquiatria forense é denominada como a subespecialidade da psiquiatria clínica, que trás uso dos saberes psiquiátricos à serventia do órgão julgador, no entanto, para que o profissional esteja apto a exercer a função de perito psiquiátrico forense, terá que possuir graduação em medicina, visto que ela se organiza pelos meios das artes médicas.

Podemos constatar com a obra do psiquiatra forense, Guido Arturo Palomba (2016), que ainda existe carência desses profissionais no Brasil e que atualmente é tudo improvisação na perícia psiquiatra forense: juízes nomeiam neurologistas, psiquiatras infantis, psiquiatras clínicos, que não poderão realizar a perícia, pois não possuem conhecimento aprofundado.

"É impossível curar um psicopata. O melhor é mantê-lo afastado da sociedade. O erro mais comum é condenar um criminoso com esse diagnóstico a penas corporais, como a detenção. O mais sensato é a medida de segurança, que permite tratamento e estabilização do quadro diagnosticado". (PALOMBA, 2010).

Pela falta dos psiquiatras forense, os magistrados atêm-se aos laudos dos psiquiatras clínicos, para verificar a cessação da periculosidade social (inimputável) e periculosidade criminal do (imputável).

Portanto, a psiquiatria forense tem extremo valor para o direito Processual Penal, pois se encadeiará a parte médica com a parte judicial. Os pareceres do perito psiquiatra forense formarão a convicção do juiz, garantindo a mais justa aplicabilidade da lei, de acordo com o caso concreto.

No entanto, nos últimos anos, apenas os neuropsicólogos clínicos participaram de uma forma importante e decisiva nos tribunais. É cada vez mais frequente o testemunho como perito dos neuropsicólogos que informam o juiz sobre as sequelas comportamentais, emocionais e cognitivas que resultam das lesões do cérebro humano e, ao mesmo tempo,

da importância das variáveis psicossociais na modulação do funcionamento e a alteração do cérebro.

A relação entre a Neuropsicologia e a Lei tem estado estritamente relacionada com a confluência de uma série de fatores que contribuíram para a profissionalização do campo. Entre os mesmos podem destacar-se a explosão da investigação das relações entre o cérebro e a conduta através métodos quantitativos; as estratégias interpretativas para inferir a presença, localização e o tipo de neuropatologia; a decisão sobre assuntos legais, como a determinação da incapacidade; a descrição dos perfis cognitivo-comportamentais característicos de cada doença neurológica; a determinação do prognóstico; as implicações do funcionamento psicossocial e a decisão sobre as intervenções mais adequadas. Entre os objetivos e campos de aplicação mais importantes desta nova disciplina destacam-se: a identificação das sequelas que a lesão cerebral ligeira comporta, como a 'síndrome pós-comocional', a determinação do funcionamento intelectual prévio, a avaliação da deterioração cognitiva, etc.

Contudo, a verificação da periculosidade social diz respeito à análise comportamental do doente mental, que estará sujeito ao tratamento. Não tratada à periculosidade, faz-se necessário continuar o tratamento, pois é uma forma de salvaguardar a sociedade daqueles que ainda são perigosos no seio social. De outro modo, a cessação da periculosidade criminal é inserida para aqueles que já praticaram algum crime e tem a possibilidade de voltar a reincidir, os únicos beneficiados serão os próprios presos, com benefícios voltados para a ressocialização (progressão de regime, suspensão condicional da pena ou livramento condicional).

2.3 – Psicologia no Sistema Prisional Brasileiro

Para Émile Durkheim, 1895, a sociedade é um conjunto de regras e normas, padrões de conduta que não existem na consciência individual, regidas por leis sociais. Já Max Weber, diz que a sociedade não está acima do indivíduo, mas a vê como um conjunto de padrões, convenções e regras que formam as relações sociais instituídas entre os indivíduos. Por fim, Karl Marx, 1848, analisou de forma mais ardente a sociedade capitalista, conceituou a sociedade de forma geral de acordo com o contexto histórico-social, a classe que cada indivíduo pertence.

Tomando por base o conceito dos três clássicos sociólogos, podemos compreender que a sociedade é um conjunto de indivíduos regidos pelos costumes e valores sociais, de forma coercitiva pelo Estado, através de uma norma cogente.

Sendo assim, a ressocialização do indivíduo, seria uma nova habituação aos preceitos, costumes e valores da sociedade. O instituto da ressocialização se dá, de forma ampla, sobretudo na abordagem do presente estudo, quando o cidadão é retirado da sociedade por um lapso temporal significativo, o que ocorre quando é condenado e cumpre uma pena restritiva de liberdade em regime fechado, pela prática de um delito.

“Nos deparamos com pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade com diagnóstico de Alcoolismo, Pedofilia, transtorno Psicótico e Transtorno Antissocial de Personalidade dentre outros, assim como pessoas que cometeram crime e não apresentam transtornos de Personalidade algum, e não conseguimos individualizar a pena, o que interfere de forma a agravar seus sintomas” (FERNANDES, 2000).

Entretanto, a situação real das penitenciárias no Brasil não está de acordo com o citado acima, pois;

“[...] as penitenciárias no país vêm se tornando cruéis masmorras, onde se encontram pessoas em cumprimento de pena privativa de liberdade provisória misturada com condenados, empilhados num espaço físico mínimo, prevalecendo o mais absoluto caos” (MACHADO, 2009).

Para Azevedo, o trabalho do psicólogo na área dos Direitos Humanos tem como objetivo defender os mesmos, combatendo as várias formas de exclusões existentes na sociedade, contribuindo para a cidadania e fazendo com que a sociedade reflita sobre a violação desses direitos.

A precariedade do sistema prisional brasileiro é mais do que notória, o modelo deve ser repensado. Portanto, o trabalho do psicólogo dentro do sistema prisional é indispensável tendo em vista que sua atuação é totalmente voltada para a garantia dos direitos humanos, procurando fazer com que seja efetuado de fato para que se possa ter um resultado satisfatório.

3.- PSQUIATRIA FORENSE E O DIREITO PENAL

A psiquiatria forense se separou da medicina legal cerca de duzentos anos atrás, depois da obra de Paulo Zacchia (1584-1659). Neste período, à medida que a psiquiatria ia crescendo como ciência, a psiquiatria forense ia desenvolvendo sua própria doutrina, com uma conotação mais jurídica.

Assim como os transtornos, a loucura atravessa o tempo e o espaço. Como o inconsciente, ela é atemporal, conforme a obra A História da Loucura de Michel Foucault. Na Idade Média, mais especificamente na Grécia Antiga, em Roma, eles enxergavam a loucura, variando de acordo com o seu poder, a crença, interesse e o constrangimento que ela ousava causar. Todavia, a loucura sempre interessou para o âmbito do Direito na medida em que ela é a base determinante para a capacidade. Capacidade é a aptidão da pessoa para praticar os atos da vida civil: atos que fazem fatos, atos que fazem contratos, atos que fazem negócios, atos que expressam vontade.

“É ainda preciso conhecer a natureza dos processos psíquicos, da atividade do espírito, para compreender a origem do Direito. O Direito desenvolve-se inteiramente na ordem psíquica dos fatos” (VECCHIO, 1908).

Ao direito, interessa os limites da razoabilidade, definir critérios e criar parâmetros que possam a segurança das relações jurídicas dentro do justo e em concordância com os princípios éticos.

Essencialmente, não podemos imaginar o Direito Penal sem a Psiquiatria Forense, na qual um guia o outro, se relacionando com casos provenientes da Vara Criminal, sendo os Incidentes de Insanidade Mental e Incidentes de Farmacodependência na fase processual, solicitando na fase de execução penal, a progressão de regime durante o cumprimento de pena. Portanto, as questões devem verificar a capacidade de imputação, avaliar a eficácia do processo reeducativo, por intermédio do Exame Criminológico (reinserção social/ probabilidade de reincidência). Existindo também, os casos de Medida de Segurança, que a questão parte da Verificação da cessação da periculosidade, que também acontece na fase de Execução Penal.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a presente pesquisa, foi possível compreender a Psiquiatria Forense, a psicopatologia e como o Direito Penal lida com elas.

Este transtorno da personalidade, caracterizado pela ausência de culpa ou remorso por seus atos, tem sido cada vez mais frequentemente relacionado a crimes violentos.

Não se pode ignorar o fato de que sua origem ainda é objeto de inúmeras pesquisas e que a dificuldade em firmar qual é exatamente seu ponto de partida, acaba atrapalhando no momento de ter ações preventivas.

Sendo a Teoria Biológica que mais explica a origem da psicopatia, em razão de que as alterações no funcionamento da estrutura cerebral podem causar mudanças no comportamento dos indivíduos, tanto social quanto íntimo.

Com isso, a moral e a consciência são duas coisas muito subjetivas e complexas de serem compreendidas. A consciência de si e do mundo que o cerca é uma capacidade que o ser humano desenvolveu ao longo de sua evolução e é algo que o agente psicopata é municiado. Já a moral, é algo que depende do tempo-espaço do agente, pois o ambiente e as pessoas com quem se relaciona acabam influenciando a formação moral da pessoa.

Em vista de como o Estado Brasileiro se encontra, ele não está preparado para lidar com a psicopatia. Podemos afirmar que ainda não se estabeleceu um posicionamento quanto à forma de manusear, lidar, trabalhar e agir com os agentes nos quais possuem algum tipo de transtorno.

Ao contrário do que parece por diversas vezes, o Direito Penal deve ser utilizado como meio de proteção social, devendo ser aplicado de forma correta para servir sempre ao bem da sociedade.

O artigo 26 do Código Penal trás as características básicas que o indivíduo deve ter para ser considerado inimputável, que se relacionam com o funcionamento mental irregular e a incapacidade de compreender o caráter criminoso dos próprios atos e de autodeterminar-se quanto a isso.

A criminologia trás os três elementos de base da culpabilidade, a sua consciência do ato praticado, o controle de sua vontade em fazê-lo e o conhecimento da ilicitude.

Conforme o exposto, a psicopatia não é algo que esteja sob controle. Assim, a sentença de pena máxima não é compatível com a situação, não há cura para o transtorno, portanto, a chance do indivíduo retornar para a sociedade e cometer os mesmos crimes, é enorme. O que deve haver é uma medida de segurança perpétua, ou seja, casa de Custódia e Tratamento para a vida toda do criminoso.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

Vade Mecum Saraiva. **Código Penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica/coordenação Sérgio Paulo Rigonatti; organização Antonio de Pádua Serafim, Edgard Luis de Barros; colaboração Maria Adelaide de Freitas Caires. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2003.

Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica II/Antonio de Pádua Serafim, Daniel Martins de Barros, Sérgio Paulo Rigonatti, organizadores – 1. ed. São Paulo: Vetor, 2006.

Artigos na Internet:

<http://associacaopaulistamedicina.org.br/noticia/guido-palomba-fala-sobre-a-historia-da-loucura-para-alunos-da-faculdade-de-medicina-de-itajuba> Acesso em: 29/11/2021

<http://anais.unievangelica.edu.br/index.php/cifaeg/article/view/775> Acesso em: 28/11/2021

<https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/> Acesso em: 20/11/2021

<https://jus.com.br/artigos/67952/psicologia-forense-a-contribuicao-da-psicologia-ao-direito> Acesso em: 20/11/2021

<https://jus.com.br/artigos/69551/psicologia-juridica-e-sua-relacao-com-a-criminologia-psicopatologica> Acesso em: 27/11/2021

<https://jornal.usp.br/campus-ribeirao-preto/transtorno-da-personalidade-antissocial-pode-atingir-entre-1-a-2-da-populacao-mundial/> Acesso em: 15/11/2021

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/560816454/o-psicopata-criminoso-e-sua-mente> Acesso em: 15/11/2021

<https://www.portalconcordia.com.br/materias/detalhes/737-aprenda-como-funciona-a-mente-dos-psicopatas-e-como-identifica-los> Acesso em: 15/11/2021

<https://www.geledes.org.br/5-diferencas-entre-psicopatas-e-sociopatas/> Acesso em: 03/11/2021

<https://www.diferenca.com/psicopata-e-sociopata/> Acesso em: 03/11/2021

<https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/416926879/como-a-psiquiatria-forense-tem-contribuido-desde-os-primordios-da-sociedade#:~:text=Contudo%20a%20Psiquiatria%20Forense%20tamb%C3%A9m,Janeiro%20foram%20autorizadas%20a%20funcionar.> Acesso em: 23/09/2021

<https://www.conjur.com.br/2012-jul-26/psiquiatria-forense-ajuda-justica-decidir-ainda-subaproveitada#:~:text=A%20psiquiatria%20forense%20%C3%A9%2C%20de,car%C3%A1ter%20tanto%20pericial%20quanto%20terap%C3%A1utico>. Acesso em: 23/09/2021

<https://jus.com.br/artigos/67952/psicologia-forense-a-contribuicao-da-psicologia-ao-direito> Acesso em: 15/09/2021

<https://gmconline.com.br/noticias/geral/nao-e-possivel-curar-um-condutopata-afirma-psiquiatra-forense/> Acesso em: 19/03/2022

<https://www.diferenca.com/psicopata-e-sociopata/> Acesso em: 19/03/2022

ANÁLISE DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.950/ SP À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

ITHAIARA CARVALHO LIMA: Formada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós Graduada em Penal e Processo Penal pela Uniamérica. Técnica Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 16a Região.

RESUMO: A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.950/SP trata de importante manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) em matéria de Direito Econômico. A ADI em questão foi ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio em face da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo, que garantiu aos estudantes o direito ao pagamento da meia entrada em espetáculos esportivos, culturais e de lazer. Por meio do questionamento da constitucionalidade material e formal desta lei, os ministros da Suprema Corte brasileira discutiram importantes temáticas tratadas no presente artigo, como sobre a competência dos Estados-membros para legislar sobre Direito Econômico e os limites do princípio constitucional da livre iniciativa.

Palavras-chave: ADI, STF, Direito Econômico.

ABSTRACT: The Direct Unconstitutionality Action (ADI) nº 1.950/SP deals with an important manifestation of the Federal Supreme Court in matters of Economic Law. This ADI was sued by the National Commerce Confederation in view of the Law nº 7.844/1992, of the State of São Paulo, which guaranteed students the right to pay half-price tickets for sports, cultural and leisure shows. Through the questioning of the material and formal constitutionality of this Law, the Ministers of the Brazilian Supreme Court discussed important issues studied in this article, as the competence of the Member States to legislate on Economic Law and the limits of the constitutional principle of free initiative.

Key-words: ADI, STF, Economic Law.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, competindo à guarda da Constituição Federal de 1988, conforme definido no art. 102 da referida Carta Constitucional, tendo a atribuição de processar e julgar as ações constitucionais, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

O presente artigo tem como objetivo analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.950/SP à luz de importantes discussões do Direito Econômico. Essa ação foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio em face da Lei paulista n.º 7844/92 que versa sobre a meia-entrada assegurada aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino. O STF, por maioria, julgou improcedente a ação, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso.

Como forma de analisar a supracitada ADI, será, primeiramente, apresentado o caso. Em seguida, aborda-se a competência para legislar sobre o Direito Econômico. Logo depois, estuda-se o princípio da livre iniciativa, que é um princípio constitucional previsto no artigo 1º da Carta Magna. Por fim, analisa-se acerca da intervenção do Estado no domínio econômico e conclui-se com a discussão sobre a constitucionalidade material da Lei nº 7.844/92.

2. APRESENTAÇÃO DO CASO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.950/SP foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio em face do artigo 1º da Lei nº 7.844/92, do Estado de São Paulo, *in verbis*:

Art. 1º - Fica assegurado aos estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus, existentes no Estado de São Paulo, o pagamento de meia-entrada do valor efetivamente cobrado para o ingresso em casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais e circenses, em casas de exibição cinematográfica, praças esportivas e similares das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo, na conformidade da presente lei. (BRASIL, 1992).

De acordo com o relator, o Ministro Eros Grau, a requerente alegou que o preceito impugnado colide com os artigos 170 e 174 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, porque institui indevida intervenção do Estado-membro no domínio econômico, existindo, portanto, inconstitucionalidade material. Ademais, sustentou que há inconstitucionalidade formal, já que a intervenção na economia somente seria cabível, em termos excepcionais, à União.

A Assembleia Legislativa rebateu a supracitada alegação de inconstitucionalidade formal, destacando que, conforme o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal de 1988, os Estados-membros têm competência concorrente para legislar sobre direito econômico, sendo, no caso em exame, competência legislativa plena, visto que a lei na qual se insere o dispositivo impugnado regulamenta campo não explorado por lei federal. Destacou que

a estipulação de meia-entrada não significa fixação de preços. Por fim, afirmou que o objetivo da lei atacada é facultar e fomentar o acesso à cultura aos estudantes.

O Governador do Estado de São Paulo defendeu a existência de conformidade entre o preceito supracitado e os artigos 23 e 24, incisos I, IX e XV, da Constituição Federal. Alegou, ainda, que a lei paulista não contraria a liberdade de empresa dos promotores de eventos, tendo em vista que encontra sua base na diretriz que emerge dos artigos 205, 208, inciso V, 215 e 217, § 3º, da CRFB/1988.

O Advogado-Geral da União pugnou pela improcedência do pleito, aduzindo que o preceito atacado é formal e materialmente compatível com os preceitos constitucionais.

Por fim, o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade, destacando que os Estados-membros detêm competência legislativa para editar normas que assegurem aos estudantes o direito ao pagamento de meia-entrada em espetáculos culturais, esportivos e de lazer. Acrescentou, ainda, que, ante os termos do artigo 1º, da Medida Provisória n. 2.208/019, normas sobre descontos concedidos a estudantes são, em princípio, de caráter específico.

3. DA COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O DIREITO ECONÔMICO

A inconstitucionalidade formal ocorre quando o procedimento de criação da norma é feito sem seguir as regras determinadas pela Constituição, seja no que tange ao sujeito que podia criar o projeto de lei ou se o processo violou ou não cumpriu algo determinado pela Constituição Federal. Assim, conceitua Andrade Filho:

A inconstitucionalidade formal acontece no processo de formação ou produção da norma, quando é desrespeitado algum ditame do processo de elaboração legislativa prescrito na Constituição, seja no que se diz respeito à competência da autoridade ou do órgão que edita a norma. (ANDRADE FILHO, 1997, p.157).

Nesse sentido, a jurisprudência em matéria de inconstitucionalidade formal:

Ementa: AÇÃO DIRETA. LEI DISTRITAL Nº 919/1995, QUE DISPÕE SOBRE OPERAÇÃO DE CRÉDITO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VIOLAÇÃO AO ART. 22, VII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A Lei distrital nº 919/1995 tratou de operação de crédito de instituição financeira pública, matéria de competência privativa da União, nos termos dos arts.

21 , VIII , e 22 , VII , da Constituição . 2. A relevância das atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, sejam públicas ou privadas, demanda a existência de um coordenação centralizada das políticas de crédito e de regulação das operações de financiamento, impedindo os Estados de legislarem livremente acerca das modalidades de crédito praticadas pelos seus bancos públicos. 3. Ação direta procedente. (ADI 1357, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015) - DF-0002589-09.1995.0.01.0000)

Logo, o vício da inconstitucionalidade formal não reside no conteúdo, mas na forma da norma infraconstitucional, devido a um defeito objetivo, de procedimento, pressuposto ou competência inobservado quando da criação da lei ou ato normativo.

No que discerne à competência concorrente para legislar, esta será manifestada por meio da atribuição de faculdades legislativas a respeito de uma mesma matéria a mais de um ente político. A Constituição Federal de 1988 colocou o Direito Econômico na competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal, da seguinte forma:

Art. 24: Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (...). (BRASIL, 1998).

Logo, o artigo 24 da Constituição dispõe sobre as matérias em que a União, Estados e Distrito Federal possuem competência concorrente, ou seja, aquelas em que os Estados e Distrito Federal podem disciplinar plenamente se não houver lei geral federal e, na ocorrência desta, nos limites em que o ato federal se colocar:

Art. 24. (...) § 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades. § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende e eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. (BRASIL, 1998).

Dessa forma, a competência da União se limita a estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados editar normas específicas. Em caso de inércia da União, inexistindo lei federal, os Estados e o Distrito Federal poderão atuar de forma suplementar e legislar, também sobre as normas gerais, exercendo a competência legislativa plena. Entretanto, se a União

legislar sobre norma geral, a norma geral que o Estado, ou Distrito Federal, havia elaborado terá sua eficácia suspensa, no ponto em que for contrária à nova lei federal.

Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva:

A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui (na verdade até pressupõe) a competência suplementar dos Estados (e também do Distrito Federal), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais (SILVA, 2007, p. 504).

Nessa perspectiva, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, ao jugarem a ADIN 1.950/03, analisaram a inconstitucionalidade da formal da Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo. O Ministro relator, Eros Grau, afastou a inconstitucionalidade formal do dispositivo impugnado, justificando que não apenas a União pode intervir na economia, mas também os Estados-membros e o Distrito Federal, que detêm competência concorrente para legislar sobre direito econômico, conforme artigo 24, I, da Constituição Federal.

O Ministro Eros Grau ainda asseverou, com base no parágrafo terceiro do supracitado artigo, que inexistindo lei federal regulando a matéria, o Estado exercerá a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades. Logo, a lei de meia entrada foi classificada, pelo ministro, como uma intervenção na economia compatível com a competência do Estado-membro.

