

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1084

(Ano XIV)

(07/05/2022)

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Compreendendo a nova lei de licitações e contratos administrativos

Benigno Núñez Novo, 08.

ARTIGOS

O entrelhecho entre a soberania dos vereditos e a prestação jurisdicional.

Leonardo Rodrigues Arruda Coelho, 17.

Violência obstétrica: a afronta à dignidade humana e materna nos dias atuais

Kleanne dos Reis Vales, 43

Cibercrimes: a internet como ferramenta na execução de crimes virtuais e o combate realizado pelo direito penal brasileiro

Marina de Sousa Alencar Triffoni, 62.

Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual: a escravidão do mundo moderno

Categoria: Direito Penal

Beatriz Gomes Miranda, 84.

A Lei Geral de Proteção de Dados e seus reflexos no Direito do Trabalho

Mariana Araujo Verri Loureiro, 102.

União homoafetiva: da adi nº 4277 e a ADPF nº 132 aos dias atuais

Ana Luiza Eva de Sousa e Silva e Luana Costa de Lucena, 113.

A Importância dos Fundos públicos para o Desenvolvimento Nacional

Roosevelt Oliveira de Melo Neto, 125.

A influência da mídia no Tribunal de Júri

Rafael Reis Delatim, 134.

Legislação adjetiva criminal: princípios recursais

Victor Figueiredo Sotero, 144.

Tráfico de crianças

Michele Ferreira Costa Martins, 158.

Violência doméstica: efeitos jurídicos no período de pandemia

Hellen Bruna Conrado de Sousa, 178.

Estacionamento. Vaga reservada à pessoa com deficiência. Violação à lei de trânsito. Dano moral coletivo. Não configuração. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ.

Livio Araujo Brito, 195.

Reconhecimento da união estável nas relações extraconjugais alusivos a partilha de bens post mortem

Izabella Araújo Pinto, 198.

Multiparentalidade e os efeitos jurídicos do seu reconhecimento no âmbito familiar

Luana Andrade Campos, 215.

A dicotomia entre saúde e economia no Brasil em decorrência da crise sanitária causada pela covid-19

Gabriel de Oliveira Santos, 233.

O direito de inclusão de alunos com deficiência visual como instrumento de garantia do princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola

Antonio Marcos Freitas Diniz, 250.

O pacote anticrime como marco no recrudescimento penal no Brasil: a convergência entre o referido instituto e o crescente discurso punitivista no país

Nathan Xavier de Macedo e Souza, 275.

Direito dos refugiados: um estudo a respeito de suas características e peculiaridades no ordenamento jurídico brasileiro

Roosevelt Oliveira de Melo Neto, 298.

Proteção à saúde mental do trabalhador sob a ótica do meio ambiente do trabalho

Camila Vanzela Garcia Otaviano, 310.

Responsabilidade civil dos influenciadores digitais

Letícia Miranda de Amaral Barbalho, 337.

A cultura do estupro: a prática e incitação à violência sexual contra as mulheres

Mayra Oliveira de Lima, v360.

Legislação Trabalhista e Home Office: O aumento do teletrabalho na pandemia

Brenda Silva Sena, 376.

A adoção por famílias homoparentais no Brasil

Vilmário Soares Lustroza, 392.

Contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação na administração pública federal

Felipe de Andrade Sá, 404.

Personalidade digital com base na Lei Geral de Proteção de Dados

Isabella de Jesus Moraes Moura Fé e Ma Vie de Moura Quirino, 448.

Princípios Administrativos

Victor Figueiredo Sotero, 467.

Mandado de Segurança. Defesa dos interesses transindividuais e do patrimônio público material ou imaterial. Ministério Público. Legitimidade ativa. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ

Lívio Araujo Brito, 481.

COMPREENDENDO A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

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. 1

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre a nova lei de licitações e contratos administrativos, as principais mudanças, os pontos positivos e negativos. A Lei 14.133/21 veio para aperfeiçoar os processos licitatórios do país, garantindo mais agilidade para a compra ou contratação de bens e serviços, bem como mais transparência para todo o processo licitatório.

PALAVRAS-CHAVE: Compreendendo; Nova lei; Licitações; Contratos administrativos.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hacer un análisis sucinto de la nueva ley de contratación pública y contratos administrativos, los principales cambios, los puntos positivos y negativos. La Ley 14.133/21 vino a mejorar los procesos de licitación del país, asegurando más agilidad para la compra o contratación de bienes y servicios, así como más transparencia para todo el proceso de licitación.