Utilizando-se dos mesmos fundamentos do Ministro relator, os Ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim também admitiram a competência do Estado para legislar sobre direito econômico. Para o Ministro Carlos Brito a matéria também trata acerca da competência do Estado para legislar sobre cultura, tendo em vista tendo em vista a concorrência trazida pela Constituição Federal. Afirma, ainda, que a Constituição não determina exclusividade da lei federal para dispor sobre incentivos culturais, conforme dispõe § 3º do art. 216.

Em contrapartida, o Ministro César Peluso admitiu a inconstitucionalidade formar da Lei n. 7.844/92, afirmando que essa norma interfere nos contratos, bem como tabela as relações contratuais. Para o Ministro, não se pode admitir a fixação de preços como uma competência concorrente da União e dos Estados- Membros, pois não se trata de forma de intervencionismo pertencente ao direito econômico, mas sim ao direito civil, cuja competência é privativa da União, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal.

Ademais, a meia entrada não pode ser objeto de lei estadual por não se incluir no art. 24, IX, CF, que dispõe que é competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto.

O Ministro Marco Aurélio também admitiu a inconstitucionalidade formal da Lei n. 7.844/92, do Estado de São Paulo, sustentando ser inconsistente essa forma de intervenção do Estado na economia.

4. DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O princípio da livre de iniciativa teve seu surgimento em um decreto realizado pelo estadista francês Anne Robert Jacques Turgot, em 1776. O artigo sétimo deste decreto determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprovesse, desde que estivesse disposta a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.

Esse princípio é classificado no Brasil como constitucional e faz parte de um conjunto de normas fundamentais, razão pela qual considera-se situado em posição de superioridade, dado que as normas subordinadas não podem contrariar as normas de hierarquia superior.

É considerado como fundamento da ordem econômica, reservando a iniciativa privada o papel principal na produção ou circulação de bens ou serviços e instituindo a base sobre a qual se delinea a ordem econômica. Assim, cabe ao Estado apenas uma função supletiva, devendo explorar a atividade econômica apenas quando a sua atuação for necessária a segurança nacional ou existir relevante interesse econômico.

Conforme previsão do art. 170, da Constituição Federal de 1988, é livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Nos termos do art. 174, o Estado tem o papel primordial como agente normativo e regulador da atividade econômica exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Verifica-se que a Constituição não coíbe o intervencionismo estatal na produção ou circulação de bens ou serviços, mas assegura e estimula o acesso à livre concorrência por meio de ações fundadas na legislação. Assim, a livre iniciativa não pode ser vista como absoluta, uma vez que há limitações impostas pela própria ordem econômica constitucional.

Por tudo exposto, observa-se que o estado, em regra, não atua diretamente na atividade econômica. Contudo, excepcionalmente, verifica-se a sua presença, sempre em

benefício da coletividade e obedecendo aos postulados da valorização do trabalho e da livre iniciativa.

6. DA CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA LEI Nº 7.844/92

De acordo com o voto do Ministro Eros Grau na ADI nº 1.950/SP, os preceitos que norteiam a ordem econômica no Estado Brasileiro não devem ser interpretados isoladamente. Nesse passo, embora seja garantido o princípio da livre iniciativa, segundo o qual é assegurado aos cidadãos o poder de organizar-se livremente para obter proveitos econômicos, deve-se compreender que a livre iniciativa não é um direito absoluto. Esse princípio deve ser interpretado em consonância com os demais princípios constitucionais, encontrando limites, por exemplo, na busca da justiça social.

Nos termos do doutrinador José Afonso da Silva,

(...) a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que 'liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo'. **É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social.** Será **ilegítima**, quando exercida com o **objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.** (DA SILVA, 2007, p. 794) (g.n).

No caso em questão, a lei estadual garante o direito de pagamento da meia entrada a estudantes em eventos esportivos, culturais e de lazer. Segundo voto do Ministro Eros Grau, permitir o acesso a essas modalidades de eventos é uma forma de garantir aos estudantes o direito à educação, permitindo com que sejam efetivados direitos assegurados nos artigos 205 (educação), 215 (cultura) e 217 (desporto) da Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, embora seja adotado no país um sistema capitalista, onde há primordial importância da livre iniciativa, deve-se observar que a importância da intervenção do Estado na economia. Conforme estabelecido pelo voto dos ministros na referida ação, a Constituição Federal de 1.988 estabelece diretrizes, programas e fins que devem ser realizados pelo Estado e pela sociedade.

Da mesma forma que a Constituição, de um lado, assegura a livre iniciativa, do outro estabelece também que o Estado adote providências que permitam a garantia do efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (artigos 23, V, 205, 208 e 217, § 3º, da Constituição). Sendo assim, por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, o ministro Eros Grau utilizou o art. 3º como fundamento para defender que, na interpretação do art. 170 da carta constitucional, deve prevalecer uma vertente mais socializante e menos individualista.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Brito sustentou que, embora os bens e valores culturais devam ser colocados a disposição da exploração econômica, bem como da iniciativa privada, cabe ao Estado concedê-los proteção.

Ademais, o supracitado Ministro destacou ainda que, no caso em questão, os estudantes, no geral, são representados por crianças e adolescentes, sendo, conforme estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, dever da família, da sociedade e do Estado assegurar aos adolescentes e às crianças o direito ao lazer e a cultura. Dessa forma, a lei da meia entrada representaria um incentivo não apenas à divulgação da cultura, que é um dever do Estado, como também garantiria aos estudantes o acesso aos bens culturais.

Por fim, o relator concluiu que havendo colisão entre princípios, deve-se aplicar a técnica da ponderação, prevalecendo o interesse da coletividade. Na ADI, ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise da ADIN 1.950/03, é possível asseverar que, no controle de constitucionalidade envolvendo o conflito de competência legislativa, há diferentes interpretações quanto ao conteúdo da norma posta em apreciação pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Observa-se que as razões dos votos dos Ministros em relação à temática de intervenção do Estado na economia são distintas.

Conforme exposto, no entendimento majoritário da Suprema Corte, verificou-se que, sobre o argumento formal da inconstitucionalidade da Lei 7.484/92, há a confirmação de que o Estado e o Distrito Federal possuem competência legislativa concorrente, conforme dispõe artigo 24 da Constituição Federal. Assim, a competência para legislar sobre a meia entrada dos estudantes é também de competência estadual, pois, como não existe norma federal que regulamente a meia entrada, tem-se que aos Estados é dado a plena competência plena para legislar sobre o tema.

Do ponto de vista da inconstitucionalidade material, a lei está em consonância com os ditames dos princípios dispostos na Constituição Federal, na medida em que a lei de

meia entrada garante o acesso aos bens culturais, que é um dever do Estado, sendo uma intervenção legítima deste no domínio econômico.

Conclui-se, portanto, que a intervenção do Estado na economia, prevista no art. 174 da Constituição Federal, é uma forma de intervenção indireta, onde o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, possuindo papel fundamental na fiscalização, incentivo e planejamento desta atividade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10^a ed. Niterói/RJ: Impetus, 2006.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Controle de Constitucionalidade de Leis e Atos Normativos**. São Paulo: Dialética, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29^a ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1950/SP**. Relator: Eros Grau. Data de julgamento: 03/11/ 2.005. Tribunal Pleno. Data de Publicação: 02/06/ 2.006.

O PSICOPATA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

NAIARA APARECIDA BORTOLOZO SABION:

Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade descrever a psicopatia, e mostrar como nosso sistema prisional brasileiro trata do assunto. A psicopatia pode ser desenvolvida por traumas da infância ou até mesmo nascer com a semente do mal plantada no ser humano que se desenvolve durante o passar dos anos, mas os primeiros indícios aparecem na infância ou no começo da adolescência e persistem durante a vida toda. Ao longo dos capítulos veremos como diversos psiquiatras tratam do tema, quem foi o primeiro estudioso a falar sobre o assunto em questão. Será abordado ainda como o psicopata está a nossa volta vivendo de uma forma natural, até mesmo como grandes empresários, religiosos, entre outras profissões. Listaremos de uma forma bem simples como identificar esses sujeitos que não possuem empatia. O objetivo deste trabalho é fazer o leitor entender que os psicopatas existem desde o início dos tempos, só não era muito falado entre a sociedade. Também será analisado a mente do indivíduo psicopata qual o tratamento cabível para esses indivíduos e se devem retornar para a sociedade depois de cometido o crime ou qualquer ato do qual tenha acontecido. Nota-se que muitas das vezes essas pessoas são inseridas em celas penitenciárias comuns, não sendo submetidos a nenhum tratamento ambulatorial para eles sendo de extrema importância, muitas das vezes os psicopatas acaba manipulando os demais presos a cometerem crimes ou rebeliões, e quando inseridos em hospitais de custódia, se beneficia de um falso arrependimento ou de uma falsa melhora para enganar os profissionais da saúde e os operadores do direito, sendo que a psicopatia não tem cura, pois trata-se de um transtorno que afeta a estrutura cerebral, ademais, umas das principais características desses seres humanos é ser totalmente insensível a ponto de não sentir nenhum tipo de arrependimento ou compaixão. Sendo assim, qual a melhor forma de punir os psicopatas? Eles são imputáveis, inimputáveis ou semi-imputáveis?

Palavras-chaves: Psicopata. Sistema Penal Brasileiro. Perícia Médica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to describe psychopathy, and to show how our Brazilian prison system deals with the subject. Psychopathy can be developed by childhood trauma or even born with the seed of evil planted in the human being that develops over the years, but the first signs appear in childhood or early adolescence and persist throughout life. Throughout the chapters we will see how several psychiatrists deal with the subject, who was the first scholar to talk about the subject in question. It will also be addressed how the psychopath is around us living in a natural way, even as great businessmen, religious, among other professions. We will list in a very simple way how to identify those subjects who do not have empathy. The objective of this work is to make the reader understand that psychopaths have existed since the beginning of time, it was just not much talked about among society. The psychopathic individual's mind will also be analyzed what treatment is appropriate for these individuals and whether they should return to society after committing the crime or any act that has happened. It is noted that many times these people are placed in common penitentiary cells, not being subjected to any outpatient treatment for them, which is extremely important, often psychopaths end up manipulating other prisoners to commit crimes or rebellions, and when placed in custody hospitals, benefits from a false repentance or a false improvement to deceive health professionals and legal practitioners, and psychopathy has no cure, as it is a disorder that affects the brain structure, moreover, one of the main characteristics of these human beings is to be totally insensitive to the point of not feeling any kind of regret or compassion. So what's the best way to punish psychopaths? Are they imputable, unimputable or semi-imputable?

Keyword: Psycho. Brazilian Penal System. Medical expertise

INTRODUÇÃO:

O estudo do psicopata no ordenamento jurídico penal brasileiro, realça as características que permeiam os psicopatas, tratando da sua imputabilidade e a forma como o sistema penal pune esses indivíduos.

O problema legislativo, pois não pune esses agentes da forma correta para que se torne uma situação menos preocupante. No Brasil o magistrado acaba julgando e mandando alguns para a casa de custódia, ou para as penitenciárias comuns, do qual se torna ainda pior.

pelos últimos acontecimentos que tiveram no Brasil, como o caso do criminoso Lazáro Barbosa que fugiu da polícia durante dias cometendo alguns assassinatos, roubos, estupros, até que a polícia o encontrou, porém em troca de tiros com os policiais, ele acabou morto. Também tivemos o caso do Adélio Bispo, responsável por dar a facada no presidente Jair Bolsonaro em 2018, do qual se encontra preso no presídio federal em Campo Grande.

1.0 CONCEITO DE PSICOPATIA E SUAS CARACTERÍSTICAS

A psicopatia foi um tema descrito pela primeira vez, em 1940, pelo psiquiatra americano Hervey M. Cleckley, que surgiu com um estudo fundamental, *The Mask of Sanity* (A Máscara da Sanidade), ele delimitou 16 características da psicopatia, destacando que elas não precisam estar todas presentes na pessoa, para ter um diagnóstico preciso.

Desde então é um assunto de muito estudo e debate entre os especialistas de psiquiatria forense, do qual se carecia de uma especialidade consistente para o diagnóstico, pois na convivência social é muito difícil de reconhecer um psicopata, sendo visto pelas pessoas como um indivíduo “normal”, Ana Beatriz Barbosa Silva, em seu livro “*Mentes Perigosas*” relata que eles estão infiltrados em todos os meios sociais e profissionais.

A psicopatia parece estar relacionada a algumas importantes disfunções cerebrais, sendo que só um único fator, não é totalmente perceptível para causar o distúrbio, pois ao que indica pode haver uma junção de elementos.

A psiquiatra carioca Katia Mecler em entrevista para a revista VEJA, em 2015, explica que a psicopatia esta relacionada a combinação de dois fatores entre o temperamento e o caráter. O temperamento é herdado geneticamente e regulado biologicamente. O caráter está ligado à relação que existe entre o temperamento e com tudo o que vivemos e aprendemos no ambiente do mundo exterior. Ela ressalta que é possível notar um temperamento de uma criança, mas somente futuro combinado ao caráter que será formado um psicopata. (MECLER, 2015)

Há outros elementos importantes que são destacados nos estudos como: as disfunções cerebrais/biológicas ou traumas neurológicos e predisposição genética. Todo indivíduo antissocial possui, no mínimo, alguns elementos desses citados. O médico psiquiatra Guido Palomba, em uma entrevista ao Pânico Jovem Pan diz:

“que os psicopatas nascem com essa prepoção, ou seja, eles nascem assim e vão morrer assim.”(PALOMBA, 2020)

A psiquiatria forense, responsável por tratar essa patologia, definiu a psicopatia como um transtorno de personalidade, e não como uma doença mental. Esse transtorno pode intervir em diversas maneiras na vida da pessoa, levando até a cometer delitos.

Quando se pensa ou fala em psicopatas, imaginamos uma pessoa com a cara de mau, aparência descuidada, agressivos, comportamentos impulsivos, cara de assassino, entre outras características. Pois bem, esse conceito é um grande engano da sociedade do qual imaginamos em nossas cabeças.

Ao contrário do que nós pensamos eles não demonstram nenhuma aparência violenta, são pessoas que vivem no nosso meio, no nosso dia a dia, se cuidam, e são capazes até de se relacionar com as pessoas. Porém, as atitudes violentas das quais eles têm, não lhes causam nenhum espanto, pois os psicopatas sabem exatamente o que estão fazendo, tem total noção das consequências e não sofrem nem um pouco com isso.

A psicopatia é marcada pela insensibilidade aos sentimentos alheios, pois o psicopata padece de total ausência de afeto as outras pessoas. O psicopata que comete delitos, apresenta um grau altíssimo de insensibilidade, pois ele tem total consciência de seus atos, mas não tem sentimentos por tais consequências. Vale destacar que o transtorno de personalidade pode iniciar-se na adolescência ou na idade adulta.

No contexto da psiquiatria forense, o psicopata nasce com essa pretensão, eles não vão surgir no seio da sociedade por meio de vivências sofridas, eles nascem e morrem assim, pois não existe tratamentos para eles.

1.1. Conceito de imputável e semi-imputável:

A imputabilidade significa atribuir as responsabilidades de um ato a alguém. No direito penal, é a possibilidade de atribuir atos criminosos a alguém, sendo assim, uma pessoa imputável é aquela que está apta para responder por seu ato criminoso e ser condenada por alguma pena de acordo com o ato cometido.

Rogério Grego em seu livro “código penal comentado”, 4ª edição, relata:

“Para que o agente possa ser responsabilizado pelo fato típico e ilícito por ele cometido é preciso que seja imputável. A

imputabilidade é a regra; a inimputabilidade, a exceção.” (GREGO, 2010, p. 73)

No Brasil o imputável é todo maior de 18 anos que goza das suas faculdades mentais, que tem o discernimento do ato ilícito que cometeu ou está cometendo, com isso ele poderá receber uma denúncia ou uma queixa crime pela prática de um delito.

O legislador penal atribui os agentes semi – imputável como aqueles agentes que tem a perda parcial da compreensão da conduta ilícita, do discernimento dos atos ilícitos praticados e a capacidade de autodeterminação.

“Existem determinadas condições psíquicas que afetam a capacidade intelectual para compreender a ilicitude, como, por exemplo, nos quadros de doenças mentais, ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.” (BITENCOURT, 2013, p. 479)

O nosso código penal adota o critério biopsicológico, do qual deve atender a correta comprovação das condições biológicas e psicológicas na hora do ato praticado.

“Para que haja inimputabilidade, é preciso causa e consequência, ou seja, além de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (causa), é preciso que o sujeito não tenha ao tempo da ação ou omissão condições de compreender o caráter ilícito do que fez e portar-se de acordo com tal entendimento (consequência).” (JUNQUEIRA, 2012, p. 113).

O Juiz irá analisar todas as provas, de acordo com o seu entendimento, caso o magistrado identifique o agente como semi – imputável, deve- lhe aplicar a sanção cabível, ou seja, ele será condenado, a partir disso existem duas opções em nossa lei: redução da pena artigo 26, parágrafo único, ou a substituição da pena por medida de segurança.

“Se o agente não tiver uma dessas capacidades, isto é, se uma delas lhe faltar inteiramente, no momento da ação ou seja, no momento da prática do fato, ele é absolutamente incapaz, nos termos do caput do artigo 26,CP) (BITENCOURT, 2013, p. 479)

“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.”

Somente irá substituir por medida de segurança, se compreender que o indivíduo tem necessidade de um tratamento ou terapia, artigo 98, Código Penal.

1.2 Conceito de inimputável

No direito os inimputáveis são caracterizados, como aqueles que praticam os crimes e são incapazes de discernir seus atos de forma absoluta ou relativa, no momento da ação ou omissão na infração penal. Diante dessa consequência a lei irá analisar se ele vai ser punido legalmente ou não.

A inimputabilidade é um dos elementos da culpabilidade, ela é capaz de isentar a culpa, pois entendem-se que se não haver culpa, não haverá crime.

Esses indivíduos que cometem crime, e no momento do acontecimento não era inteiramente capaz de entender o que estavam fazendo, vão ser isentos de pena, pois a legislação não pune aqueles que não sentem culpa pelos seus atos, e aqueles que não tem discernimento necessário.

“Além dessa capacidade plena de entendimento deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputáveis é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência sobre o significado e sua conduta, mas também de comando da própria vontade.” (CAPEZ, 2014, p. 327)

A inimputabilidade se divide em duas, sendo elas: relativa ou absoluta.

A absoluta é aquela, que não importa as circunstâncias, o indivíduo que for considerado “imputável”, não poderá ser penalmente responsabilizado pelos seus atos, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Já a inimputabilidade relativa é aquela, que o indivíduo é pertencente a categorias definidas em lei, onde encontra-se estabelecida se poderá ser penalmente responsabilizado ou não por seu atos. Depende da avaliação do acusado, as circunstâncias agravantes ou atenuantes.

No nosso ordenamento atual, os inimputáveis são:

- Menores de 18 anos, classificados na inimputabilidade absoluta, artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Pelo ECA o menor não comete crime, e sim atos infracionais, dos quais não possuem caráter penal e sim administrativo. Sendo assim, ele será considerado um menor infrator.

- Os que cometerem crime em estado de embriaguez completa, desde que seja caso fortuito ou força maior.

- Os maiores de 70 anos

- Doentes mentais, que possuem desenvolvimento mental incompleto, ou retardo, e que no momento do crime se encontrava em estado incapaz de compreensão.

A doença mental é classificada pela OMS (Organização Mundial da Saúde) como *"um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças."*

O indivíduo não age e não pensa como a maioria das pessoas na sociedade, por isso eles sentem dificuldades em se relacionar e se expressar com os outros. Atualmente existe duas classificações para as doenças mentais: a neurose e a psicose.

A neurose causa as dificuldades de se adaptar ao meio em que se vive, e as situações por elas impostas.

Já a psicose são os "fenômenos psíquicos", é considerada mais grave que a neurose, pois o indivíduo possui um comportamento aparentemente normal, mas ele tem alucinações, delírios, paranoia, entre outros sentimentos angustiantes

1.3 Conceito de culpabilidade

A culpabilidade é a estrutura do crime, dentro de uma teoria tripartida: crime é ação típica, antijurídica e culpável.

"É na estrutura da culpabilidade que se deixará de trabalhar com um sujeito em "abstrato", para valorar (julgar) a ação do indivíduo

em concreto, respeitando as peculiaridades pessoais e as circunstâncias em que agiu” (JUNQUEIRA, 2012, p. 111)

A culpabilidade não é uma característica do crime, é somente um pressuposto para a incidência da pena. Atualmente a culpabilidade é uma reprovabilidade sobre a conduta do sujeito, ou seja, não é o crime que é culpado, e sim o autor de um fato ilícito.

São três elementos que integram a estrutura da culpabilidade: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Faltando qualquer um desses elementos, não haverá reprovabilidade, e o sujeito não pode ser considerado culpável, ou seja, não será condenado ao cumprimento da pena.

2. AS ESPÉCIES DE PENAS E A MEDIDA DE SEGURANÇA.

O nosso Código Penal em seu artigo 32, elenca os tipos de penas permitidas em nossa legislação: as penas privativas de liberdade, as restritivas de direito e a de multa. Já as medidas de segurança vem elencadas no artigo 96, do mesmo código.