PALABRAS CLAVE: Comprensión; Nueva ley; Licitaciones; Contratos administrativos.

INTRODUÇÃO

Licitação é um processo dentro do âmbito da administração pública que analisa propostas de produto ou serviço. Ao final dele é decidida qual empresa será contratada para fornecer o que a administração precisa.

1 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. E-mail: benignonovo@hotmail.com

A nova lei substitui a atual Lei das Licitações (Lei 8.666, de 1993), a Lei do Pregão (Lei 10.520, de 2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462, de 2011), modificando as normas referentes aos sistemas de contratação da administração pública.

Dentre as principais mudanças, podemos destacar a queda de algumas modalidades de licitação, como a Carta Convite e a Tomada de Preços, e a adição de uma nova modalidade de licitação, o **Diálogo Competitivo**, ampliação de prazos de contratos, exigência de seguro-garantia para grandes obras e aumento da pena de crimes relacionados ao tema.

A nova lei de licitações tem o mesmo “DNA” e apresenta 40% da Lei 8.666/93, apresenta influência da jurisprudência do TCU, doutrina, apresenta importantes inovações e tem três eixos fundamentais: centralização, padronização e governo digital.

Dentre os problemas da nova lei de licitações podemos destacar: o excessivo foco no procedimento, a continuidade da rigidez nas modalidades e critérios de julgamento, nacionalização de regras que pode levar ao engessamento, nos contratos apesar de alguma flexibilidade, ainda muito centrada na ideia das cláusulas exorbitantes e o mito do menor preço.

DESENVOLVIMENTO

A nova Lei de Licitações visa preencher lacunas que existiam na legislação em tela, além de consolidar entendimentos que já vinham sendo adotados por precedentes relacionados, tudo com o objetivo de aperfeiçoar os certames e garantir a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, transparência, competitividade e economicidade.

Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos para a União, Estados e Municípios, e suas autarquias e fundações. Disciplina prerrogativas, alocação de riscos, arbitragem, impugnações, recursos, fiscalização e prevê crimes.

Objetivos

- Ter uma legislação mais ágil e eficiente.
- Otimizar o procedimento, criar novas modalidades e revogar outras.
- Ter um processo mais célere, seguro e mais vantajoso, tanto para empresas quanto para o governo.
- Modernizar de maneira considerável a forma de contratação pública.

Vigência

No caso da nova lei de licitações, a vigência será imediata, o que significa que com a publicação ela já estará apta a produzir efeitos, ou seja, ela poderá ser aplicada pela Administração imediatamente.

Período de convivência entre o regime antigo e o novo

Haverá dois anos de convívio entre os regimes antigo e novo de licitação e contratação. Quer dizer que durante esses dois anos a nova lei será vigente ao mesmo tempo da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 e dos dispositivos da Lei n. 12.462/2012 sobre licitações e contratos. Nesse intervalo de tempo, a Administração poderá aplicar qualquer dos regimes, o antigo ou o novo, conforme sua preferência.

Tipos de licitação

Os critérios para os novos tipos de licitação, previstos são os seguintes:

Menor preço;

Técnica e preço;

Maior retorno econômico;

Maior lance para o leilão;

Melhor técnica ou conteúdo artístico.

De acordo com a nova lei, há definição das sete fases do processo licitatório, as quais serão a seguir:

Fase preparatória (Fase 1);

Divulgação do edital de licitação (Fase 2);

Apresentação de propostas e lances, quando necessário (Fase 3);

Julgamento (Fase 4);

Habilitação (Fase 5);

Recursão (Fase 6);

Homologação (Fase 7).

Anteriormente, já ocorria na RDC e no pregão a realização do julgamento antes da habilitação. Agora, o novo projeto de lei considera a sua realização como regra geral. A tomada de preços e o convite deixarão de existir de acordo com as novas mudanças. Conheça, a seguir, as novas modalidades licitatórias que valerão após a aprovação do Projeto de Lei nº 4253/2020:

Pregão: Considerado modalidade obrigatória para a contratação de bens ou serviços comuns (exceto os de engenharia);

Concorrência: Aplicável às contratações de bens e serviços especiais e obras e serviços comuns ou especiais de engenharia;

Concurso: Continuará servindo para a contratação de serviço técnico, científico ou artístico;

Leilão: Será aplicável para alienação de bens ou imóveis.

Diálogo competitivo: Uma das novidades da Nova Lei, o Diálogo Competitivo, é a modalidade de licitação voltada à contratação de obras, serviços e compras em que a administração pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados.