As penas e a medida de segurança constituem em duas espécies de sanções penais, que se diferem entre si, pois a pena tem como fundamento da aplicação a culpabilidade, sendo as elas aplicáveis com tempo determinado aos imputáveis e semi-imputáveis, tendo como um caráter preventivo, do qual são aplicáveis apenas aos que são considerados plenamente culpável, trazendo a tríplice função de retributiva, preventiva e educativa.

A medida de segurança, por seu lado, tem como natureza preventiva e terapêutica, fundamentando-se na periculosidade, ou seja, ela só irá cessar quando a periculosidade do agente for findada, sendo aplicadas aos inimputáveis e excepcionalmente aos semi-imputáveis, quando esses necessitarem de tratamento curativo, para devolvê-lo ao convívio social, sem que apresente algum risco a sociedade.

Por muito tempo se discutiu qual seria o tempo de duração das medidas de segurança, a doutrina defende que o tempo é indeterminado, até que se prove a periculosidade cessada. No entanto, em 2011 houve um julgado da sexta turma do STJ, que adotou o entendimento de restrição do tempo das medidas.

"[...] Levando em conta o preceito segundo o qual 'não haverá penas de caráter perpétuo' (art. 5º, XLII, b, da CF) e os princípios

da isonomia e da proporcionalidade, a Sexta Turma adotou o entendimento de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. [...] (HC 174342 RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 14/11/2011)

Desde modo entende-se que finalizado o prazo da medida de segurança, o sujeito não poderá ser internado outra vez, ele será posto em liberdade mesmo não tendo seu laudo comprovado do qual ele não seja mais um perigo para a sociedade.

Em nossa legislação penal, a medida de segurança se divide em duas espécies: a detentiva que consiste na internação em hospital de custódia, e tratamento psiquiátrico. E restritiva, consiste na submissão do tratamento ambulatorial.

De acordo com a letra da lei, a detentiva é obrigatória nos crimes apenados com reclusão, porém se o crime for apenado com detenção, cabe ao Juiz escolher entre a medida de internação ou tratamento ambulatorial.

2.1 Perícia médica psiquiátrica e a psicanálise

Como elencado em capítulos anteriores, o psicopata é um ser humano sem empatia com o próximo, o que lhe torna tão peculiar é a forma que ele tem de demonstrar uma empatia pela outra pessoa, tal sentimento que não possui, uma preocupação do qual não existe.

A primeira vista, o psicopata causa uma boa impressão as pessoas, ele age com bom senso, demonstra empatia, raciocínio lógico, mas na realidade ele esta demonstrando esses sentimentos porque necessita de você, para te induzir a fazer coisas para o benefício dele. Um exemplo disso é a série global brasileira "dupla identidade", Edu interpretado por Bruno Gagliasso, é um bom rapaz aos olhos da sociedade em que vive, mas na verdade ele é um assassino em série que mata por puro prazer.

Os psicopatas não dependem de outras pessoas, eles agem sozinhos, com frieza, para estabelecer suas condições e desejos. Eles são incapazes de sentir sentimento de culpa, remorso, arrependimento, luto. O arrependimento só bate quando ele é julgado e preso, mas esse sentimento não é de culpa pelo o que ele fez e sim por ele estar preso e não poder fazer de novo.

O diagnóstico é feito por um psiquiatra forense, aquele médico que aplica a psiquiatria as causas jurídicas, tal análise não é estabelecida somente pela conduta do qual praticou, é analisada todo o seu histórico de vida (infância, adolescência e a fase adulta). São pessoas com altíssimo grau de periculosidade irrecuperável, ou seja, não tem cura.

Porém, a perícia médica nos psicopatas deve ser realizada ao final do prazo mínimo fixado na sentença e deverá ser repetida de ano em ano.

Muito se fala no estudo da psicanálise, do qual tem uma estrutura diferente da psiquiatria forense. Pois ela visa uma estrutura diferente para classificar esse comportamento humano, ela vê uma imputabilidade penal de maneira distinta.

“A psicanálise, no entanto, vai analisar a passagem ao ato inserida entre a psicose e a perversão, mas não vai reduzir o sujeito a sua categoria. Pois, tais categorias são uma inscrição simbólica, uma inserção do humano e por isso não pode ser limitadora ou representar um fim em si. Até mesmo a neurose existirá nas ações criminais. (TENDLARZ, GARCIA, 2013)”

Rubens Correia Júnior em seu livro “homicidas em série” retrata muito bem a psicanálise:

“Entre perversos ou psicóticos o importante na análise de tais criminosos é entender qual a demanda impulsionou a passagem no ato e, além disso, descobrir qual o papel da vítima dentro da simbologia do crime, afinal a que outro o homicida se dirigia dentro de seu ritual. (CORREIA, 2019, p. 215)”

A psicanálise é um ramo clínico teórico que se desempenha em explicar o funcionamento da mente humana, auxiliando a tratar distúrbios mentais e neuroses. A teoria da psicanálise foi criada pelo neurologista austríaco Sigmundo Freud (

O objetivo da psicanálise é criar um vínculo entre terapeuta e paciente com a intenção de compreender os processos reprimidos pelo subconsciente, quais estariam “armazenados”. O psicanalista seria capaz de encontrar os motivos da neurose o a explicação de certos comportamentos inadequados de seu paciente.

3.APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL AOS PSICOPATAS

Conforme já citado acima, o ordenamento jurídico penal brasileiro determina dois tipos de pena para os casos de psicopatia, a medida de segurança e as penas privativas de liberdade. Já elencamos também que por decisão jurisprudencial não existe mais a duração do tempo indeterminado para a medida de segurança, ou seja, o prazo maior que o indivíduo pode ficar sob tratamento é no máximo 30 anos.

Quando o agente com essa periculosidade comete um crime, ele será submetido a análise por um psiquiatra forense do qual irá dar o laudo e será anexado em seu julgamento. Na maioria das vezes, o psicopata pode seguir dois caminhos na justiça brasileira, o juiz pode declarar ele imputável, ou seja, aquele que tem plena consciência de seus atos e é punível como qualquer outro indivíduo, ou semi – imputável, aquele que não consegue controlar seu ato, mesmo tendo consciência deles.

No caso da semi imputabilidade o juiz pode reduzir a pena de um a dois terços ou enviá-lo a um tratamento ambulatorial no hospital de custódia.

A acadêmica de direito Thainara Chaiane, em 2019, entrevistou o psiquiatra Dr. Guido Palomba, sobre o assunto “doenças mentais e a imputabilidade”, do qual o doutor relata:

“A rigor você não chama o indivíduo de imputável ou inimputável, porque imputar quer dizer atribuir alguma coisa a alguém, a imputabilidade está no ato e a responsabilidade no indivíduo, o indivíduo pode ser um doente mental e o ato ser imputável a ele, ou seja, para que o ato seja imputável ao indivíduo ele tem que ter capacidade de entender o fato e capacidade de se determinar de acordo com aquele entendimento .A maioria das vezes o doente mental quando comete um delito ele vai para a inimputabilidade, esse delito não é imputável a ele , mas é preciso que haja nexo de causa e efeito entre a doença e o delito.” (PALOMBA, 2019)

Entretanto, nosso Código Penal não tem uma punição adequada para os psicopatas, o que nos mostra a vulnerabilidade do sistema. Ocorre que quando condenados ao cumprimento da pena, essas não terá nenhum efeito punitivo, nem tratamento adequado, visto que pelas duas formas eles serão postos em liberdade e voltarão a conviver em sociedade, sem ter sua periculosidade cessada.

Além de não sentirem nenhum efeito da pena privativa de liberdade, ocorre o risco deles “contaminarem” outros presos, pois como relatado nesse artigo eles tem a capacidade de manipular os outros detentos a cometerem novos delitos, rebeliões, entre outros atos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa retratada nesse artigo, procurou mostrar o conceito de psicopatia e as características do psicopata, como eles agem, como são em relação a sentimentos, mostrando que eles são completamente diferente de um criminoso comum.

Buscamos estudar a teoria do crime com foco na culpabilidade, dos indivíduos imputáveis, semi – imputáveis e inimputáveis. Mostramos as espécies de penas adotadas pelo nosso ordenamento penal e a medida de segurança, como foco dos tratamentos que recebem para quem é diagnosticado que precisa de tratamento.

Conforme restou demonstrado neste artigo, o tratamento e as formas de punir para os psicopatas são incorretas, além de ser totalmente inadequado a redução de pena sob o argumento de semi - imputabilidade e o tempo limite para quem é posto em tratamento ambulatorial, visto que a psicopatia não tem cura.

Com isso ficou explicito que a volta deles para a sociedade é totalmente incorreta, assim como nosso ordenamento jurídico não está preparado para punir de forma correta essas pessoas, em razão que até as medidas de segurança são ineficazes, pois também falta profissionais adequados para realizarem a perícia médica depois de um determinado tempo que estão cumprindo a pena que foi estabelecida a eles.

Verificamos neste artigo, que os psicopatas não podem ser tratados como criminosos plenamente capazes, muito menos totalmente incapazes, gerando uma situação de difícil resolução, o que nos resta esperar para saber até que estudos cheguem a alguma conclusão correta sobre o tema e que encontrem um tratamento jurídico adequado para eles.

Por fim, restou provado que enquanto não for criadas leis específicas no nosso ordenamento jurídico para os psicopatas, a melhor medida a ser tomada é a aplicação da medida de segurança, pois retiram eles da sociedade por um período equivalente de pelo menos 30 anos, do qual permite um acompanhamento médico psiquiátrico e não será

colocado em prisão normal junto com outros detentos, evitando assim a manipulação nessas pessoas, dos quais os psicopatas conseguem obstruir vantagens sobre eles.

5.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros:

BITERCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120). 18 ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Código penal: comentado**. 4 ed. Niterói- RJ: Impetus, 2010.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Direito penal**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CORREIA JUNIOR, Rubens. **Homicidas em série: quem são eles?** Vol. 1. 1 ed. Florianópolis, SC: Tirant Lo Blanch, 2019.

Vade Mecum Saraiva. **Código penal**. 27 ed. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

Artigos na internet:

JESUS, Caroline Silveira de. A psicopatia no ordenamento jurídico brasileiro. **Canal ciências criminais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/728173386/a-psicopatia-no-ordenamento-juridico-brasileiro> . Acesso em: 24/11/21

DORIGON, Alessandro. A punibilidade dos psicopatas no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51108/a-punibilidade-dos-psicopatas-no-ordenamento-juridico-brasileiro> . Acesso em: 25/11/21

PASSOS, Beatriz Fernandes. A figura do psicopata no ordenamento judiciário brasileiro. **Conteúdo jurídico**. Disponível em:

<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53038/a-figura-do-psicopata-no-ordenamento-judiciario-brasileiro> . Acesso em: 28/11/21

Quem são os inimputáveis e quem são os semi – imputáveis? **Trilhante**. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/medidas-de-seguranca/aula/imputabilidade-2?viewtype=pdf> . Acesso em: 30/08/21

O que é imputabilidade penal? **Politize**. Disponível em:

<https://www.politize.com.br/imputabilidade-penal-o-que-e/#:~:text=No%20Direito%20Penal%2C%20imputabilidade%20significa,alguma%20pena%20por%20causa%20deles>. Acesso em: 30/08/21

RAMIREZ, Dr. Gonzalo. Psicopatia: o que é e como identificar um psicopata. **Tua saúde**. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/como-reconhecer-um-psicopata/> . Acesso em: 29/08/21

ROMANO, Rogério Tadeu. Semi- imputabilidade e exame pericial. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85671/semi-imputabilidade-e-exame-pericial> . Acesso em: 04/12/21

Inimputável. **Direito net**. Disponível em:

<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/671/Inimputavel> . Acesso em: 02/09/21

A psicopatia é genética? Dr. Guido Paloma responde. **Pânico Jovem Pan**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=y2jwyJkLDlo&t=83s> . Acesso em: 29/08/21

CHAIANE, Thainara. Entrevista Dr. Guido Palomba – doenças mentais e a inimputabilidade. Canal Thainara Chaiane. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ar-MT_3app0&t=303s . Acesso em: 26/11/21

Súmula 527 do STJ. **Canal ciências criminais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/699637409/sumula-527-do-stj-annotada-medida-de-seguranca> . Acesso em: 15/11/21

Quais são os objetivos de uma análise psicanalítica. Disponível em: <https://www.tuiuti.edu.br/blog-tuiuti/quais-sao-os-objetivos-de-uma-analise-psicanalitica> . Acesso em: 21/03/22

MECLER, Katia. Revista Veja - Quem são os “Psicopatas do Cotidiano?” Você pode estar entre eles – Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/quem-sao-os-psicopatas-do-cotidiano-voce-pode-estar-entre-eles/> . Acesso em: 18/03/22

A EUTANÁSIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO DIREITO PENAL MODERNO: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA, SOCIOLÓGICA, CULTURAL E JURÍDICA.

JÉSSICA MARIA DE MOURA E SILVA: Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI, pós-graduanda em Direito Público pela faculdade LEGALE.

JOHILSE TOMAZ DA SILVA

(orientador)

“A morte está perto e quero aproveitar ao máximo este momento para aprender com a própria vida e com a morte”. (Renato Russo).

RESUMO: Este trabalho de conclusão de curso intitulado a eutanásia à luz da constituição federal e do direito penal moderno: uma abordagem histórica, sociológica, cultural e jurídica, apresenta o panorama atual da eutanásia, que vem a ser um procedimento que promove a morte antecipadamente por motivo de compaixão diante de um sofrimento insuportável e penoso, à luz da legislação brasileira. Tornar legal o ato de ceifar a vida de alguém em estágio final de vida ou em estado vegetativo irreversível através da eutanásia tem sido a pretensão de diversos países. Alguns já experimentam a legalização da eutanásia, como é o caso da Bélgica, Suíça e Holanda. A experiência destes países ainda é controversa, por isso organismos internacionais têm estudado como o processo de eutanásia está sendo feito nesses países, para que todos os outros Estados conheçam os benefícios e os malefícios da prática. No Brasil, a discussão, que apesar de aparecer nos projetos dos primeiros códigos penais brasileiros, ainda não chegou ao fim. Ao contrário, em 2012 foi encaminhado ao Senado brasileiro o Projeto de Lei do Novo Código Penal que vem trazendo no seu bojo a eutanásia, bem como a ortotanásia. O tema é polêmico e em razão disso várias audiências públicas foram realizadas para que a sociedade discutisse o tema e apresentasse seu posicionamento. O maior desafio dos legisladores brasileiros que estão discutindo sobre o novo Código Penal brasileiro será harmonizar os direitos e garantias constitucionais dos cidadãos brasileiros, tais como direito a vida, liberdade, dignidade e saúde, aos princípios norteadores da eutanásia.

Palavras-chave: eutanásia, vida, liberdade, dignidade, morte.

ABSTRACT: This course conclusion work titled legal aspects of euthanasia in Brazilian law provides a current overview of euthanasia, which happens to be a procedure that promotes early death because of compassion in the face of unbearable suffering and painful in the

light of Brazilian law. Making legal the act of mowing someone's life in the final stages of life or irreversible vegetative state through euthanasia has been the claim of many countries. Some are already experiencing the legalization of euthanasia, as is the case in Belgium, Switzerland and the Netherlands. The experience of these countries is still controversial, so international organizations have studied how the process of euthanasia is being made in these countries, so that all other states know the benefits and harms of the practice. In Brazil the discussion, those despite appearing in the projects of the first Brazilian penal codes have not yet come to an end. Unlike in 2012 was sent to the Brazilian Senate bill of the new penal code that has brought in its wake euthanasia and orthothanasia. The subject is controversial and for this reason several public meetings were held to discuss the theme of society and present its position. The biggest challenge of Brazilian legislators who are discussing the new Brazilian Penal Code is to harmonize the rights and constitutional guarantees of Brazilian citizens, such as the right to life, liberty, dignity and health, the guiding principles of euthanasia.

Keywords: euthanasia, life, freedom, dignity, death.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A eutanásia, considerações gerais. 1.1 Conceito. 1.2 Tipos de eutanásia. 1.2.1 Eutanásia em sentido estrito. 1.2.2 Ortotanásia. 1.2.3 Distanásia. 1.2.4 Suicídio Assistido. 1.2.5 Mistanásia. 1.3 Consentimento da vítima. 3. A eutanásia e a Constituição Federal Brasileira. 2.1 Direito à vida. 2.2 Direito à liberdade. 2.3 Direito à Dignidade. 2.4 Direito à Saúde. 3. Aspectos Jurídicos. 3.1 A vida e a morte na história. 3.2 A legalidade da norma proibitiva. 3.3 O direito de morrer dignamente. 3.4 Casos Contemporâneos. 3.5 Eutanásia no Novo Código Penal. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da Eutanásia é muito antiga no mundo, e o termo possuía conotações diferentes do que possui hoje. Desde as civilizações mais antigas, das quais o homem tem conhecimento, a discussão da morte antecipada é abordada. No Brasil o tema rende muitas discussões acaloradas, posto ser um assunto polêmico nos meios jurídicos, religiosos, filosóficos e médicos, um tema que ainda não há consenso. Notadamente porque esta discussão ultrapassa as fronteiras da área jurídica, adentrando em todos os ramos da ciência humana. No entanto, este texto tem a pretensão de analisar a eutanásia apenas sob o enfoque jurídico.

Tornar legal o ato de ceifar a vida de alguém em estágio final de vida ou em estado vegetativo irreversível através da eutanásia é a pretensão de muitos países.

Alguns já legalizaram a prática da eutanásia, como é o caso da Bélgica, Suíça e Holanda. A experiência destes países com a eutanásia ainda é controvertida, alguns afirmam que foi uma decisão acertada, outros, que a situação fugiu do controle das autoridades.

Ainda na antiguidade, Hipócrates, pai da Medicina, repudiou tanto a eutanásia quanto o aborto, pois afirmava que não cabe ao médico decidir sobre a vida ou morte de alguém. Hodiernamente, é possível apontar vários médicos que são favoráveis à eutanásia sob os argumentos de que os pacientes em estado terminal ou vegetativo não possuem qualidade de vida, sofrem com os tratamentos que apenas prolongam uma vida com dores e sofrimento, além de, no mais das vezes, os pacientes não possuem condições de custear o tratamento. Mas, há também os que são contra o método de eliminar a vida pela eutanásia, estes sob os mais diversos argumentos.

As religiões trazem suas manifestações sobre o tema eutanásia nas mais diversas filosofias. Enfim, todos os ramos da sociedade se manifestam sobre a eutanásia por ser tema atual e relevante, sobretudo por tratar daquilo que para todos é consenso: a vida e a morte. Vida e morte são fenômenos naturais, todavia consideram-se fatos jurídicos quando deles surgem direitos, deveres, obrigações, responsabilidades e faculdades para os cidadãos.

Filósofos do mundo inteiro estudam os comportamentos humanos ligados à eutanásia, sua função social e interferência na vida em sociedade.

Os juristas são tão divididos no tema quanto todos os outros profissionais estudiosos, não havendo um entendimento que norteie a celeuma acerca da eutanásia. Existem juristas que defendem o direito à vida pura e simplesmente, mesmo quando o enfermo decide interromper a vida. Assim como também existem os juristas que defendem a vida, mas uma vida digna, com condições mínimas de dignidade, respeitando acima de tudo os direitos e garantias individuais, concedendo à vítima o direito de escolha pela morte ou pela vida.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da nossa República Federativa do Brasil, verdadeiro valor-fonte, pilar do ordenamento constitucional brasileiro e sob a óptica do direito constitucional à liberdade, para os que defendem o método, se ergue o direito ao método mortal.

Assinale ainda que nossa Constituição Federal de 1988 tutela, no caput do artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida. Assegurando a todos os brasileiros natos e naturalizados esse direito, punindo todas as formas de lesão ou perigo de lesão a esse bem jurídico. Inclusive nosso Código Penal (Lei nº 2848/40) traz, em seu artigo 121, o conceito do tipo penal homicídio, qual seja, matar alguém.

Contudo, sem uma análise hermenêutica mais profunda poderia se presumir que a eutanásia consistiria no tipo penal do referido artigo, todavia não é nesse sentido, precisamente, que alguns juristas têm entendido a eutanásia. Mas, devido a suprema garantia do direito à vida emanado da CF/88, a lei penal pune com severidade todo aquele que arbitrariamente elimina a vida de outrem.

Atualmente no Brasil não existe nada além de discussões acerca do tema eutanásia no ordenamento jurídico. Quando ocorre no caso concreto um fato que se assemelhe à eutanásia o agente é processado pelo crime de homicídio privilegiado (na eutanásia ativa) ou pelo delito de omissão de socorro (eutanásia passiva). Porém, o Novo Código Penal brasileiro que está em fase de elaboração traz o próprio tipo criminal de eutanásia, passando assim a existir a figura típica da eutanásia no nosso ordenamento jurídico pátrio.

Para o direito, a personalidade jurídica inicia com o nascimento com vida e extingue-se com a morte, conforme arts. 4º e 10 do Código Civil brasileiro. Mas, a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. Assim como, o falecido tem garantido o respeito à sua memória - Capítulo II, do Código Penal brasileiro que trata dos crimes contra o respeito aos mortos. Além disso, nosso ordenamento garante a todo cidadão o direito fundamental ao gozo de saúde da melhor forma possível, sem distinção de religião, crença, raça, condição econômica, política ou social.

A dualidade entre a preservação da vida e o alívio do sofrimento do doente em estado terminal ou vegetativo constitui o cerne das discussões acerca da eutanásia. E, diante dos preceitos elencados na nossa Constituição Cidadã, todo cidadão tem o direito a uma gestação digna, um nascimento digno, uma vida digna e, por conseguinte, uma morte digna.

O certo é que, não há como escapar da discussão numa sociedade que busca sempre uma melhor qualidade de vida e onde os direitos individuais são cada vez mais assegurados.

1– A eutanásia, considerações gerais

1. Conceito de Eutanásia

O conceito de eutanásia evoluiu com o tempo. Modernamente consta no livro *Historia vitae et mortis* de 1623 de autoria do inglês Francis Bacon o conceito que conhecemos hoje de eutanásia, descrevendo-a como um tratamento dado a portadores de enfermidades incuráveis.

Ocorreu que, durante algum tempo, qualquer procedimento dirigido à morte de um enfermo através de intervenção humana, era denominado de eutanásia. Com o advento da bioética, conceitos mais bem delineados começaram a surgir e definir os procedimentos médicos destinados à morte do enfermo, com efeito, surgiram os termos eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido.

A natureza jurídica da eutanásia está no biodireito, ramo do Direito Público que estuda as relações jurídicas entre o direito e as novas tecnologias medicinais, particularmente relacionadas ao corpo e à dignidade da pessoa humana.

Anna Kleine Neves Pereira¹⁹⁵ cita em seu texto intitulado Bioética, biodireito e a dignidade da pessoa humana MELLO:

O Biodireito surge na esteira dos direitos fundamentais e, nesse sentido, inseparável deles. O Biodireito contém os direitos morais relacionados à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, representando a passagem do discurso ético para a ordem jurídica, não podendo, no entanto, representar “uma simples formalização jurídica de princípios estabelecidos por um grupo de sábios, ou mesmo proclamado por um legislador religioso ou moral. O Biodireito pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores. (MELLO, Celso de Albuquerque, et al. 1999, p. 410. Apud PEREIRA Anna Kleine Neves, 2009)

É necessária a análise e estudo dos diversos ramos que envolvem a eutanásia para que se determinem condutas, posturas e sanções cabíveis a todos aqueles que infringirem a norma social e legal.

Promover a morte de alguém antecipadamente por motivo de compaixão diante de um sofrimento insuportável e penoso é o conceito mais difundido e adequado à eutanásia.

¹⁹⁵ FABRIZ, Daury Cesar. Bioética e Direitos Fundamentais. p. 288, apud, BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 410. Apud PEREIRA Anna Kleine Neves Bioética, biodireito e a dignidade da pessoa humana. Jus Vigilantibus. Mar. de 2009. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/38785> >. Acesso em: 12 jan. 2012.

Porém, muitos são os que conceituam a eutanásia, como o fez Piva e Carvalho¹⁹⁶,

A eutanásia, propriamente dita, é a promoção do óbito. É a conduta (ação ou omissão) do médico que emprega (ou omite) meio eficiente para produzir a morte em paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida. Distinguem-se, "(...) em função do tipo de atitude tomada, duas modalidades de eutanásia: a ativa, que seria provocar a morte rápida, através de uma ação deliberada, como, por exemplo, uma injeção intravenosa de potássio; e a passiva, que seria deixar morrer através de suspensão de uma medida vital, e que levaria o paciente ao óbito em um espaço de tempo variável. Ambas as medidas, filosoficamente, têm o mesmo significado." (PIVA e CARVALHO. 1993).

Luciana dos Santos LOSCHI¹⁹⁷ cita Gisele Mendes de Carvalho que conceitua eutanásia natural e a provocada,

Eutanásia natural é sinônimo da morte que sobrevêm sem artifícios e padecimentos. Eutanásia provocada ou voluntária, de seu turno, implica o emprego de quaisquer meios pelos quais, a conduta humana, seja aquela do próprio moribundo ou de um terceiro, contribui para dar cabo ao padecimento da agonia, aliviando temporariamente o sofrimento do paciente ou abreviando a vida direta ou indiretamente. (CARVALHO, p.17. Apud LOSCHI, 2002)

Além das referidas conceituações, existem estudiosos que classificam os diferentes tipos de eutanásia, como explicitado por Gisele no trecho acima exposto, sem embargo de outras definições existentes na doutrina jurídica, filosófica e médica.

196 PIVA Jefferson Pedro, CARVALHO Paulo R. Antonacci. *Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal*. Bioética 1993; 1:129-38.) Apud DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia: Aspectos Jurídicos. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 6 jan. 2013.

197 CARVAHO, Gisele Mendes. Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia, IBCCRIM, pag. 17. Apud. LOSCHI, Luciana dos Santos. O tratamento dado à eutanásia nos últimos 30 anos no Brasil. JurisWay. Monografia. Mai. 2002. Disponível em: < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=244 >. Acesso em: 12 jan. 2013.

O ilustre doutrinador Rogério Greco conceitua eutanásia como,

A eutanásia diz respeito à prática do chamando homicídio piedoso, no qual o agente antecipa a morte da vítima, acometida de uma doença incurável, com a finalidade, quase sempre, de abreviar-lhe algum tipo de sofrimento. Em geral, a eutanásia é praticada a pedido ou com o consentimento da própria vítima. A eutanásia também tem sido traduzida com "morte serena, boa morte, morte sem sofrimento". (GRECO. 2009, p.197)

Assim como Greco, que conceitua a eutanásia, o faz Luciana dos Santos LOSCHID em seu trabalho define eutanásia como sendo "(...) a privação da vida alheia perpetrada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofre de uma enfermidade terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível".

Outro nome expressivo na doutrina jurídica é Roxin, citado por Carvalho e Horta (2001)¹⁹⁸ que assim fala da eutanásia,

Claus Roxin, uma das maiores autoridades em direito penal do mundo conceitua eutanásia como a "ajuda prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção de dignidade humana". (ROXIN, Claus. 2008. Apud CARVALHO e HORTA, 2001).

Os médicos no Brasil, sob o juramento de Hipócrates, não possuem autorização para empregar o método da eutanásia em pacientes, mesmo que haja pedido nesse sentido do próprio doente. Assim, como profissionais juramentados, os médicos limitam-se a assistir seus pacientes e ministrar-lhes o tratamento necessário.

Eutanásia deriva do "eu" que significa bem, e "thanasia" que significa morte. Assim conceituada como a conduta (ação ou omissão) de médico que ministra ou deixa de ministrar tratamento a doentes para produzir a morte. Também chamada de homicídio compassivo, homicídio médico, homicídio misericordioso ou caritativo, homicídio consensual, sanicídio ou benemortásia.

¹⁹⁸ ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.189. Apud CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; HORTA, André Frederico de Sena. Breves reflexões sobre a eutanásia. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10397>. Acesso em jan 2013.

É de bom alvedrio citar GUIMARÃES que preceitua:

(...) para que se aperfeiçoe a figura da eutanásia (própria em sentido estrito) seria necessária, pois, a presença dos seguintes requisitos: que a morte seja provocada, entendendo-se que seja essa provocação havida por ação positiva de terceiro; que a provocação da morte se dê por piedade ou compaixão; que o sujeito passivo da eutanásia esteja acometido de doença incurável (irreversibilidade do mal com a consequente ausência de esperança de cura); que o incurável tenha dirigido o doente a um estado terminal; que este estado terminal da doença incurável faça com que o indivíduo padeça de profundo sofrimento (nele compreendendo-se a dor intolerável e o estado agônico em geral); e que a ação provoque encurtamento do período natural da vida. (GUIMARÃES, 2011. p. 94)

Assim, conforme Guimarães existem requisitos para que se aperfeiçoe a eutanásia.

Que a morte seja provocada. Aqui se pode dizer que a ação pode tanto ser da própria vítima, como do médico. A morte decorrente da própria doença em si não configura eutanásia, posto que essa deve ser provocada. É a antecipação do óbito natural.

A provocação da morte se dê por piedade ou compaixão. A figura do homicídio qualificado, o qual se amolda à eutanásia, estabelece como critério a piedade ou compaixão para justificar a conduta. A piedade e compaixão exteriorizam a reação dos que assistem ao definhamento do enfermo em doloroso e penoso sofrido em decorrência da doença e do tratamento, sem previsão de melhoras. É esse sentimento nobre de piedade e compaixão que se refere a lei quando versa em relevante valor moral.

O sujeito passivo da eutanásia esteja acometido de doença incurável. O mal que aflige o doente deve ser irremediável, sem qualquer esperança de cura. A inutilidade do tratamento é que leva o cidadão ao desespero, pois é consciente que toda dor e sofrimento que esta passando é inútil. Em razão disso, muitos abrem mão do prolongamento da vida, para viver intensamente os últimos dias que lhe restam ao lado das pessoas que lhe querem bem. Buscam dessa forma uma qualidade vida um pouco menos sofrida.

Cumpra referenciar o Estado terminal. A doença dirigiu o enfermo a um estado terminal de vida. Onde não há, sequer, a mínima esperança de melhora ou alívio. A morte agora é iminente e traz tanto dores físicas quanto psíquicas.

Também o profundo sofrimento é requisito. O paciente sofre maus físicos e psicológicos, chegando a um estado de dor intolerável e agônica. O sofrimento é geral, tanto familiares, amigos, como a própria equipe médica que se vê inutilizada, vendo seu paciente morrer lentamente sem poder fazer absolutamente mais nada.

Por fim, o encurtamento do período natural da vida. O ser humano pode viver muitos anos; muitos hoje em dia chegam aos cem anos. Porém o próprio corpo humano vai perdendo qualidade com o passar dos anos. Porém, no caso em apreço, a doença encurta ainda mais o tempo de vida do enfermo.

Apresentados os critérios para que se proceda à eutanásia, segundo Guimarães. É possível perceber que há uma preocupação para que a eutanásia não se torne a legalização do homicídio, posto que, a eutanásia requer sejam atendidos certos critério, como os arguidos alhures. E assim trabalha o legislador, que ao discutir e estabelecer a legalidade da eutanásia deve estipular em lei os critérios para o devido uso, evitando-se os abusos na aplicação de tal método letal.

1.2 Tipos de Eutanásia

As técnicas de procedimento da eutanásia variam conforme o estado de saúde e a necessidade do paciente. Por essa razão, é necessário agora expor as modalidades de eutanásia¹⁹⁹.

Eutanásia ativa é a modalidade em que o fim desejado é a causar a morte antecipado do enfermo. O objeto colimado é a morte, e para que esta venha a ocorrer são utilizados métodos terapêuticos que irão provocar a morte antecipada da vítima. É o caso de injeção letal de substância no organismo do paciente; uso de veneno, ou qualquer outro ato que provoque antecipadamente a morte do doente.

É aquela modalidade em que é necessária uma ação ativa para que a morte que é iminente seja provocada imediatamente, para livrar o doente e familiares do sofrimento e dor causados pela enfermidade.

Na eutanásia passiva, ocorre o inverso da eutanásia ativa. Nesta modalidade passiva o médico deixa de ministrar qualquer tipo de tratamento ou recurso terapêutico com o intuito de provocar a morte imediata do paciente. Há, na verdade, uma omissão de cuidado ou atendimento médico. Pode ocorrer também, a suspensão de um

¹⁹⁹ FRANCISCONI, Carlos Fernando e GOLDIM, José Roberto. Tipos de eutanásia. 2003. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/eutantip.htm>> Acesso em: 30 jan. 2013.

tratamento sem o qual a vida não seria possível, como é exemplo desligar os aparelhos que mantêm vivo o enfermo.

Outro exemplo da eutanásia passiva, e que tem sido utilizado com mais frequência nos casos noticiados pela mídia, é a suspensão de qualquer forma de nutrição do paciente, deixam de alimentar o enfermo ou de dar-lhe água para que cause a morte por inanição.

É preciso ressaltar que o médico que omitir socorro ou tratamento a enfermo é processado criminalmente pelo delito de omissão de socorro previsto no artigo 135 do Código Penal brasileiro.

Há, ainda, a eutanásia de duplo efeito. Ocorre quando deixam de ministrar ao enfermo algum tratamento com o objeto de evitar-lhe a dor e sofrimento, mas sem querer a morte.

Porém, a falta do tratamento, por consequência, acaba provocando a morte antecipada do paciente, mesmo não sendo este o desejo daquele que deixou de tratar o doente.

A eutanásia de duplo efeito é uma forma de eutanásia passiva, mas sem elemento principal que é a finalidade morte. Nestes casos, sobrevém a morte mesmo que não desejada por quem deixou de ministrar o tratamento que causava sofrimento ao doente.

Existe também uma classificação que prepondera o consentimento do enfermo.

A eutanásia voluntária vem a ser uma morte antecipada a pedido do próprio enfermo que, por motivos diversos como não suportar mais sofrimento e dor, não querer se tornar um fardo psicologicamente e financeiramente para a família, decide abreviar a morte e deseja a morte imediata.

Outra modalidade de eutanásia que leva em consideração o consentimento do enfermo é a eutanásia involuntária, cuja definição é forma de eutanásia em que a morte é provocada contra a vontade do paciente. O paciente não deseja sua própria morte, mas um terceiro acaba provocando-lhe a morte; os motivos são os mais diversos, inclusive, os alhures citados na eutanásia voluntária.

Na modalidade involuntária o paciente expressamente não deseja a própria morte, mesmo com sofrimento ou dor o enfermo prefere a vida indigna à morte.

Por último, tem-se a eutanásia não voluntária, modalidade em que a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela. O enfermo, muitas vezes, encontra-se em estado vegetativo, sem possibilidade de manifestar qualquer reação ou exprimir seu desejo. São os casos mais comuns que se vislumbra quando se trata do tema eutanásia. Em razão desta situação vegetativa, o enfermo não exprime seu verdadeiro desejo e a morte lhe é causada, não para aliviar um possível sofrimento, porque somente o próprio enfermo poderia se manifestar a respeito, mas é causada por desejo da família ou pessoas próximas motivadas pelo sentimento de misericórdia, de não desejar ver o ente querido em estado tão degradante e indigno.

Todas essas modalidades de eutanásia somente estão versadas na medicina e na doutrina jurídica, não há qualquer previsão legal para estas formas de eutanásia, sendo todas amoldadas em tipo penais já existentes, como é o caso do homicídio privilegiado (eutanásia ativa), omissão de socorro (eutanásia passiva), por exemplo.

1.2.1 Eutanásia em sentido estrito

A eutanásia, em sentido estrito, é definida como sendo uma ação que provoque a morte do enfermo. Um terceiro, que pode ser até o próprio médico, administra doses letais de substâncias no organismo do paciente para que lhe provoque a morte. Essas substâncias podem ser tóxicas, ou mesmo substâncias não tóxicas, mas administradas em doses capazes de levar o corpo humano à falência de seus órgãos.

Outro procedimento da eutanásia em sentido estrito é provocar a morte do enfermo pelo desligamento dos aparelhos que o mantém vivo. Aqui merece ser explanada uma questão muito relevante e usual no próprio território brasileiro, qual seja o desligamento dos aparelhos em pacientes que têm a morte cerebral detectada.

Para o direito brasileiro a morte se dá com a morte encefálica, esse é o entendimento tanto jurídico quanto médico. A lei nº 9.343/97 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e no seu artigo 3º preceitua que:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser *precedida de diagnóstico de morte encefálica*, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e

tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Desta forma, diante do que estabelece o artigo supramencionado, o marco legal da morte é a constatação da morte encefálica. Ocorre que, ao tempo em que a lei e a norma social não permitem a antecipação da morte – a eutanásia – questiona-se se a morte encefálica e o desligamento dos aparelhos que mantêm os demais órgãos humanos em pleno funcionamento não seria uma forma de eutanásia? Porque em todo caso, o ser humano permanece vivo enquanto todos os seus órgãos ainda funcionarem.

Poderíamos supor que a morte não é a perda das funções vitais somente, mas sim, a morte cerebral. A medicina inclusive diferencia os vários tipos de morte, que merecem destaques a Morte cerebral que é a destruição das células cerebrais, já a Morte encefálica é a paralisação irreversível das funções cerebrais em decorrência da destruição do cérebro superior e do tronco encefálico.

De maneira que, se se é possível antecipar a morte dos demais órgãos humanos quando o cérebro perde sua função, não caberia analogia quando o enfermo mantém-se vivo apenas com ajuda de aparelhos?

Haveria dignidade em manter um corpo que só funciona com ajuda artificial?

1.2.2 Ortotanásia

A origem etimologicamente da expressão ortotanásia advém do grego *orthos* “normal, correta” e *thánatos*, “morte”, portanto, ortotanásia é a “morte natural ou correta”, a morte sem intervenção humana, a morte sem abreviações (eutanásia) nem prolongamentos (distanásia).

Nas palavras de Rogério Greco,

“Ortotanásia, de acordo com as lições de Genival Veloso de França, diz respeito à suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em como irreversível e considerado em ‘morte encefálica’, quando há grave comprometimento da coordenação da vegetativa e da vida de relação”. (GRECO, Rogério. 2009, p.197)

É o processo de suspensão de todo tratamento inútil, extraordinário e desnecessário, ante a iminência da morte do paciente, morte esta inevitável, permitindo o

curso natural da morte. Portanto, medicamentos e aparelhos que dão suporte à manutenção da vida são dispensados.

Como a morte é iminente e inevitável, ou seja, é irreversível, o médico, quando solicitado pelo paciente, passa a tomar medidas apenas paliativas, permitindo inclusive que o paciente possa morrer em casa na presença dos familiares e amigos; sem todo um tratamento que se torna inútil, doloso, caro e desnecessário. O médico se abstém de prolongar o curso normal da morte iminente, permitindo ao paciente apenas que decida por uma morte digna e menos sofrida.

Na ortotanásia o bem-estar físico, psíquico, social e espiritual do paciente é o mais importante. Posto que, todo e qualquer procedimento médico que prolongue a morte do enfermo incurável torna-se indigna e dolorosa. que é o conceito atual de saúde.

Alguns critérios devem ser observados quanto ao emprego da ortotanásia. Inicialmente a morte deve ser iminente e inevitável, isto é, não há salvação nem tratamento eficiente que evite a morte. Além disso, o paciente deve estar consciente de sua situação para que possa consentir ou solicitar o procedimento ao médico ou familiares. Desta forma, o consentimento é requisito para ortotanásia. Não havendo a possibilidade de o paciente manifestar livremente a sua vontade o médico só poderá obtê-la através dos familiares. Ademais, a presença e participação do médico no desencadear da morte, para que garanta ao enfermo o possível quanto ao um bem-estar físico, psíquico, social e espiritual.

A igreja sempre se mostrou contrária a prática da eutanásia, mas em 1995 o então Papa João Paulo II na *Encíclica Evangelium vitae*²⁰⁰ ou *Evangelho da Vida*, faz menção à tal prática a ponto de torna-la aceitável.

Distinta da eutanásia é a decisão de renunciar ao chamado excesso terapêutico, ou seja, a certas intervenções médicas já inadequadas à situação real do doente, porque não proporcionadas aos resultados que se poderiam esperar, ou ainda porque demasiado pesadas para ele e para sua família. Nessas situações, quando a morte se anuncia iminente e inevitável, pode-se em consciência renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. [...] A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou à

200 PAULO II, João. Carta encíclica *Evangelium Vitae* do sumo pontífice. 1995. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae_po.html. Acesso em: 26 jan. 2013.

eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana diante da morte.

Continua, ainda, o Pontífice a dizer que:

[...] Ora, se pode realmente ser considerado digno de louvor quem voluntariamente aceita sofrer renunciando aos meios lenitivos da dor, para conservar a plena lucidez e, se crente, participar de maneira consciente na Paixão do Senhor, tal comportamento „heróico“ não pode ser considerado obrigatório para todos. Já Pio XII (1957) afirmava que é lícito suprimir a dor por meio de narcóticos, mesmo com a consequência que limita a consciência e abreviar a vida, „ se não existem outros meios e se, naquelas circunstâncias, isso em nada impede o cumprimento de outros deveres religiosos e morais“. É que, neste caso, a morte não é querida ou procurada, embora por motivos razoáveis se corra o risco dela: pretende-se simplesmente aliviar a dor de maneira eficaz, recorrendo aos analgésicos postos à disposição pela medicina. Contudo, não se deve privar o paciente da consciência de si mesmo, sem motivo grave, quando se aproxima a morte, as pessoas devem estar em condições de poder satisfazer as suas obrigações morais e familiares, e devem sobretudo poder preparar-se com plena consciência para o encontro definitivo com Deus. (JOÃO PAULO II, 1995)

O Papa João Paulo II mostra-se preocupado com a condição humana em situação em que a morte é inevitável, posto que recomenda aos médicos que avaliem cuidadosamente cada paciente e sua situação em particular para que possa contribuir com a decisão do paciente em não prologar a vida, diante de uma morte que se faz certa e iminente.

No Brasil a prática da Ortotanásia é permitida, em razão de não haver proibição legal quanto à prática. Assim, não há crime que defina a prática de ortotanásia evidenciando ser um fato atípico para o mundo jurídico.

Senão vejamos:

Homicídio simples

Art 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Omissão de socorro

Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

Pelo exposto, a lei penal não se refere à conduta da ortotanásia como proibida. Tão pouco a legislação especial trata do tema. Isto posto, se não há norma proibitiva o cidadão é livre para a prática ou não do procedimento.