O objeto terá característica inovadora, ou seja, deverá envolver inovação tecnológica ou técnica. Sendo assim, a Administração convocará os licitantes selecionados previamente para uma sessão em que serão discutidas alternativas para a contratação. Eles devem apresentar proposta final após o encerramento do diálogo.

Valores para dispensa de licitação por baixo valor:

Menos de 100 mil: Para obras ou serviços de engenharia, ou serviços de manutenção de veículos automotores;

Menos de 50 mil: outras compras e serviços.

Novidades previstas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

I - Cria o **Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)**, que deverá ser instituído pelo Executivo Federal e disponibilizado para todos os entes da Federação. O novo portal pretende contribuir para diminuição de custos de transação e aumentar a competitividade dos processos licitatórios.

II - Cria a figura do **agente de licitação**, responsável na administração pública por conduzir o processo licitatório e acompanhar a execução contratual. Ele deverá ser servidor

ou empregado público do quadro permanente do órgão, sendo capacitado pelas escolas de formação dos Tribunais de Contas.

III - Permite o **seguro-garantia de até 30% do valor contratado** nas obras de grande vulto. A medida pretende garantir a conclusão do contrato de obras de grande vulto em caso de dificuldades enfrentadas pela empresa contratada, podendo inclusive o contrato prever a seguradora sub-rogar-se nos direitos e obrigações do contratado.

IV - Estabelece a **adoção preferencial nas compras e serviços pelo sistema registro de preços**, e, todos os entes da federação poderão adotar entre si, ampliando a economicidade e agilidade das contratações públicas;

V - Permite a **utilização do sistema de registro de preços também em casos de contratação por dispensa ou inexigibilidade**, extensivo também para obras e serviços de engenharia.

VI - Aos moldes da proposta de manifestação de interesse (PMI), é criada a modalidade licitatória **diálogo competitivo** com a área privada em projetos e inovação tecnológica, o qual poderá ser adotado mesmo na forma e contratação PPP (Parceria Público Privada).

VII - Amplia a **segurança jurídica ao contratado no pertinente a execução financeira do contrato**, em especial no caso de descumprimento de parte do Poder Público.

VIII - Quanto ao dever de pagamento pela administração, **será observada a estrita ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos** e previstas sanções administrativas e criminais impostas ao ordenador de despesa que der causa à violação da cronologia dos pagamentos.

IX - Atraso de pagamento ou a **violação da ordem cronológica implica na irregularidade das contas dos gestores responsáveis**, sem prejuízo de outras sanções, e a retenção abusiva de pagamento implica ato de improbidade administrativa.

X - **Ampliação para até 10 anos** (atual é 5anos) do prazo **máximo de contrato de execução continuada**, ou até 35 anos para contratos de investimento, executado totalmente as expensas do contratado.

XI - O projeto **tipifica diversos outros crimes licitatórios**, como a fraude contra o caráter competitivo da licitação ou a apresentação de documento falso, que poderão ser punidas com detenção de dois a quatro anos, além de multa. Calúnia, difamação ou injúria contra agentes de licitação, contratação ou controle poderão dar ao responsável detenção de seis meses a dois anos, além de multa.

XII - O **contratado poderá rescindir unilateralmente** o contrato, no caso de atraso de pagamento superior a 2 meses de parte da Administração, ou suspender a execução contratual. Também o contratado poderá rescindir unilateralmente o contrato no caso de suspensão do contrato pela Administração por prazo superior a 3 meses ou que repetidas suspensões ultrapassem 90 dias no total, ou, atrasos pela Administração de fornecimento de licenças legais ao seu encargo.

XIII - A instituição do **contrato de eficiência**, considerada de maior economicidade para a administração, em análise a economia obtida, descontada a remuneração do contratado.

XIV - As **cláusulas econômico-financeiras só poderão ser alteradas com a concordância do contratado**. Garantia necessária e relevante à segurança do contratado.

XV - A **possibilidade de adoção de arbitragem** para solução de litígios contratuais, inclusive no pertinente a equilíbrio econômico-financeiro.

XVI - Cria o regime de **contratação semi-integrada**: regime de contratação em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com remuneração mista, em função dos quantitativos apurados em medições das prestações executadas ou em função das etapas de avanço da execução.

XVII - Permite que o edital assegure **reserva de vagas aos contratados**, para pessoa com deficiência, ex-apedados e vítimas de violência doméstica;

XVIII - Maior celeridade no procedimento: admissão da **inversão de fases** (proposta x habilitação).

XIX - **Extinção de modalidades**: carta-convite, tomada de preços e RDC.