O médico tem o dever de agir para resguardar a saúde do todo e qualquer cidadão. Porém, na ortotanásia o profissional da área médica não tem o dever de agir, porque neste caso não terá o poder de salvá-lo. No caso do crime de omissão de socorro alhures mencionado é necessária uma conduta omissiva imprópria, mas não é visível na ortotanásia uma conduta omissiva que comine no resultado morte. A morte é decorrente da própria situação do enfermo, o medico não dispõe de meios para evitá-la.

A punição ao omitente surge quando este pode evitar o resultado, agindo sem por em risco a própria vida como bem preleciona o artigo 13 do nosso diploma incriminador. Senão vejamos:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

É o que não ocorre no caso da ortotanásia, onde o médico não se omite no trato ao paciente, mas apenas deixa de aplicar-lhe os tratamentos desnecessários que apenas prolongariam o seu sofrimento e não reverteria o fato da morte.

Cumpra mencionar, oportunamente, que não se configura também o dolo, Capez (2008): “é a vontade livre e consciente de realizar os elementos constantes do tipo penal”. Dito isto, nota-se que como não há previsão legal ao crime de ortotanásia, não há que se falar, portanto, em vontade livre e consciente de praticar conduta criminosa.

Assim como, não se pode visualizar culpa posto não haver crime, a ortotanásia ser fato atípico, conduta não prevista como crime na lei penal. Para o direito penal brasileiro age com culpa todo aquele que deixa de observar um dever objetivo de cuidado. A culpa pode acontecer sob a forma de: negligência, imprudência ou imperícia.

Somente é possível a punição em casos onde o médico, sem o consentimento do enfermo ou de seus representantes legais, deixasse de prestar a assistência necessária, abreviando assim a sua vida ao invés de seu sofrimento.

Portanto, o paciente que for diagnosticado clinicamente com mal incurável e cuja morte é iminente e inevitável pode solicitar que não seja submetido à tratamento doloso, ineficaz e ineficiente. Direito assegurado pela Constituição Federal no seu artigo 5º que cuida dos direitos e garantias fundamentais, qual seja, “ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante”.

Desta forma, o enfermo pode usar seu direito de liberdade de escolha e dispor sobre sua condição de morte, não ferindo o direito à vida, que é indisponível, ao fazer uso da ortotanásia no Brasil.

Disso resulta a diferença da ortotanásia para a eutanásia. Nesta a morte não é iminente nem inevitável, enquanto que naquela, o é. Por isso, o paciente possui o direito de decidir apenas como quer morrer, posto que isso é um fato consumado. Na eutanásia o enfermo está vivo e a morte não lhe é esperada.

Se o médico não atender ao pedido do enfermo, ou de seus familiares, e deixa-lo morrer naturalmente, pelo processo de ortotanásia, pode responder criminalmente pelo tipo incriminador conhecido como Constrangimento Ilegal previsto no artigo 146 do Código Penal brasileiro.

1.2.3 Distanásia

A vida é um cliço que se inicia com o nascimento e termina com a morte. Existem técnicas médicas que antecipam o nascimento, interrompem o nascimento, e há ainda procedimentos que prorrogam a gestação, isso quando o feto não se desenvolveu o suficiente para sobreviver em condições normais.

O mesmo fato ocorre com relação à morte. A medicina possui procedimentos que interrompem a vida causando a morte (eutanásia) e procedimentos que prologam a vida, independente da qualidade que esta possui (Distanásia). Bem como já fora citado, há a ortotanásia que é a inércia, a não intervenção no curso normal da morte.

Dito isso, urge trazer a baila o conceito de Distanásia. Que vem a ser uma prática em que se prolonga ao máximo possível a vida de um enfermo, por meios de métodos artificiais, e que não garante nem uma qualidade de vida digna, tão pouco uma morte menos sofrida.

O termo é um neologismo em que o prefixo *dys* significa ato defeituoso, e *thanatos*, significa morte. De outro modo, a eutanásia interrompe a vida que define enquanto a Distanásia prolonga o processo doloroso e sofrido de morte.

Também conhecida como obstinação terapêutica, o termo eutanásia foi proposto primeiramente em 1904 por MORACHE para definir tratamento em que o enfermo tem sua vida prolongada por meio de tubos, aparelhos e medicamentos em unidades de terapia intensiva, onde o doente fica totalmente isolado do mundo exterior, privado de sua liberdade, e o mais importante num momento de fraqueza – distante da família e amigos. O que torna o processo de Distanásia traumático e sofrido fisicamente, psicologicamente e moralmente.

Maria Helena Diniz (2001 p.207)²⁰¹ em sua obra intitulada O estado atual do biodireito citada por Borges (2005) ensina que distanásia "trata-se do prolongamento

²⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 307. Apud BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571>>. Acesso em: 2 fev. 2013.

exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte".

Citando ainda Greco que define distanásia,

'A distanásia importa em uma morte lenta, prolongada, com muito sofrimento, a exemplo daqueles pacientes que são mantidos por meio de aparelhos, sem qualquer chance de sobrevivência caso esses aparelhos venham a ser desligados. Como bem observado por Léo Pessini, "trata-se da atitude médica que, visando salvar a vida do paciente terminal, submete-o grande sofrimento. Nesta conduta não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer"'. (GRECO, Rogério. 2009, p.197)

As motivações para a adoção da técnica de Distanásia são muitas. O próprio enfermo acredita em uma possível recuperação e precisa manter-se vivo para usufruir disto, prolongando sua vida artificialmente até o momento em que o corpo fica dependente do tratamento e sem ele a vida fica inviável. A família acompanha o sofrimento do enfermo na medida em que fica na expectativa de melhora, ou não; um gasto psicológico tão cruel quanto o do enfermo, além do gasto financeiro que a família acaba tendo que arcar.

Cumpre arguir que existem ainda clínicas e médicos que se aproveitam da situação do doente para auferir renda, posto que a manutenção do enfermo no estabelecimento médico converte-se em receita, exceto, quando se trata de hospital público. Uma prática nefasta, que deve a todo modo ser combatida, em nome da dignidade da pessoa humana do paciente e seus familiares.

A distanásia não é crime de acordo com o nosso Código Penal. A decisão de sua prática cabe ao médico, em primeiro lugar, bem como ao paciente e na sua impossibilidade, a família.

Na distanásia existe uma verdadeira obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, de modo que a condição humana é negligenciada a ponto de ser evidente o sofrimento e inutilidade do tratamento a que o enfermo é submetido, mesmo sabendo que o procedimento distanásico é infrutífero, e não reestabelecerá a saúde nem o bem estar do enfermo.

1.2.4 Suicídio Assistido

Uma das primeiras propostas de Código Penal a implantar o delito de auxílio ao suicídio sucedeu em 1822 e apresentou uma influência decisiva sobre o Código Criminal Brasileiro de 1830. Em sua cláusula 196 punia-se a contribuição ao suicídio. Assim era a exposição: "Ajudar alguém a suicidar-se ou fornecer-lhe meios para este fim como conhecimento de causa". Entretanto o Código Penal de Império não previa a acusação do suicídio ou da busca pelo suicídio.

O Código Penal de 1890 já inseria na demarcação do crime o feitiço de distorcer: "Induzir ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer lhe meios com conhecimento de causa" (art. 299).

O suicídio é o ato voluntário de eliminar a própria vida para se livrar de algum fardo. Segundo DURKHEIM²⁰², todo o caso de morte que resulta, direta ou indiretamente, de um ato, positivo ou negativo, executado pela própria vítima, e que ela sabia que deveria produzir esse resultado, caracteriza o suicídio.

Outra forma de pôr fim à vida em razão de situação grave de enfermidade é o suicídio assistido, cuja conceituação é o procedimento em que o enfermo tem o auxílio de alguém para cometer o suicídio. O auxílio pode ser material ou psicológico.

O paciente deve solicitar ajuda para praticar o suicídio e deve obter esta ajuda de um terceiro. Diante do fracasso dos meios terapêuticos para manter uma vida digna, o enfermo perde o ânimo para continuar a viver e prolongar tanta dor e sofrimento.

No suicídio assistido, a morte depende da ação ou omissão do paciente que através de auxílio de um terceiro, que pode ser médico ou familiar ou amigo, resolve abreviar a vida. O suicídio assistido é permitido na Bélgica, no Luxemburgo, na Holanda e na Suíça.

Em Zurique (Suíça) funciona uma famosa clínica de suicídio assistido, a Dignitas, que até hoje se noticia que mais de 1.041 pessoas cometeram suicídio na referida clínica, uma estatística que não é comprovada pela clínica. Há registro de brasileiros inscritos como membros da entidade que farão uso do método. Sendo a grande maioria dos inscritos alemães. Em razão disso, as autoridades de Zurique estão providenciando mudanças, tais como a proibição da prática, posto que, a cidade incentive o turismo suicida.

1.2.5 Mistanásia

202 CABRAL, João Francisco P. Sobre o suicídio na sociologia de Émile Durkheim. Disponível em: <http://www.brasilescola.com/filosofia/sobre-suicidio-na-sociologia-Emile-durkheim.htm>. Acessado em 31 jan. 2013.

Cumpra mencionar, para melhor balizar o presente trabalho, mencionar a Mistanásia, também conhecida como eutanásia social, ou miserável, em que causas sociais influenciam o resultado morte nos pacientes com enfermidades graves e irremediáveis.

Nos dizeres de Martin²⁰³,

[...] Dentro da categoria de mistanásia pode-se focalizar três situações, primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; Segundo, os doentes que conseguem ser pacientes, para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos [...] (MARTIN, 1998, p.172).

Na visão de Martin, a mistanásia é a morte ocorrida também devido à falhas nas políticas sociais, econômicas e de saúde pública. Este tipo de eutanásia pode se confundir com muitos temas dentro da esfera jurídica, não permitindo uma análise aprofundada da relação entre as políticas públicas e as causas de homicídio/suicídio na forma de eutanásia.

1.3 Consentimento da Vítima

A tutela jurídica da vida entra em confronto direto com a dignidade da pessoa humana, por mais contraditório que isso possa soar. A vida como bem supremo exige sua preservação acima de tudo, assim como a lei também fala em dignidade da pessoa humana, ou seja, viver, mas viver dignamente, não apenas viver. Haja vista tal entendimento, como é possível harmonizar o direito de viver e o viver dignamente para doentes graves irremediáveis, cuja morte é iminente?

É necessário diálogo entre as diversas correntes e setores sociais quanto ao assunto eutanásia para que se chegue ao mínimo de consenso no que se refere viver dignamente. Buscar uma solução socialmente mais adequada.

203 MARTIN, Leonard M. Eutanásia e Distanásia. Apud COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira, OSELKA, Gabriel, GARRAFA, Volnei. **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 171-192.

Ressalte-se que o corpo humano é indisponível, por conseguinte é vedado dispor sobre a vida de outrem. Ainda que haja consentimento por parte da vítima, ninguém está autorizado, pela lei brasileira, a tirar-lhe a vida.

Portanto, para que haja consentimento válido para o mundo jurídico o sujeito precisa estar esclarecido de todas as circunstâncias e fatos que determina a situação jurídica, pois somente assim estará apto a manifestar-se. Deve possuir capacidade de compreender os fatos, discernir e manifestar-se de modo livre e espontâneo.

Conforme relembra Raquel Elias Ferreira Dodge²⁰⁴:

A eutanásia vem sendo entendida, nos tribunais brasileiros, como hipótese de homicídio privilegiado, ou seja, cometido por motivo de relevante valor moral, quer dizer, cometido em decorrência de interesse particular e, por isso, é causa de atenuação da pena inicialmente prevista para o crime (Código Penal, art. 65-III-a e art. 121-§1º) (RTJSP, 41:346 e TJPR: Acrim 189, PJ, 32:201). (Eutanásia: aspectos jurídicos. p. 03)

Portanto, mesmo não havendo um tipo específico que defina eutanásia no Código Penal, a conduta letal está configurada no artigo 121, § 1º, do mencionado códex – homicídio privilegiado.

Depreende-se que, mesmo havendo consentimento do doente para que lhe seja usado o método da eutanásia, ainda assim haverá crime, não importando em nada seu consentimento.

Nas palavras de Luiz Inácio de Lima²⁰⁵,

Muitas pessoas com doenças terminais são mantidas vivas contra a sua vontade, recorrendo, por vezes, a outros meios para tentarem prolongar a sua vida, causando mais sofrimento a si e a quem as rodeiam. A sociedade mergulhada nos arcaísmos do passado talvez devesse superá-los e reconhecer que, nos casos extremos, provados, se possível, cientificamente, os indivíduos com doenças terminais pudessem escolher como e quando morrer. Se não pode ser negado

204 DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia: aspectos jurídicos. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 12 jan. 2013.

205 LIMA NETO, Luiz Inácio de. A legalização da eutanásia no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 81, 22 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4217>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

o respeito àquele que em agonia opta por adiar o momento da sua morte ao mesmo tempo deveria ser respeitado o direito que assiste ao médico de recusar tal prática mesmo em situações terminais.

Em que pesem as respeitáveis opiniões dos juristas brasileiros, é preciso harmonizar viver, com viver dignamente. Prolongar um sofrimento físico e psicológico a pessoa que não deseja é ir de encontro à liberdade fundamental trazida na lei brasileira.

Luíz Flávio Gomes²⁰⁶ conceitua anuência como sendo “a anuência ou adesão do ofendido (da vítima) que autoriza a lesão a algum bem jurídico que lhe pertence (e que está inserido no âmbito da sua autonomia pessoal)”.

O referido autor ainda complementa afirmando:

Consentimento exclui a tipicidade fática-legal (o lado fático/legal da tipicidade penal), ora a tipicidade axiológica (porque retirar o desvalor do fato), ora, enfim, exclui a antijuridicidade (constituindo, nesse caso, causa supra legal de exclusão de antijuridicidade). E às vezes ainda funciona como causa de diminuição da pena.

Pelo estudo de todo o direito penal e seus tipos incriminadores é que se conclui, como fez Luiz Flávio Gomes, que o consentimento, de acordo com o caso concreto, pode excluir a tipicidade, a antijuridicidade e pode atuar como causa de diminuição de pena ao agente que praticou a conduta contra o consentido.

Além da lei, é preciso sopesar os costumes, dado que a lei nada mais é que a manifestação positivada dos comportamentos comuns a uma determinada sociedade. Desta feita, o valor dos costumes deve nortear a discussão acerca da eutanásia na medida em que direito também é norma de valores.

Assim, o consentimento esclarecido e informado é fundamental, posto que o método eutanásico é irreversível e terminal, devendo haver por parte da doente consciência livre e espontânea para que possa decidir sobre a aplicação ou não do procedimento letal. Apesar de, no direito brasileiro, o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do crime de homicídio privilegiado.

²⁰⁶ GOMES, Luíz Flávio. Direito Penal: parte geral, teoria constitucionalista do delito. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

2 – A eutanásia e a Constituição Federal Brasileira

2.1 Direito à vida

O Estado Democrático brasileiro garante o direito soberano à vida, classificando-o como bem indisponível. Cumpre lembrar que a Constituição Federal traz sob seu manto uma única exceção ao direito à vida, é o que preceitua o artigo 5º, XLVII, “a” não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX. A regra é o direito a vida, que é requisito à existência, assim como para o exercício dos demais direitos fundamentais.

Uma questão que se impõe é que o enfermo, o qual não dispõe de meios terapêuticos que consiga evitar a morte penosa e sofredora, devia ter o direito de escolher a morte. Escolher uma morte digna não é necessariamente renunciar à vida, posto que, não é mediano alguém desejar a própria morte se não por motivo relevante e grave. Escolher a morte não é uma decisão fácil.

Para muitos enfermos o tratamento é mais doloroso e penoso que a própria doença. É temeroso imaginar uma morte lenta, de intensa dor e sofrimento. O quão digno é viver em estado vegetativo ou em intenso sofrimento físico e psicológico que não vislumbra nenhum resultado?

Canotilho (2000, p. 526)²⁰⁷ aduz que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da “não agressão” ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado de não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem direito à vida perante os outros indivíduos estes devem abster-se de praticar atos que atendem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

No leito de morte toda pessoa ainda é livre, tem desejos. Acatar os “últimos desejos” do enfermo é resgatar sua dignidade, sua memória, é respeitar seu poder de decisão. Não é toda e qualquer situação que ensejará a morte por eutanásia; a lei deve estipular requisitos para se evitar mortes indiscriminadas de pessoas doentes de enfermidades simples e de fácil recuperação e terapia. A eutanásia é para casos extremos, enfermos de doenças extremas, dores extremas, sofrimento psicológico e físico extremo e

²⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 4ª edição. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2000. p.526.

de cura inviável. Não se deve legalizar a morte egoísta, *per si*, aquela em que não há situação de intenso sofrimento físico e mental irreversível, atroz e intolerável.

Os médicos devem ser curadores, não carrascos. Devem lutar pela preservação da vida digna, não da morte.

O Código Civil trouxe o direito à disposição do corpo para depois da morte “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte” (art.14, CCB).

Portanto, a lei prevê dispor do próprio corpo após a morte, mas não permite o mesmo direito enquanto o cidadão está vivo. A fundamentação para essa questão é muito profunda. Explicar que direito à vida é indisponível ao mesmo tempo em que o princípio da dignidade da pessoa humana seria subsidiária é tema para um trabalho mais profundo.

A “última vontade” também foi legalizada pelo Código Civil, senão vejamos:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

[...]

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Depreende-se o supramencionado artigo que, qualquer pessoa pode dispor de seus bens da forma que lhe convir, respeitada a legítima, que vem a ser a parte da herança que será obrigatoriamente destinada aos herdeiros necessários, como o cônjuge supérstite e filhos.

O nosso Código Civil disciplina não apenas bens, como também qualquer disposição desejada pelo testamentário. Inclusive o reconhecimento de filiação pode ser incluído no testamento.

Dito tudo isso, fica evidente que o Direito brasileiro cuida dos direitos dos mortos, respeitando suas vontades quando ainda eram vivos. De forma semelhante o direito poderia respeitar decisão consciente e voluntária daquele que não deseja continuar

tratamento médico em caso de doença terminal e irreversível. Ou mesmo ter o direito de ser-lhe administrada substância que antecipe a morte iminente.

É salutar citar os casos em que o paciente não deseja se submeter a tratamento médico e se socorre em casa, apenas com a ajuda familiar nos últimos dias que lhe restam de vida. Seria esse um caso de eutanásia? Rejeitar tratamento médico contra enfermidade é um tipo de eutanásia?

Quantos questionamentos podem ser arguidos em tão complexo tema como o é a eutanásia. Mas o que se tem até hoje no Brasil é apenas uma legislação que proíbe tal prática e que não permite ao cidadão ter uma vida digna no leito de morte, ou mesmo, diria, uma morte digna.

Insta salientar que a decisão sobre vida e morte está vinculada à vários ângulos, jurídico, ético, religioso, filosófico, sociológico e etc., além de envolver diversos fatores como família, condições de manter tratamento que prolongue a vida, o diagnóstico da enfermidade e etc.

2.2 Direito à Liberdade

Ter dignidade é ter liberdade para exercer direitos e obrigações perante a sociedade, sem incorrer em violação de direito do próximo. Em razão disto, o princípio da liberdade é tão importante quanto o da dignidade da pessoa humana.

Nossa Constituição Federal contempla isto princípio no seu artigo 5º, II, que diz *in verbis* que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Numa clara demonstração de que todos são livres para fazer ou deixar de fazer o que quiser, desde que não defeso em lei. O Brasil recepcionou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no que se refere à liberdade, o referido diploma estatui no seu artigo III que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

A liberdade também é inerente ao homem, e condição para sua existência. Por isso, cuidou a CF/88 de exemplificar no seu artigo 5º várias liberdades, a exemplo da liberdade de expressão, locomoção, pensamento, trabalho, associação, credo, reunião, etc., como forma de solidificar e demonstrar a necessidade de liberdade ao homem.

O artigo 5º, XV, CF, dispõe que "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". O pensamento é livre, cada indivíduo tem o seu modo de pensar sobre as coisas, devendo ser respeitado seu pensamento. Por conseguinte, há a liberdade de manifestação de pensamento, expressando-se como exteriorização do

pensamento de forma, escrita, oral ou outros meios. A CF/88 veda apenas o anonimato, posto que, a ofensa deve ser reparada quando houver – direito de resposta proporcional.

Ainda no artigo 5º, IX "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". A própria carta magna traz remédios para que o acesso à informações seja respeitados, como exemplo temos o *habeas data*. Processo pelo qual se assegura ao impetrante o direito ao acesso às informações de registros pessoais constantes de bancos de dados de entidades públicas ou particulares, quando dotadas de caráter público.

Pela liberdade religiosa "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". Cumpre lembrar que tal liberdade se coaduna com o princípio da laicidade do Estado brasileiro, em que o Estado não possui religião oficial.

O constituinte originário tratou de enumerar vários direitos inerentes ao homem, inclusive o direito à vida. Mas, deu-lhe também a liberdade para decidir sobre o uso de seus direitos.

No dizer sempre expressivo de César Beccaria, "não existe liberdade onde às leis permitem que, em determinadas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se converta em coisa". (BECCARIA, 2000. p. 145.)

Com efeito, Beccaria ensina que a lei não pode tornar o homem apenas um ser obediente ao estritamente imposto em lei. O homem deve viver da maneira que achar conveniente, fazendo suas escolhas livre e conscientes, usufruindo de suas liberdades, sem, no entanto, ferir direito alheio. Pergunta-se: ao decidir pela própria morte, que se tornou único alívio para o sofrimento do enfermo grave, fere direito alheio?

O Estado não legislou especificamente sobre a morte, limitando-se aos crimes contra o respeito aos mortos no Capítulo II do Título V do Código Penal brasileiro. Porém, o livre arbítrio acerca da morte digna, não há precedentes na nossa legislação brasileira. Havendo apenas a proibição à prática da eutanásia praticada por outrem, semelhante ao que ocorre com o suicídio, que não é crime, mas seu induzimento ou auxílio é.

Há, ainda o princípio da autonomia que se alicerça na liberdade de decisões, na deliberação, pelo homem, de suas vontades voluntariamente e consciente. É o que a ciência chama de autodeterminação, onde o cidadão para si o que melhor lhe

convêm. No caso da eutanásia é a determinação do paciente para que seja encerrada sua dor e sofrimento através da prática da eutanásia.

Os conceitos e valores do paciente não devem ser questionado nem pelo médico, nem pela lei, que deve prevê liberdade de pensamento e crença, o que de fato ocorre no Brasil, conforme artigo 5º da Constituição Federal.

É necessário, portanto, que o enfermo tenha plena capacidade para decidir, que não esteja coagido ou incitado a praticar a eutanásia, ou outro método semelhante para por fim à vida. Por isso, a figura do médico é muito importante para que o enfermo tome a decisão de morrer apenas em último caso, e quando findo todos os métodos paliativos. Diante disso, a lei que hoje incrimina a conduta da eutanásia somente prevê a dimuição de pena se o agente praticar o crime por relevante valor social.

A intervenção terapêutica contra a vontade do paciente é um atentado contra sua dignidade. A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade e, para isso, é fundamental o exercício do direito de liberdade, o direito de exercer sua autonomia e de decidir sobre os últimos momentos de sua vida. Esta decisão precisa ser respeitada. Estando informado sobre o diagnóstico e o prognóstico, o paciente decide se vai se submeter ou se vai continuar se submetendo a tratamento. Ele pode decidir pelo não tratamento, desde o início, e pode também decidir pela interrupção do tratamento que ele considera inútil. (CONSTANZI, 2005. *Apud.* BORGES, 2005)208.

Nenhuma liberdade é irrestrita ou plena, existem limites que a própria lei estabelece as liberdades individuais para que esta não venha ferir a liberdade de outro cidadão. Como exemplo, temos os direitos do menor, do incapaz, do presidiário, do doente mental, que sofrem restrições estabelecidas pela própria norma jurídica.

2.3 Direito à Dignidade

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, tornando o ser humano figura central do Estado. Tal princípio fundamental é inerente a todo pessoa, e conforme artigo 5º, caput, da CF/88 sem qualquer tipo de distinção, devendo o estado tutelá-lo, tendo em vista que é pressuposto necessário à existência. Não é surpreendente que seja assim, pois é questão magna sobre a qual edifica-se todos os outros princípios individuais do ser humano.

208CONSTANZI, Thiago Gomes. 2005. *Apud.* BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Disponível em: <hppt://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+7571> Acessado em 21 nov. 2005.)

Canotilho²⁰⁹ faz uma conceituação simplista e ao mesmo tempo densa de dignidade da pessoa humana, a saber:

(...) perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. (CANOTILHO, 1998 p. 221)

Para Canotilho o respeito a integridade física e espiritual da pessoa humana é precedente para garantir o desenvolvimento da personalidade de cada cidadão. O Estado acima de tudo deve proteger o humano em suas leis, posto que o centro de todo o mundo jurídico é o ser humano. Nesta mesma seara, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que traz em seu artigo I o mesmo respeito à dignidade humana, quando preceitua que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Nesta esteira, presume-se que todo ser humano é livre, e a dignidade torna-se fundamento da liberdade e igualdade. A Constituição Federal não permite que nenhuma pessoa renuncie à dignidade, pois a condição de sua existência é a própria vida. Desta forma, não existe pessoa sem dignidade. O que prevalece, de fato, é o livre arbítrio do indivíduo, para que decida sobre seu destino dentro dos limites imposto por lei, e sempre respeitando seus próprios limites – elemento da dignidade da pessoa humana.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana o homem não pode tornar-se objeto do Estado e de terceiros.

Dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do estado, quanto das demais pessoa, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumana ou degradantes, como também lhe garantido direito de acesso a condições existenciais mínimas. (MARTINS, 2005, p.120. apud CONSTANZI, 2005.).²¹⁰

²⁰⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constitucional e teoria da constituição. 3. ed. Coimbra 1998 p. 221

²¹⁰ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: principio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2005, p.120. Apud COSTANZI, Thiago Gomes. Eutanásia: direito de escolha do

A dignidade humana é um conjunto de valores, direitos, liberdades e garantias individuais e coletivas, sejam direitos pessoais, sociais, políticos, culturais, ou econômicos, de interesses da vida humana.

É mister citar Alexandre de Moraes quando douto doutrinador argumenta acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição federal exige que lhe respeitem a própria. A Concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere* (vive honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)" (MORAES, Alexandre de pp. 50, 51.)

Para exercer plenamente sua dignidade o cidadão deve incluir-se no convívio social. Ter dignidade é exercer suas liberdades sem influir na liberdade do próximo. A existência do Estado objetiva-se a estar serviço da pessoa humana, para suprir as suas necessidades.

No que se refere à eutanásia poderíamos suscitar o princípio da dignidade da pessoa, posto que tal método eutanásico é usado em doentes cujas enfermidades são graves e irreversíveis, e cujo sofrimento é intenso e penoso. Além, claro, dos enfermos em estado vegetativo, que nem mesmo possuem autonomia para decidir sobre sua vida ou morte.

A invocação do princípio da dignidade da pessoa humana torna-se imperiosa em razão da situação pela qual passa o cidadão acometido de moléstia grave e irreversível que lhe causa muita dor e sofrimento. A vida para pessoas que se encontram nesta situação parece não fazer mais sentido em virtude de tanto sofrimento que de nada adiantará passar.

paciente. 2008. 64 f. Monografia (apresentada ao final do curso de graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CEJURPS. Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu.

A prática da Eutanásia agride o direito fundamental à Vida. Por outro lado, ao vetar o cidadão de fazer uso da prática letal da eutanásia, a lei cerceia o direito de liberdade de escolha, a liberdade de opinião, pensamento e de autonomia. Um verdadeiro degladiamento de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.

Ainda assim, o direito brasileiro já se manifestou pela inaceitabilidade do uso da eutanásia em cidadãos brasileiros. Disso decorre uma conclusão indubitável – a sobreposição do direito a vida sobre a Dignidade da pessoa humana. É a legalização do viver por viver, do viver objeto fim, mesmo não possuindo, o cidadão, o mínimo de condição de uma vida digna, de qualidade de vida, de uma vida onde possa exercer qualquer direito que seja autonomamente.

Pelo princípio da dignidade da pessoa humana o homem não é somente um cidadão participante de um Estado, “um entre vários”, mas sim pessoa única no meio em que vive, com seus anseios, pensamentos e autonomia particular, e com poder de decidir de que forma pretende usar todos os direitos e garantias fundamentais que lhe foram dados pela Constituição, inclusive no que se refere à vida.

Flademir Jerônimo Belinati Martins ressalta que,

(...) em síntese, temos que a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito ao acesso a condições existenciais mínimas (MARTINS, 2003, p. 120).

Portanto, mais do que ter direito à vida, o cidadão, tem direito a uma vida digna, onde exerça com autonomia e consciência seus direitos. Sem embargo, a decisão pelo fim da própria vida é direito de cunho pessoal, particular, em nada devendo intervir o Estado, posto que esta decisão não afeta diretamente a estrutura e funcionamento do deste.

O princípio da dignidade da pessoa humana tenta resguardar e proteger os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Do contrário, o Estado e o próprio homem não trataria com prioridade suprema a vida, não lhes dariam, inclusive, o devido respeito que enseja.

5º, III, também da Constituição da República, que expressa que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante",

2.4 Direito à Saúde

O avanço científico desde o século XX têm sido rápido e eficaz. A medicina avançou com novos tratamentos, drogas e terapias que aumentaram, e muito, a qualidade de vida das pessoas. Mas, grande número de doenças continuam sem cura, ou com tratamento difícil, e por muitas vezes muito dispendioso. O Estado chamou pra si a responsabilidade de promover a saúde dos seus cidadãos e com isso ele interfere diretamente nos tratamentos dos doentes. É o caso da eutanásia, onde o Estado tutela a vida, não permitindo a o uso da técnica da eutanásia em doentes terminais.

Existem tratamentos clínicos em que os médicos mantêm vivos pacientes que em condições naturais a vida seria inviável. São vários aparelhos que são ligados ao corpo do enfermo para reestabelecer suas funções vitais funcionando da melhor forma possível, mesmo que isso provoque imensa dor e sofrimento. Além disso, a indústria farmacêutica evoluiu a tal ponto de existirem drogas para quase todas as enfermidades, inclusive para dores. O efeito de tantos medicamentos no organismo humano é de inevitável fragilidade, e assim um remédio vai sendo aplicado para combater a enfermidade, outros para combater os efeitos dos remédios.

A própria Constituição Federal traz a saúde como um direito de todos e dever do Estado, senão vejamos:

Art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Diante disto, o Estado interfere na saúde dos cidadãos porque ela, a Constituição Federal de 88, trouxe para si a responsabilidade de cuidar dos seus concidadãos. Em razão disto, e da previsão do Estado recuperar os enfermos, é que se justifica a interferência da lei no que diz respeito à distanásia. O Estado deve garantir a pronta recuperação do enfermo, administrar-lhe tratamento adequado e juntamente com o direito à vida, usar de todos os meios para manter vivo o doente tutelado, mas sempre sob condições dignas.

Será que a medicina com todo o avanço que vem passado está garantindo o direito de morrer dignamente? O quanto prolongar o sofrimento e a dor de uma enfermidade é digno? O quanto não respeitar uma decisão consciente e esclarecida de um doente terminal é digno e constitucional? Muitas são as indagações que só discussões como esta, que se apresenta agora por meio deste trabalho, é capaz de responder.

A lei, portanto, fala em recuperar os enfermos. Aqui é necessário lembrar que o termo correto deveria ser “cuidar”, “aliviar” o sofrimento. É preciso cuidar do doente, não só da doença. É preciso tratar com dignidade quem esta se submetendo a tratamentos, pois ao tentar recuperar o doente, ou tratar a doença, o enfermo pode estar sendo tratado com indignidade, numa verdadeira afronta à Constituição Federal que é nossa lei máxima.

3 – Aspectos Jurídicos

Como é sabido, a lei é imperativa e sancionadora. Influi diretamente na consciência pública. Quando uma lei entra no meio social, tem o condão de nortear o comportamento dos cidadãos. A eutanásia legalizada será praticada pelos cidadãos sem remorso, fragilizando a solidez da garantia fundamental á vida preceituada na nossa Constituição Cidadã.

Não existe previsão expressa da figura da eutanásia no Código Penal Brasileiro. Os doutrinadores, em sua maioria, concordam com a tipificação da referida conduta, em sua modalidade ativa direta e passiva, na primeira parte do §1º, do artigo 121, do Código Penal Brasileiro, que trata do homicídio privilegiado, eis o teor:

Art. 121 - Matar alguém:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.

§1º - se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Assim, no caso de homicídio praticado por motivo de relevante valor social ou moral, que em princípio seria o caso da eutanásia, o magistrado pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Assim, os motivos do crime definiriam a diminuição da pena, não sendo o caso aqui de exclusão da tipicidade ou da antijuridicidade.

Cabe notar que o motivo, causa de diminuição de pena, tem que ser relevante, ou seja, deve possuir significativa importância no meio individual do paciente. Portanto, se não for relevante, não haverá privilégio, ou seja, não será causa de diminuição de pena.

Por relevante valor moral, entende-se aquele referente aos interesses particulares do agente, em regra, ligado a um sentimento de misericórdia e compaixão

daquele que, diante da tragédia pessoal de outrem, tenta de qualquer forma minorar seu sofrimento.

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que nem sempre os motivos que levaram o agente a praticar homicídio contra paciente em estado terminal são fundados em relevante valor moral. Ocasionalmente há em que a justificativa é outra, podendo, a depender de cada caso, ser tipificada a conduta como homicídio simples, ou até mesmo qualificada, no caso do motivo torpe (Artigo 121, § 2º, I, CP).

Isto posto, é de absoluta procedência a observação de Rogério Greco (GRECO, 2010, p 46):

Quando o agente causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença a qual acometido, impelido por esse sentimento de compaixão, deve ser considerado um motivo de relevante valor moral, impondo-se a redução obrigatória da pena. Merece ser ressaltado que, em ambas hipóteses, a diminuição deve ser aplicada, em decorrência do menor juízo de censura que recai sobre a conduta do agente que atua amparado por uma dessas motivações.

Corroborando com esse entendimento, a exposição de motivos do Código Penal²¹¹, de modo expresso, se referiu à eutanásia para explicar o que se poderia entender por "motivo de relevante valor social, ou moral", eis o teor:

Ao lado do homicídio com pena especialmente agravada, cuida o projeto do homicídio com pena especialmente atenuada, isto é, o homicídio praticado "por motivo de relevante valor social, ou moral", ou "sob o domínio de emoção violenta, logo em seguida a injusta provocação da vítima". Por "motivo de relevante valor social ou moral", o projeto entende significar o motivo que, em si mesmo, é aprovado pela moral prática, como, por exemplo, a compaixão ante o irremediável sofrimento da vítima (caso do homicídio eutanásico), a indignação contra um traidor da pátria, etc. (Código Penal. 1940)

Resta claro, portanto, que a eutanásia, ao menos no código penal, é uma conduta típica, recebendo privilégio obrigatório em razão dos motivos determinantes do

²¹¹ Código Penal Brasileiro, 1940.

crime, embora haja divergência, em especial quando se leva em conta a defesa constitucional da morte digna.

É possível também, considerando o caso em que há consentimento da vítima, configurar-se, no momento da fixação da pena pelo juiz, a circunstância judicial do art. 59, quando fala do comportamento da vítima, ou mesmo a atenuante genérica do art. 66, em razão de circunstância relevante, não prevista em lei, anterior à conduta.

O crime aqui pode ocorrer tanto na modalidade comissiva como na omissiva. No primeiro caso, que é o mais comum, o agente abrevia a vida do paciente, mediante uma conduta positiva, pondo fim ao sofrimento da vítima, movido por um sentimento de compaixão.

Neste caso, para caracterizar a responsabilidade, mostra-se necessário a prática do fato típico, ou seja, da conduta causadora do dano, e do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado morte

No segundo caso, necessário se faz a presença do dever legal de agir, ou seja, o agente devia e podia agir para evitar o resultado. Segundo o art. 13, §2º, incisos I, II e III, este dever incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, ou de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado, ou com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

A doutrina é unânime em afirmar que, nestes casos, o médico, em razão dos deveres da profissão, bem como do próprio juramento, ou da relação contratual, estaria na posição de garante, sendo a omissão, nestes casos, penalmente relevante.

Mesmo concordando com o exposto acima, existem aqueles que defendem a eutanásia ativa indireta, onde se utilizando de meios necessários para amenizar o sofrimento insuportável, em razão dos meios empregados, tem-se como inevitável a morte do paciente.

Assim, diante do caso sofrimento excessivo do paciente, o médico se vê num dilema: manter a vida do paciente apesar do sofrimento insuportável, ou aliviar seu sofrimento por meio de medicamentosos que abreviarão a sua vida.

Aqui pode-se facilmente defender a inexistência de culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa por parte do autor. Neste caso, diferentemente da eutanásia ativa direta, em que é possível aliviar a dor do paciente por meios não letais, na indireta, o sofrimento insuportável é irremediável.

Se a própria Constituição Federal veda qualquer forma de tortura ou tratamento desumano ou degradante, não cabe ao médico escolher a "tortura física", máxime quando há súplica do paciente no sentido contrário. Ressalte-se que alguns constitucionalistas defendem ainda a existência do princípio da não tortura, que estaria acima do princípio da vida, pois conforme consta da Constituição, o primeiro, diferentemente do segundo, seria um princípio absoluto, não podendo ser relativizado.

Apesar de todo o exposto, se observarmos a problemática à luz dos princípios constitucionais, máxime o da dignidade da pessoa humana, a eutanásia revela-se como uma garantia do paciente, não havendo na conduta do agente nenhuma violação a direito, e sim em garantia constitucionalmente assegurado, o da morte digna.

Sobre o assunto, tenho por oportuno trazer à colação os ensinamentos de Marcelo NOVELINO:

No caso da eutanásia voluntária e do suicídio assistido a questão é mais delicada. Todavia, entendemos que no caso concreto, de acordo com as circunstâncias fáticas envolvendo o paciente, outros princípios (dignidade, liberdade, privacidade...) poderão justificar a sua realização e afastar a ilicitude da conduta. Vale lembrar que a constituição consagra o direito à vida com dignidade, razão pela qual não se justifica a manutenção da vida humana a qualquer custo. Isso não significa a manutenção da vida, mas a necessidade de considerar, ainda que em hipóteses excepcionais, a vontade do paciente e as circunstâncias fáticas do caso concreto. Este como um ser moral capaz de fazer escolhas e assumir responsabilidades (NOVELINO, 2011, p. 434).

A opinião o ilustre professor é sustentada por outros diversos autores, porém, carece de respaldo legal, pelo menos no que se refere à legislação infraconstitucional.

Vários seriam os ordenamentos maculados com tal conduta, tais como o próprio artigo 121 do Código Penal, no qual o tipo é 'matar alguém'. Assim como o artigo 122:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Também infringiria o artigo 135 do mesmo diploma incriminador:

Art. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco, à criança abandonada ou extraviada, ou a pessoa inválida ou ferida, ao desamparado ou em grave e eminente perigo; ou não pedir, nesses casos socorro da autoridade pública:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

A guisa dos exemplos é de se afirmar que seriam necessárias uma reforma em vários artigos do Código Penal, notadamente nos supramencionados, posto que todos se enquadram no conceito de eutanásia.

Como é cediço, para o Direito brasileiro, a eutanásia configura crime de homicídio. Com efeito, é conduta típica, ilícita e culpável. Nada tem de relevante o consentimento da vítima para a configuração do delito preceituado no artigo 121 do Código Penal brasileiro que imprime sanção, frisa-se das mais severas, ao agente que o comete, seja médico ou parentes.

O nosso diploma Penal não traz o crime de eutanásia, mas nos termos do tipo homicídio surge a figura do "homicídio privilegiado". Existe uma classificação para as diferentes formas de se proceder à prática da eutanásia. Os dois grandes tipos são o ativo no qual se faz uso de medicamentos que induzam à morte, e a modalidade passiva (ortotanásia) que consiste na omissão ou a interrupção do tratamento. Assim, conforme descrição alhures, o agente que pratica tais atos estará realizando a eutanásia, podendo ser condenado por crime de homicídio, ou mesmo ou auxílio ao suicídio.

Até o momento, é possível observar que há uma preocupação da lei em permitir o uso da eutanásia apenas em casos extremos, sendo a eutanásia a *ultima ratio* para a vítima e parentes.

É possível notar que o tema eutanásia é bastante controverso dentro do ordenamento jurídico brasileiro em virtude da Constituição Federal de 1988 garantir com direito fundamental – a vida. Em razão disto, todos os tipos que se relacionarem ao bem jurídico – vida – deverá sofrer alguma alteração caso seja legalizada a eutanásia.

A mais recente polêmica envolvendo a eutanásia é o conhecido como testamento vital instituído pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) através da Resolução 1.995/2012, que intitula como Diretivas Antecipadas de Vontade o direito dos pacientes decidirem, prévia e expressamente, quais cuidados e tratamentos a que querem ser

submetidos quando estiverem incapacitados de expressar suas vontades livres e conscientes. Podendo decidir, inclusive, se desejam a intervenção médica quando ocorrer parada cardiorrespiratória, necessitar de cirurgias de risco, procedimentos e tratamentos dolorosos e degradantes, entre outros meios artificiais de perpetuar ao máximo a vida.

A justificativa é que pelo testamento vital é possível regulamentar a postura do médico, para que não tome medidas contrárias à vontade do paciente, respeitando assim a liberdade do enfermo, conforme ordena a Constituição Federal. Vem a ser também medida contra a adoção de tratamento que submete o enfermo a penoso e dolorido prolongamento de seu sofrimento.

Tal medida pode ser feita através de comunicação ao médico ou via cartório por pessoa maior e capaz civilmente para os atos da vida civil, e que deseja voluntariamente decidir como quer que seja seu fim de vida, podendo ser modificadas suas cláusulas, desde que pelo próprio testador ainda capaz para tanto. Cumpre lembrar que tal resolução refere-se à ortotanásia, e não a eutanásia, posto que na ortotanásia a morte é inevitável e iminente.