XX - **Possibilidade de continuidade de contratos irregulares**, sem prejuízo dos sancionamentos ao contratado. O poder público optar pela continuidade de um contrato mesmo após constatada irregularidade na licitação ou na execução contratual.

XXI - **Admissão que cooperativas participem de licitações**. A jurisprudência atual permite a vedação em edital de participação de cooperativas em certames licitatórios.

XXII - **Admissão de contratação de mais de uma empresa** para o mesmo serviço.

XXIII - Estabelecimento de **novo critério à aferição de preço vil/inexequível de proposta**, limitado a 75% do preço orçado em edital, aplicável às obras e serviços de engenharia.

XXIV - Inversão de fases. **Exame dos documentos habilitatórios somente do licitante vencedor**, no sentido de assegurar mais celeridade ao procedimento.

XXV - **Restrição aos excessos nas exigências habilitatórias-atentatórias técnico-operacionais**, com limite no quantitativo máximo a 50% dos quantitativos do contratos, e, como limitação da exigência de parcelas de maior relevância a item que corresponda ao mínimo de 4% da do valor estimado da contratação.

XXVI - **Explicitação na Lei de 61 conceitos e princípios definidores da mesma** visando melhor uniformizar a interpretação dos dispositivos legais.

XXVII - Admite que os **documentos habilitatórios possam ser apresentados em simples cópia**, mediante **declaração de autenticidade firmada por advogado**, sob sua responsabilidade pessoal.

XXVIII - A **substituição de Consorciado passa a ser admitida na Lei**, desde que a nova consorciada preencha todos os requisitos de habilitação da empresa que se retira. Tal proceder já vinha sendo admitido administrativamente em alguns órgãos público.

XXIX - Em se tratando de contratos de execução continuada é **fixado de prazo de 1 mês para a Administração responde pleitos de repactuação efetivados pelo contratado**.

XXX - **Garante ao contratado a rescisão unilateral do contrato** no caso de atraso superior a 90 dias pelo ente público contratante de pagamento de faturamento regular, bem como na hipótese de não liberação das condições ambientais e afins para a iniciação da execução do contrato.

XXXI - Permissão de licitação/contratação com **prazo de vigência de até 15 anos** nos contratos que envolvem a **operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia de informação**.

XXXII - Estabelece a possibilidade de **adoção da arbitragem** à prevenção e solução de problemas contratuais, observados critérios isonômicos técnicos e transparentes.

XXXIII - **Estabelece os critérios gerais de aferição e dosimetria** à definição de sancionamentos aos contratados.

XXXIV - O programa de integridade **compliance** passa a ser requisito para licitantes, porém sua efetividade dependerá de regulamentação própria, notadamente no tocante a validação e abrangência dos próprios *compliance*. Alguns Estados já possuem Decretos fazendo exigência de *Compliance* em suas licitações, porém inexistente ainda órgão oficial de Certificação de *Compliance* nem regulamento sobre seus requisitos básicos ou fundamentais técnicos de sua elaboração.

XXXV - Independentemente do prazo contratual, **obrigatoriedade de fixação em contrato de reajustamento de preços**, com data-base vinculada à data do orçamento.

XXXVI - Na modalidade de **licitação tipo técnica e preço**, visando a reduzir avaliação excessivamente subjetiva da técnica, foi **fixado o peso máximo a esta de 70%**.

XXXVII - No caso de obras e serviços de engenharia, **admissão do edital prever a obrigação da seguradora**, no caso de descumprimento da contratada, **assumir os direitos e obrigações desta**.

XXXVIII - Permissão de **indicação de marcas e modelos de bens no edital bem como padronização**, desde a decisão esteja amplamente justificada e motivada.

XXXIX - Admissão de **contratação sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado**, cujos pagamentos estarão vinculados à execução de etapas do cronograma físico-financeiro.

CONCLUSÃO

A nova lei deixa de definir a modalidade em razão do valor do objeto. Por essa razão, as modalidades de tomada de preços e convite deixam de existir. Por outro lado, as modalidades concorrência e pregão permanecem, e serão definidos em razão da complexidade do objeto.