Nestes tipos de testamento a condição terminal da doença grave, estado inconsciente de coma ou dano cerebral grave que torne o enfermo em estado vegetal sem possibilidade de recuperação. Caso contrário, não há como efetivar o testamento vital. O testamento vital é documento escrito pelo próprio enfermo que decide antecipadamente sobre seu tratamento caso venha a se encontrar nesse estado vegetativo, em substituição as decisões tomadas pelos familiares.

Os juízes e tribunais brasileiros ainda caminham a passos lentos no que se refere ao testamento vital, haja vista, esta ainda não é uma prática muito difundida no Brasil, sobretudo pela sua recente legalização.

Apesar de não está previsto no Código Civil brasileiro como uma das formas de disposição para o período da morte, o testamento vital, não encontra vedação na atual legislação brasileira. Portanto, aqueles que desejam não se submeter a tratamentos médicos quando estiverem em estado grave de saúde podem se salvar com o testamento vital, em que disporão sobre como proceder os médicos e familiares caso venham a estar em estado vegetativo sem condições de decidir *per si*.

A legislação brasileira apresenta um paradoxo que parece de difícil compreensão, trata-se da legítima defesa como excludente de ilicitude.

Nessa esteira, Mirabete e Fabbrini trazem uma abordagem clara do que vem a ser causas de excludentes de ilicitude,

O direito prevê causas que excluem a ilicitude do fato típico, chamadas de causas excludentes da criminalidade, ou excludentes da antijuridicidade, ou excludentes da ilicitude, ou justificativas, ou discriminantes. Dispondo a esse respeito, diz a lei brasileira, no art. 23, em caráter geral,, que “não há crime” quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal no exercício regular de direito. Mas, além dessas normas permissivas da Parte Geral, existem algumas justificativas na Parte Especial (art. 128, art. 142 etc.). Evidentemente, reconhecendo-se a excludente com relação a um dos autores do fato, aproveitam-se todos aqueles que concorram para o resultado como co-autores ou partícipes. (FABBRINI e MIRABETE, 2007, p.228).

Pelo que nos traz os insígnies doutrinadores, as excludentes de ilicitude são normas permissivas, ou seja, permite a prática de crime em determinadas situações, como é o caso da legítima defesa. Estão previstas no art. 23 (caput), art. 24 (estado de necessidade) e art. 25 (legítima defesa). É importante salientar que não estão somente instituídas na Parte Geral do Código Penal, mas na Parte Especial é possível identificar os artigos 128, 142, 150 e 156, por exemplo, que exclui a condição ilícita do fato.

Dito isso, as causas de excludentes de ilicitude justificam, inclusive, o crime de homicídio, que se cometido nessas condições do art. 23, CP, não caracteriza crime, o agente não será condenado. Desta forma, é salutar que a lei não proíbe o crime de homicídio, a lei apenas penaliza todo aquele que matar alguém.

Como a eutanásia é tipificada como crime de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º do Código Penal) o agente que comete o crime de matar alguém apenas por motivo de relevante valor ou social é processado criminalmente pelo delito de homicídio privilegiado.

Ao tempo em que, a lei não permite matar alguém por meio das causas excludentes de ilicitude se ocorrer as situações que definem as causas do art. 23 do CP. Assim, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, não comete crime.

Além de que, considera-se em estado de necessidade o agente que pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, exatos termos do art. 24 do CP.

Ou seja, para a eutanásia não cabe invocar o estado de necessidade, posto que este tende a resguardar um bem jurídico em detrimento de outro, e na eutanásia não há dois bens jurídicos em conflito, mas apenas um, a vida do próprio enfermo, e que, na verdade, não deseja proteger seu bem jurídico, vida, mas, sim extingui-la, de maneira aliviar o próprio sofrimento e de seus familiares e amigos. Pelas mesmas justificativas não é possível invocar a legítima defesa.

Isaac Peixoto Costa Rosa²¹² em seu texto, *A Eutanásia No Direito Brasileiro*, cita Bizatto (2000, p.321), preceituando que “pela Lei, o ser humano pode tirar a vida de um outro ser humano que injustamente lhe agredira, mas está proibido de sentir compaixão pelos seus semelhantes”.

Nas palavras de Bizatto percebe-se que de fato a compaixão pelos entes enfermos não autoriza a prática da eutanásia. inclusive o Código Penal em outra passagem afirma que paixão e emoção não excluem a imputabilidade. E, talvez aqui, seja necessário concordar com o legislador, posto que qualquer crime poderia alegar que foi motivado por forte emoção ou paixão, causando uma verdadeira insegurança jurídica e social.

Mas, de toda forma, é necessário reanalisar o sentimento de piedade em torno da eutanásia, além do próprio consentimento da vítima que deveria ser aceito como autorizador da prática da eutanásia.

3.1 A vida e a morte na história

Ao longo da história humana a vida e a morte foram talvez os assuntos que mais renderam veneração e adoração pelo homem. A vida é o bem mais valioso para quase todos os povos, sendo por tal razão objeto de proteção especial por parte dos agrupamentos humanos mais diversos.

A morte por ser também um fenômeno social despertou muito interesse das sociedades, desde as mais remotas. Para uns a morte é uma passagem para outro mundo, para outros é término definitivo da condição humana.

Cada cultura possui seu conceito de vida e morte. Cerimônias fúnebres em algumas culturas são uma mistura de festa e celebração, por exemplo.

Em Newgrange, norte de Dublin, capital da Irlanda, é possível visitar diversos monumentos antigos que, de acordo com os estudiosos, são locais destinados à adoração à vida e à morte. O famoso Stonehenge é um exemplo de local usado pelos

212 ROSA, Isaac Peixoto Costa. *A eutanásia no direito brasileiro*. Jun. 2007. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-eutanasia-no-direito-brasileiro/1783/#ixzz2K7KZ9UnI>>. Acesso em 18 jan. 2013.

antigos povos em rituais religiosos, mas para algumas correntes históricas, o local era destinado ao culto à vida e à morte. Os próprios irlandeses, que em parte são descendentes dos celtas – povo que tinha conceitos de vida e morte diferente das demais civilizações contemporâneas - realizam verdadeiras festas após o enterro de seus mortos.

Mas, isso não é exclusivo da cultura irlandesa, vários são os povos que possuem em sua cultura o hábito de comemorar a morte²¹³ – a passagem para a outra vida, como são exemplo os ganeses.

Como o Direito tem sua exegese na sociedade, é possível perceber na história povos que utilizaram da prática de abreviar a vida de indivíduos que não possuísem saúde física para viver com dignidade e exercer um papel produtivo na sociedade.

Paul Cartledge²¹⁴, afirma em seu livro Spartans que:

“O infanticídio era comum na Grécia antiga, mas Esparta era a única a praticá-lo colocando a decisão nas mãos do Estado, e não na dos pais. (...) A palavra final era do conselho dos anciãos: eles é que decidiam se a criança estava apta a continuar viva ou teria de ser morta”.

Conforme supramencionado, a prática de ceifar a vida de pessoas que sofriam de alguma enfermidade é bem antiga e em algumas culturas era prática costumeira, fazendo parte, inclusive, das normas locais.

Tem-se registro da discussão a cerca da eutanásia desde a Grécia Antiga, onde podemos citar como expoentes Platão, Epicuro e Plínio. Na era de Hipócrates, os indivíduos que consideravam a vida um fardo, assim como as portadoras de doenças graves, solicitavam aos médicos que lhes ministrassem tóxico para libertá-los do fardo de

213 Disponível em:

<<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/nyt/eua+funeral+ganense+traz+festa+com+musica+danca+e+bebidas/n1300060782024.html>>.

214 CARTLEDGE, Paul. The Spartans: The World of the Warrior-Heroes of Ancient Greece, Vintage, 2004.

Apud CHEROBINO, Vinícius. Guia do estudante. Mai. 2012. Disponível em:

<http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/saiba-como-era-infancia-esparta-685928.shtml>.

Acesso em: 21 jan. 2013.

uma vida sofrida e penosa. O assassinato de anciões era uma obra de compaixão filial, quando muito pedido por eles mesmos.

Torna-se imperioso questionar como os gregos, que desde o nascimento eram preparados para guerras em treinamentos cruéis e dolorosos, podiam sentir medo da dor e sofrimento no leito de morte se durante toda a vida enfrentaram dores e sofrimentos em batalhas, sobretudo, porque se deparavam com a morte em muitos momentos?

A morte em Esparta era vista como dispositivo de controle social, sobrevivendo apenas aqueles indivíduos que pudessem trazer ou fazer algo em prol de toda sociedade, não meramente sendo um fardo aos familiares e ao estado. Trata-se do que hoje se conhece como eugenia. Lamentavelmente, a prática as eugenia conseguiu adeptos posteriormente, pois sob o fundamento de uma técnica de melhoramento humano, milhares de pessoas foram exterminadas, caso do holocausto nazista, por exemplo.

Havia na Índia, a prática de as águas do rio Ganges serviam para acolher doentes incuráveis que ali eram atirados com as narinas e a boca repletas de lama sagrada para morrerem.

Em Roma, após os combates mortais nas arenas de gladiadores, os imperadores autorizavam a execução da eutanásia nos gladiadores feridos mortalmente, poupando-lhes do sofrimento e morte inevitável.

Marcelo Guimarães na obra "Eutanásia: novas considerações penais" traz que no séc. XVII:

(...) Francis Bacon, já no século XVII, quem cunhou modernamente a expressão 'eutanásia', afirmando que ela constituía o único tratamento possível diante de doenças incuráveis. Entretanto, a discussão inicial e o cada vez mais aprofundado debate acerca da prática eutanásica, assim como de seu alcance e limites datam, repise-se, dos primórdios da civilização humana.

Não apenas Francis Bacon que na era moderna trouxe dados referentes à eutanásia, conforme mencionado, mas Paulo Daher Rodrigues²¹⁵ aponta em sua obra 'Eutanásia' que:

215 RODRIGUES. Paulo Daher. Eutanásia. Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1993. Apud GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Eutanásia: novas considerações penais. Editora J.H.Mizuno, São Paulo, 2011.

No Brasil, mais especificamente no interior do estado de Minas Gerais, a eutanásia parece ter sido empregada por pessoas humildes e de boa-fé. Com efeito, conta-se que, quando a agonia de um doente era demasiadamente prolongada, costumavam os familiares dizer que o indivíduo estava tal modo fraco que não tinha força nem mesmo para morrer, razão pela qual era chamado alguém da localidade para, com o crucifixo nas mãos, abraçar o agonizante e colocar um joelho sobre o estômago, bradando-se então que o enfermo poderia morrer, eis que "Nosso Senhor já o esperava".

Pelo relato supramencionado é possível perceber que a eutanásia estava difundida até no Brasil há muito tempo, mostrando ser uma prática que sempre acompanhou as comunidades humanas, posto quase todos os povos utilizaram seus métodos eutanásico para aliviar a dor e sofrimento dos indivíduos que agonizavam no leito de morte.

A eutanásia foi tema de discussões ao longo de toda a história da humanidade, a exemplo de grandes nomes que insurgiram na celeuma, como Lutero, Thomas Morus (Utopia), Karl Marx (Medical Euthanasia), Schopenhauer e Immanuel Kant.

Hoje tal método é discutido com mais profundidade e com mais cautela, em razão do grande desenvolvimento da medicina e de terapias curativas que prolongam a vida com qualidade.

Conforme nos remete Genival Veloso de França²¹⁶,

"o aumento da eficácia e a segurança das novas modalidades terapêuticas motivam também questionamentos quanto aos aspectos econômicos, éticos e legais resultantes do emprego exagerado de tais medidas e das possíveis indicações inadequadas de sua aplicação".

De todo modo é preciso cautela na decisão pela eutanásia, já que em relatos da história humana houve o uso indiscriminado da morte antecipada, o que de forma alguma é cabível na nossa era da dignidade da pessoa humana.

²¹⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: direito de matar ou direito de morrer. Jan. 1999. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutange.htm>. Acesso em: 02 fev. 2013.

3.2 A legalidade da norma proibitiva

Toda a discussão que envolve a eutanásia hoje no Brasil, gira em torno de sua legalidade. Isso porque, a Lei não permite rematar a vida. Exceto a figura do artigo 128, a saber:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Assim, nos casos em que há risco de morte para uma das partes, o médico pode realizar o aborto na gestante, pondo em óbito o nascituro. E também, no caso de estupro há permissão para ceifar a vida intrauterina por entender a lei que a mãe não é obrigada a conviver com a dor da lembrança do estupro, muito menos com um herdeiro do crime.

Excetuado esses dois casos, não há permissão para matar. Cumpre mencionar que não há proibição legal, apenas normativa. Isso significa que a lei não proíbe matar, apenas sanciona quem mata alguém. Já a norma, que surge do seio social, proíbe a prática do homicídio, que é matar alguém.

Nossa legislação prevê casos em que há exclusão de crime para quem mata alguém sob determinadas circunstâncias, noutros casos exclui ou diminui a pena de quem comete o delito do artigo 121 do código penal brasileiro.

Quando, no Brasil, o assunto é eutanásia a questão é meramente jurídica, porque de todo modo todos os cidadãos são livres para fazer ou deixar de fazer o que quiser, desde que não proibido em lei. Disso resulta que a eutanásia não é compatível com nosso ordenamento jurídico na medida em que a lei proíbe matar alguém. Sendo assim, a conduta médica de interromper tratamento ou administrar substância ou método que tire a vida de doente grave configura crime de homicídio. Porque a conduta é uma ação ou omissão com resultado morte, devendo ser imputada pena a quem devia ou podia evitar o resultado morte. Tudo isso em atendimento ao direito fundamental à vida garantido em nossa Constituição Federal atual.

Porém, é preciso trazer à baila a situação em que o próprio doente pretende ou põe fim a sua própria vida. Isso ocorre quando há o consentimento do doente no sentido de que seja-lhe usado procedimento que ponha fim a sua vida por motivo de doença grave, terminal e incurável.

Não há como fugir da indagação: nos casos em que é o próprio paciente que deseja sua morte em razão de doença grave, terminal e incurável estaria cometendo qual crime?

A eutanásia, como conceito majoritário, a privação da vida alheia perpetrada por razões humanitárias, a requerimento do interessado, que sofre de uma enfermidade terminal incurável ou de uma situação de invalidez irreversível, conforme citado alhures as palavras de LOSCHI.

Desta forma, percebe-se que não há crime de eutanásia que o próprio paciente deseja que lhe seja aplicada o método mortal. O tipo se refere a um terceiro – entendido aqui como sendo o médico, ou equipe médica – que retira vida do paciente.

O consentimento da vítima, para alguns doutrinadores, é levado em conta apenas na fase de fixação da pena (art. 59 do Código Penal) como circunstância atenuante do crime. O art. 65, III, também estabelece que sempre atenua a pena ter o agente cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

Outra indagação que resulta do apontado acima é: o próprio doente pode ministrar a si próprio o método da eutanásia? Neste caso qual o crime?

Tais questionamentos deverão ser analisado durante os debates acerca da inclusão do tipo penal eutanásia no novo Código Penal brasileiro que ainda está em trâmite no Congresso Nacional.

3.3 Direito de Morrer Dignamente

A morte faz parte da condição humana, é uma etapa inevitável da existência. Não se configura como evento à parte, é o limite humano invencível. É um fato natural relevante e que deveria, o Direito brasileiro, assistir mais sobre esse fato. Apesar de não ser bem vinda para a maioria das pessoas.

Encarar a morte como parte integrante da vida, e lançar mãos das amarras de uma conduta insistente voltada para a preservação da vida, mesmo sob condições

indignas, faria entender que o direito à liberdade dá poder ao cidadão de decidir como deseja cumprir essa parte da vida, qual seja, a morte.

Não há como tratar separadamente vida, morte e dignidade. O correto é a harmonia entre os direitos, de forma que, para se ter dignidade é preciso ter vida, se se tem vida é necessária dignidade, assim como para morrer também há de se ter dignidade.

Mas, o ordenamento jurídico pátrio não traz a figura explícita do crime de eutanásia, porém a eutanásia ativa é a figura do crime de homicídio privilegiado 121, § 1º do Código Penal, isso em razão do sentimento de piedade. Assim como o art.122 do mesmo códex diz tratar-se de crime induzir, instigar ou auxiliar a suicídio. A distanásia constitui uma prática que atenta contra a dignidade humana, vez que, propicia a extensão do tratamento do enfermo terminal, por vezes prolongando também a dor e o sofrimento do paciente.

A ortotanásia é conduta atípica conforme o Código Penal Brasileiro, uns, inclusive, afirmam que é o estrito cumprimento de dever legal, quando se referem ao exercício regular da medicina.

Há uma diferença que deve ser mencionada, o direito de morrer dignamente não se confunde com direito à morte. Morrer dignamente significa uma morte humanizada, de forma que haja um mínimo de qualidade de vida, porque na verdade o que a eutanásia propõe é uma boa morte. Um falecer sem sofrimento. Sem prolongamento a agonia de doenças incuráveis e penosas, como também, não prolongar tratamento que sempre resultará inútil. Todos os cidadãos tem o direito de morrer, porque isso é condição humana, mas o Estado deve tutelar é o direito de morrer dignamente.

Destarte, é direito do enfermo de doença grave e incurável não se sujeitar a tratamento que, acima de tudo lhe prolongará o sofrimento e a dor, é garantia constitucional de liberdade, autonomia, da inviolabilidade de sua vida privada e intimidade e, sobretudo, da dignidade da pessoa. No leito de morte o cidadão deve ter o seu direito de escolha respeitado, sob de violação destas garantias.

Esse é apenas um exemplo de muitos que se têm notícias. O direito de morrer com humanidade, sem contrariar as vontades dos enfermos é de salutar importância por se tratar de respeito à dignidade da pessoa humana.

Outro exemplo clássico que vem a baila são os adeptos da religião das Testemunhas de Jeová que segundo a doutrina, seus membros não têm o direito de fazer doação ou transfusão de sangue. Portanto, caso algum doente discípulo da referida religião necessitar de bolsa sangue doado a recomendação é não proceder à transfusão, uma decisão que pode se tornar fatal para o doente.

Morrer é inerente à vida. O Estado garante uma vida digna, mas seus preceitos e normas vão de encontro ao direito de morrer dignamente, sob a ótica do livre arbítrio, liberdade de consciência e de dispor do maior bem humano que é a vida.

3.4 Casos Contemporâneos

Cumpra aqui mencionar o caso da uma adolescente inglesa, Hannah Jones²¹⁷, que aos 13 anos conseguiu o direito de morrer, abandonando tratamento que lhe mantinha viva. Hannah teve leucemia aos 5 anos de idade, e desde então vinha ingerindo fortes remédios que acabaram enfraquecendo seu coração. Em razão do coração enfraquecido, a adolescente precisava fazer uma cirurgia para que sobrevivesse.

Porém, a equipe médica alertou-a sobre os riscos da cirurgia, que mesmo obtendo êxito a submeteria a intensos tratamentos pelo resto da vida. Hannah decidiu não fazer a cirurgia, preferia morrer em casa com junto a família. O hospital acionou a Justiça para obrigar a adolescente a fazer a cirurgia, mas após conversa com a equipe de assistência social do hospital, os médicos desistiram da ação e a adolescente Hannah pôde ir morrer em casa como era seu desejo¹.

Em outubro de 2012 a Corte Superior de Justiça da Inglaterra decidiu sobre um Apelo feito pela viúva do engenheiro Tony Nicklinson²¹⁸. O engenheiro teve todos os movimentos do corpo comprometidos após um derrame ocorrido há sete anos, desde então vinha lutando pelo direito à morte com auxílio de um médico, tendo sido negado seu pedido pela justiça inglesa. Em razão disto, iniciou uma greve de fome, que juntamente com uma pneumonia, resultou em sua morte. A Corte Inglesa tinha decidido que a discussão sobre a eutanásia não cabe ao poder judiciário, mas sim, ao Parlamento².

Já na Irlanda, Marie Fleming, professora aposentada teve seu pedido de praticar eutanásia negado pela Corte Superior da Irlanda²¹⁹. Ela possui há vinte e três anos

²¹⁷ Britânica de 13 anos ganha direito de morrer. BBC Brasil. Disponível em:

http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/11/081111_menina_morte_dg.shtml. Acesso em: 15 jan. 2013.

²¹⁸ PINHEIRO, Aline. Justiça inglesa não vai rediscutir direito de morrer. Revista Consultor Jurídico, 3 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-03/corte-inglesa-rejeita-pedido-reabrir-discussao-direito-morrer>. Acessado em: 21 jan. 2013.

²¹⁹ _____. Corte irlandesa nega a doente direito à eutanásia. Revista Consultor Jurídico, 10 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-10/corte-irlandesa-nega-doente-terminal-direito-eutanasia>. Acessado em: 21 jan. 2013

esclerose múltipla, doença que já paralisou todos os movimentos do corpo. E, assim como no caso de Tony Nicklinson, a aposentada necessita de ajuda de um terceiro para praticar a eutanásia. Mas, o suicídio assistido na Irlanda é crime, e tem pena de prisão de até 10 anos para quem prestar o auxílio. Fleming pleiteia que a lei que criminaliza o suicídio assistido seja considerada inconstitucional por restringir a liberdade de escolha pessoal³.

Talvez o caso mais emblemático de eutanásia seja o da italiana Eluana Englaro, que entrou em estado vegetativo após um acidente automobilístico, e desde então seu pai travou uma batalha judicial para conseguir o direito de desligar os aparelhos que mantinham sua filha viva. O pedido do pai foi negado em Dezembro de 1999 pelo Tribunal de Apelação de Milão e em abril de 2005 pelo Tribunal de Cassação.

Somente em 13 de novembro de 2008, a mais alta corte da Itália concede ao pai de Eluana o direito de deixar suspender a alimentação de sua filha, que veio a óbito em nove de Fevereiro de 2009 aos 38 anos de idade, depois de estar em um estado vegetativo por 17 anos.

Na América do Norte, o caso mais famoso ocorreu na Flórida (EUA). A batalha judicial girou em torno da decisão dos pais de Terri Schiavo que queriam que a filha permanecesse viva, mesmo no estado vegetativo em que se encontrava há quinze anos.

Porém o viúvo de Terri seguia afirmando que ela se manifestou várias vezes no sentido de não queria ser mantida viva se viesse a ficar em condições como aquela. Terri, através de seu esposo, conseguiu o direito à morte, após quinze anos nessa condição vegetal, ao final de duas semanas sem receber água e comida aos 41 anos.

O desfecho, talvez trágico, da morte de Terri Schiavo²²⁰ após 15 anos de estado vegetativo e doloroso sofrimento, reacendeu novamente a polêmica acerca da eutanásia.

No mundo inteiro houve manifestações pró e contra a eutanásia, mas sem dúvida o triste caso da norte-americana serviu para que o debate fosse reaberto e legisladores de diversos países engajarem o tema nas assembleias e reuniões, e em alguns casos na aprovação de lei. Mas, houve também os que preferiram não defendê-la publicamente ou apontar seus benefícios.

²²⁰ O GLOBO. Fev. 2009. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/relembre-outros-casos-de-eutanasia-na-europa-nos-estados-unidos-3576080>. Acesso em: 02 fev. 2013.

O insigne advogado e jurista Luiz Flávio Borges D'Urso²²¹ afirma em artigo publicado na internet que,

Embora muito remota pelos princípios humanos e cristãos da sociedade, a eutanásia, caso seja legalizada no Brasil, se estará admitindo uma forma de burlar o crime de auxílio ao suicídio pela modalidade libertadora, burlar o homicídio pela modalidade piedosa e finalmente burlar o infanticídio e até o aborto criminoso pela modalidade eugênica ou econômica.

Nos dizeres do advogado D'Urso haveria afronta à legislação penal brasileira vigente, sendo necessária uma verdadeira reforma na parte que tratados crimes contra a pessoa, além de ir de encontro os preceitos humanísticos e cristãos.

3.5 Eutanásia no Novo Código Penal

Uma análise nos Códigos Penais pretéritos é possível notar que não tratam da eutanásia, apesar de que em alguns anteprojetos, como é o caso do anteprojeto do Código Penal brasileiro de 1984 em que previa no art. 121, § 3º que,

§3º - o médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua possibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico.

Todavia, esta parte não foi aprovada pelo legislativo, mas serviu para demonstrar que o tema da eutanásia é antigo e merece atenção do legislativo e judiciário. Em 1998 novamente se tentou incluir a eutanásia e ortotanásia na legislação brasileira, senão vejamos,

Art. 121 – (...)

§ 3º. Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena — reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos.

²²¹ D'URSO, Luiz Flávio Borges. A eutanásia no direito brasileiro. 2005. Disponível em: <http://www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81/>. Acessado em: 25 jan. 2013.

§ 4º. Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.

O Código Penal brasileiro que é de 1940 não trata explicitamente da eutanásia, e conforme o projeto de Cernicchiaro pretendia introduzir inclusive a ortotanásia como excludente de ilicitude.

Está tramitando desde 2012 no Congresso Nacional brasileiro projeto de lei para um novo código penal. Começou a tramitar no Senado e logo após votado. Caso seja aprovado, segue para a Câmara de Deputados e, de lá, para a sanção a presidenta decidir se sanciona ou não. Desta forma, como o projeto inclui temas polêmicos como a eutanásia, não há previsão para que comece a vigor.

A comissão de juristas responsável pelo anteprojeto apresentou na proposta a figura típica da eutanásia, restando assim apresentado o texto do referido tipo incriminador:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

É a morte piedosa. Pelo artigo supra é possível verificar que o tipo exige alguns critérios definidos pelos legisladores. Primeiramente o fato deve ser efetuado por piedade ou compaixão, elemento subjetivo. É possível presumir, inclusive, que este critério trará muitas discussões a respeito do que poderíamos considerar situação ensejadora de piedade ou compaixão.

Um segundo elemento seria a condição de imputável, o que consiste em a vítima ser civil e penalmente capaz. Não há como verificar as intenções do legislador no que tange a tal quesito, podendo apenas permitir que se entenda que a vítima seja punida por qualquer eventual fato jurídico.

Outro elemento, este já conhecido, é o consentimento da vítima, que deverá se manifestar sobre a utilização do método letal em si próprio. A lei quer prevenir que interessados, desde parentes até terceiros, utilizem tal prática mortal para livrar-se de alguém em benefício próprio, posto que a vítima deve anuir para que a prática da eutanásia seja utilizada.

A lei ainda fala em sofrimento físico, não incluído o sofrimento psicológico. Cidadãos que estiverem acometidos de doença grave e terminal, mas que por ventura não traga muito sofrimento físico, não podem se valer de tal método.

O projeto de lei nº 236 foi apresentado ao Senado Federal em julho de 2012 e traz a eutanásia no seu texto, tornando-a lícita desde que atendido aos requisitos supramencionados.

De acordo com o novo projeto do código penal é possível também o perdão judicial, conforme parágrafo 1º, do artigo 122, "Parágrafo único - O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima". O juiz ao analisar o processo pode conceder o perdão judicial caso o crime tenha sido praticado por parente ou pessoas afetadas à vítima.

Há previsão também da ortotanásia, no seguinte parágrafo 2º do aludido artigo 122,

"Parágrafo 2º - Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão."

Cumpra aqui esclarecer que existe a chamada eutanásia passiva em que o fim colimado é a morte do paciente que se encontra em estado terminal e em extremo sofrimento ou pacientes com enfermidades que a medicina não dispõe de tratamento. Que difere da ortotanásia que vem a ser não administrar tratamento ao enfermo que o submeta a situação degradante e dolorosa, permitindo apenas que o doente tenha nos seus momentos finais de vida o máximo de conforto.

Por isso, o que se percebe no parágrafo 2º do artigo 122 é a eutanásia passiva, pois o doente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter vivo o enfermo e assim a morte lhe seja abreviada. Pois há casos em que o tratamento dado ao enfermo não lhe causa tanta dor ou sofrimento, pelo contrário, alivia dores e mal-estar.

Na ortotanásia não se deseja a morte do enfermo, mesmo sabendo que esta é iminente, o que não se deseja é a submissão a tratamento que só prolongará o

sofrimento. O objetivo da ortotanásia é garantir o conforto físico, psíquico, social e espiritual.

É salutar trazer à baila a Resolução 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina que nos seus termos estabelece:

“Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.”

As normas supraleais ajudam a elaboração do novo *códex* criminal na medida em que especialistas no assunto eutanásia trazem ao conhecimento de todos os avanços da ciência na preservação da vida.

O projeto do novo código penal tem o desafio de trazer a eutanásia para o debate jurídico. O Brasil está entre os países com a legislação mais avançada em diversas áreas. No que se refere à eutanásia, esta ainda é vista com certo tabu, e devido a isto os legisladores terão grandes desafios em apreciar o tema e aprovar o texto de lei que mais reflita o anseio social.

O Congresso Nacional brasileiro e suas duas casas, quais sejam, câmara dos deputados e senado, responsável pela aprovação da lei do novo código penal, é composto hoje das chamadas “frentes parlamentares”, dentre elas é preciso citar a frente evangélica que tem ampla representação no Congresso, e é formada por parlamentares que defendem “preceitos evangélicos”.

Caso recente que chegou ao Congresso e que rendeu muitos debates e polêmicas foi o casamento de pessoas do mesmo sexo, a bancada evangélica se posicionou contra a proposta o tema222, e discordam das decisões do STF e outros tribunais que entendem ser possível o casamento de pessoas do mesmo sexo.

222 Em encontro com o presidente do Senado, José Sarney, do PMDB do Amapá, a Frente Parlamentar Evangélica pediu tranquilidade na discussão da Reforma do Código Penal. O presidente do colegiado, deputado João Campos, do PSDB de Goiás, disse que a bancada religiosa quer retirar do anteprojeto alguns pontos. Entre eles estão o que amplia os casos de aborto previstos na lei e os que permitem a eutanásia e o porte de drogas para consumo próprio. O deputado deixou claro, no entanto, que a Frente Parlamentar Evangélica não é contrária à atualização do Código Penal. (*In*: Rádio Câmara. Frente evangélica quer retirar aborto e eutanásia do anteprojeto do novo Código Penal. Nov. 2012. Disponível em:

Há os defendem as ideologias da bancada evangélica, como também há os que criticam e veem como um atraso na evolução legislativa as oposições da frente evangélica em temas polêmicos como o casamento entre homossexuais, aborto, a redução de 14 para 12 anos de idade para que seja caracterizado o estupro de vulnerável, a legalização das casas de prostituição; a ampliação das hipóteses de aborto legal; e a descriminalização do porte ou plantio de drogas para uso próprio e, sobretudo, a eutanásia.

Tudo isso demonstra que a discussão sobre eutanásia transcende a esfera jurídica, as ideologias filosóficas, religiosas, morais e sociais, entre inevitavelmente no debate, até mesmo no local em que os representantes do povo devem ser isentos de posicionamentos pessoais, devendo representar e externar por meio de lei o interesse da maioria da população.

Os debates sobre os pontos do projeto de lei estão sendo realizados em diversas cidades do país e conta com a participação de entidades sociais e de toda a população. Nestes debates são apresentados os pontos de vistas, que demonstra quais os interesses da sociedade, e seu entendimento sobre a eutanásia.

No Brasil não houve uma discussão aberta e ampla sobre o tema, a maior parte da população não conseguiu distinguir eutanásia de ortotanásia, de suicídio assistido etc.. Desta forma, fica inviável o debate, haja vista é necessário o conhecimento sobre o tema para depois debater.

Diversas entidades, ONGs e organizações sociais, promovem discursão sobre o tema eutanásia, mas são uma parcela mínima da população que tem acesso às informações e debates, além da falta de interesse da grande maioria da população acerca do tema.

Pela leitura do projeto de lei nº 236 é possível perceber que haverá apenas uma regulamentação da eutanásia, sua conduta será considerada crime, tendo somente direito, o agente, à redução da pena. O que de certa forma é o que está hoje na legislação, quando se amolda a eutanásia a figura típica do homicídio privilegiado, por motivo de relevante valor social ou moral. O projeto do novo código apenas tipifica a eutanásia com o próprio nome "crime de eutanásia", mas suas consequências são absolutamente idênticas à legislação vigente.

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ultimas-noticias/430610-frente-evangelica-quer-retirar-aborto-e-eutanasia-do-anteprojeto-do-novo-codigo-penal.html>>. Acesso em 29 jan. 2013).

De outro modo, a ortotanásia seria descriminalizada. Comportaram-se, os juristas, de modo condizente com os preceitos legais vigente, pois, ao analisarmos a ortotanásia percebemos que seu fim não é a morte, o resultado da ação não vislumbra a morte, apesar da morte ser inevitável nos casos de ortotanásia, o objetivo deste procedimento é dar um morte digna, deixando de submeter o paciente à procedimentos médicos que lhe causariam imensa dor e sofrimento inúteis, conforme já dito alhures.

A ortotanásia é vista com tranquilidade pela sociedade. Todo aquele cidadão que é “desenganado pelo médico”, que lhe estimo o tempo restante de vida, pode optar por morrer em casa, com os familiares e amigos. Nisso a ortotanásia diverge da eutanásia, pois na ortotanásia o curso da morte seguirá seu fluxo normal, sem interferência humana.

Os juristas responsáveis pela elaboração do projeto do novo código se embasaram no costume e na medicina para, acertadamente, permitir que todo cidadão exerça seu direito de escolha – sua liberdade – de forma soberana, e possa decidir como deseja morrer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história humana é possível perceber que a vida sempre foi o bem mais protegido e valioso dos seres humanos. Praticamente as civilizações que se tem notícia trazia a vida como o bem a ser mais protegido e preservado. De modo contrário, a morte na maior parte das civilizações era vista como algo indesejado, mas inevitável. Hodiernamente, esses conceitos e valores de vida e morte não mudaram, haja vista, como eram tidos no passado.

Em civilizações mais avançadas a vida em si não era mais tida como essencial, o desejo era ter uma vida digna, honrada. Exemplo clássico foram as civilizações clássicas em que a honra do homem era mais admirada que sua própria vida, inclusive uma morte honrosa era mais apreciada que uma vida indigna.

Em razão disso, a humanidade, em certas civilizações promoviam a morte daqueles que se vislumbra que a vida não lhes era mais digna, como é o caso dos anciãos e crianças deformadas. No evoluir da humanidade, essas práticas eutanásticas foram diminuindo à medida que se tinha a valoração da vida em si mesma.

Hoje a eutanásia tornou-se um tabu, a supervalorização da vida e mistificação da morte fez com que a humanidade protegesse a vida acima de tudo e a qualquer custo. Ocorre que, existem pessoas que não desejam uma vida indigna, como é o caso de doentes vegetativos ou em estado terminal. Com o advento do conceito e legalização da dignidade da pessoa humana a vida digna se tornou mais importante.

A morte agora é vista como redenção para quem sofre de doenças graves e incuráveis, posto que a dignidade da pessoa é maculada, diante de tanta sofrimento e dor.

A eutanásia é tema controverso e na maioria dos países não há uma aceitação de sua prática. Países como Holanda, Bélgica e Suíça permitem alguns tipos de eutanásia. Mas, as autoridades desses países já preveem uma rediscussão do tema, posto que, tem ocorrido um verdadeiro turismo suicida. Pessoas que viajam até esses países para fazer uso dos métodos da eutanásia. Foram criadas clínicas especializadas em eutanásia e suicídio assistido.

A discussão em torno deste tema abordado engloba as esferas da ética, filosofia, medicina e, sobretudo, jurídica. O Brasil tem discutido o tema há muito tempo. Nossos legisladores desde a primeira República tem tentado inserir a eutanásia no nosso *códex*. Porém, após discussões com os diversos setores sociais, não foi possível até o momento um veredicto acerca da possibilidade de legalizar ou não a prática de morte misericordiosa – a eutanásia.

Inegavelmente a eutanásia, caso seja incluída no nosso código penal brasileiro, tornará relativa a noção de direito à vida que até o presente é um direito absoluto, não podendo nem o Estado nem particulares intervir no seu curso ou por em perigo a vida de outrem.

A Constituição Federal brasileira traz direito e garantias aos cidadãos que lhes garantem primeiramente a vida, a liberdade, a dignidade e a saúde. Direitos que entram em conflito quando o assunto é eutanásia, porque o direito à vida pode ser relativizado se for observado o direito à liberdade, posto que o cidadão fazendo uso de sua liberdade pode decidir os rumos que deseja a sua vida, ou morte. Uma vida albergada de sofrimento e dor, torna-se indigna, tornando-se a morte uma solução desesperada para pôr fim a esta situação de vida.

E este será, e tem sido o maior desafio dos legisladores brasileiros que estão discutindo sobre o novo Código Penal brasileiro, harmonizar os direitos e garantias constitucionais dos cidadãos brasileiros, aos princípios norteadores da eutanásia. As audiências públicas realizadas com a população é que trará o entendimento parlamentar sobre o tema eutanásia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. *Introdução à metodologia do trabalho científico*. 9º. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Coleção obra prima de cada autor. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2000. p. 145.

BIZZATO, José Ildelfonso. *Eutanásia e Responsabilidade Médica*. 2ª Edição. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanásia e o direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9645>. Acesso em: 20 jan. 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 19 jun. 1998.

BRASIL. Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal e dá outras providências*. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/principalano.htm. Acesso em: 09/10/2009

BRITÂNICA de 13 anos ganha direito de morrer. *BBC Brasil*, 11 nov. 2008. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/11/081111_menina_morte_dg.shtml. Acesso em: 15 jan. 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998, p. 221. Apud MACIEL, Álvaro dos Santos. *A dignidade da pessoa humana como fonte garantidora do progresso social*. Boletim jurídico, 4 mar. 2008. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1925>>. Acesso em: 8 jan. 2013.

CARDOSO, Juraciara Vieira. *Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010. 288p.

CARTLEDGE, Paul. *The Spartans: the world of the warrior-heroes of ancient greece, vintage*, 2004. Apud CHEROBINO, Vinícius. Guia do estudante, mai. 2012. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/saiba-como-era-infancia-esparta-685928.shtml>. Acesso em: 21 jan. 2013.

CARVAHO, Gisele Mendes. *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*, IBCCRIM, pag. 17. Apud. LOSCHI, Luciana dos Santos. O tratamento dado à eutanásia nos últimos 30 anos no Brasil. JurisWay. Monografia. Mai. 2002. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=244 >. Acesso em: 12 jan. 2013.

CONSTANZI, Thiago Gomes. 2005. *Apud*. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+7571>> Acessado em 21 nov. 2005.)

CONSTANZI, Thiago Gomes. Eutanásia: direito de escolha do paciente. 2008. 64 f. Monografia (apresentada ao final do curso de graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CEJURPS. Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu.

EUA: Funeral ganense traz festa com música, dança e bebidas. Último Segundo, 13 abr. 2011. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/nyt/eua+funeral+ganense+traz+festa+com+musica+danca+e+bebidas/n1300060782024.html>>. Acesso em 19 jan. 2013.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais*. p. 288, apud, BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: MELLO, Celso de Albuquerque et al. Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 410. Apud PEREIRA Anna Kleine Neves Bioética, biodireito e a dignidade da pessoa humana. Jus Vigilantibus. Mar. de 2009. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/38785> >. Acesso em: 12 jan. 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. Eutanásia: direito de matar ou direito de morrer. Jan. 1999. Apud GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Eutanásia: novas considerações penais. Editora J.H.Mizuno, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/eutange.htm>. Acesso em: 02 fev. 2013.

GOMES, Luíz Flávio. *Direito Penal: parte geral, teoria constitucionalista do delito*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Eutanásia: novas considerações penais. Editora J.H.Mizuno, São Paulo, 2011.

LIMA NETO, Luiz Inácio de. *A legalização da eutanásia no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 81, 22 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4217>>. Acesso em: 12 jan. 2013.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2005, p.120. Apud COSTANZI, Thiago Gomes. Eutanásia: direito de escolha do paciente. 2008. 64 f. Monografia (apresentada ao final do curso de graduação) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CEJURPS. Universidade do Vale do Itajaí, Biguaçu.

MENDES, Filipe Pinheiro. A tipificação da eutanásia no Projeto de Lei nº 236/12 do Senado Federal (novo Código Penal). Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23253>>. Acesso em: 9 fev. 2013.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral comentários aos artigos 1º. a5º. Da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, pp. 50, 51. Apud MACEDO, Celia Regina Souza. *A Dignidade da Pessoa Humana*. 9 fev. 2009. Webartigos. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/a-dignidade-da-pessoa-humana/14240/>>. Acesso em 6 jan. 2013.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Aluisio Santos de. *O direito de morrer dignamente*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3146, 11 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21065>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

PINHEIRO, Aline. Justiça inglesa não vai discutir direito de morrer. Revista Consultor Jurídico, 3 out. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-out-03/corte-inglesa-rejeita-pedido-reabrir-discussao-direito-morrer>. Acessado em: 21 jan. 2013.

_____. Corte irlandesa nega a doente direito à eutanásia. Revista Consultor Jurídico, 10 jan. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-10/corte-irlandesa-nega-doente-terminal-direito-eutanasia>. Acessado em: 21 jan. 2013

PIVA Jefferson Pedro, CARVALHO Paulo R. Antonacci. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. Bioética 1993; 1:129-38.) Apud DODGE, Raquel Elias Ferreira. Eutanásia: Aspectos Jurídicos. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/299/438>. Acesso em: 6 jan. 2013.

RELEMBRE outros casos de eutanásia na Europa e nos Estados Unidos. O globo, 9 fev. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/relembre-outros-casos-de>>

eutanasia-na-europa-nos-estados-unidos-3576080#ixzz2Jgceqws>. Acesso em: 21 jan. 2013.

RODRIGUES. Paulo Daher. Eutanásia. Livraria Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1993. Apud GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. Eutanásia: novas considerações penais. Editora J.H.Mizuno, São Paulo, 2011.

ROSA, Isaac Peixoto Costa. A eutanásia no direito brasileiro. Jun. 2007. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-eutanasia-no-direito-brasileiro/1783/#ixzz2K7KZ9UnI>>. Acesso em 18 jan. 2013.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.189. Apud CARVALHO, Felipe Quintella Machado de; HORTA, André Frederico de Sena. Breves reflexões sobre a eutanásia. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10397>. Acesso em jan 2013.

STONEHENGE. O arquivo, 19 Fev. 2009. Disponível em: <http://www.oarquivo.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=237:stonehenge&catid=82:lugares&Itemid=65>. Acesso em: 21 jan. 2013.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A eutanásia no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3330>>. Acesso em: 11 jan. 2013.