A Lei 14.133/21 veio para aperfeiçoar os processos licitatórios do país, garantindo mais agilidade para a compra ou contratação de bens e serviços, bem como mais transparência para todo o processo licitatório. Além disso, ela deve diminuir os custos operacionais de todo o processo licitatório, já que a Nova Lei estabelece que as licitações devam acontecer por meios eletrônicos como regra, sendo a licitação presencial a exceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKEL, Pedro Teixeira Leite; CHAVES, Julio Cesar. Impactos da nova lei para mudanças nas licitações e contratos públicos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5908, 4 set. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75536>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 29 mar. de 2022.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Lei Licitações e Contratos**. Brasília, DF, Senado Federal, 1993.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GANDOLFI, Paula. **Entendendo a Nova Lei de Licitações**. Site: RCC Soluções em Licitações, 2019. Disponível em: <https://www.rcc.com.br/blog/entendendo-a-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 29 mar.2022.

NOHARA, Irene. **8 Principais Mudanças com a Nova Lei de Licitações e Contratos**. Site: Direito Administrativo, 2019. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/8-principais-mudancas-com-a-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos/>. Acesso em: 29 mar. 2022.

O ENTRECHOQUE ENTRE A SOBERANIA DOS VEREDITOS E A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

LEONARDO RODRIGUES ARRUDA COELHO

RESUMO: o presente trabalho analisa os recentes entendimentos dos tribunais superiores sobre os limites da soberania dos vereditos emitidos pelo conselho de sentença, bem como sua conciliação com o dever de prestação jurisdicional dos tribunais na apreciação recursal. Para tanto, fez-se uso do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e jurisprudenciais. Observa-se uma tendência de alargar a margem de apreciação dos tribunais incidente sobre as decisões tomadas no tribunal do Júri, tanto na primeira quanto na segunda fases, a fim de evitar arbitrariedades. No entanto, as premissas agasalhadas pelos precedentes dos tribunais superiores contêm imprecisões metodológicas que necessitam ser dissecadas, visando ao contínuo aprimoramento do debate e da prática do júri no Brasil.

Palavras-chave: Soberania dos vereditos. Íntima convicção. Apelação. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Dever de prestação jurisdicional. STJ. STF. TJCE. Nulidade do Júri.

ABSTRACT: The present work analyzes the recent understandings of the superior courts on the limits of the sovereignty of the verdicts issued by the sentencing council, as well as their conciliation with the jurisdictional duty of the courts in the appellate review. For that, the deductive method was used, with bibliographic research in doctrinal and jurisprudential sources. There is a tendency to widen the discretion of the courts on decisions taken by the Jury, both in the first and second stages, in order to avoid arbitrariness. However, the premises covered by the precedents of the superior courts contain methodological inaccuracies that need to be dissected, aiming at the continuous improvement of the debate and the practice of the jury in Brazil.

Keywords: Sovereignty of verdicts. Intimate conviction. Appeal. Decision clearly contrary to the evidence of the case. Duty to provide jurisdiction. STJ. STF. TJCE. Jury nullity.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aportes doutrinários sobre a apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 3. Posições do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. 4. Entendimento atual do STJ no REsp. 1.803.562/CE. 5. Conclusão. 6. Referências.

1-INTRODUÇÃO

O presente artigo traça um panorama sobre o embate atual entre a soberania dos vereditos e os limites dos tribunais de segunda instância na apreciação das apelações interpostas contra decisões do Júri manifestamente contrárias à prova dos autos.

Historicamente, o sistema de julgamento popular remonta à Grécia antiga. Em Atenas, a decisão sobre crimes de sangue competia ao Areópago, órgão cujos membros eram escolhidos por sorteio entre os cidadãos atenienses, à semelhança do que ocorre no Direito brasileiro.

Na Roma clássica havia a distinção em relação à natureza dos delitos. A *lex licinia*, legislação de 55 a.C., previa a formação por sorteio de um corpo de jurados leigos, que prestavam compromisso de bem desempenhar suas funções judiciárias no processo penal.

Nascido nos sistemas antigos, o tribunal do júri evoluiu e percorreu diversos ordenamentos legais no mundo – tais como na Inglaterra, Alemanha e França –, chegando ao Brasil oficialmente em 1822, quando o príncipe regente Dom Pedro de Alcântara, por decreto imperial, instituiu o Tribunal do Júri do Brasil.

Atualmente, a demanda pelo tribunal do júri no país é alta: pesquisa do Conselho Nacional de Justiça de 2019 mostrou a existência de 185.898 ações de competência do júri em tramitação, das quais 43 mil já tinham a sentença de pronúncia.

O mesmo levantamento apontou que, entre 2015 e 2018, 52% dos julgamentos no tribunal do júri acabaram sem nenhuma punição ao réu, predominando as decisões que reconheceram a extinção da punibilidade, em especial a prescrição da pretensão punitiva.

Os tribunais de superposição laboram verdadeiras ginásticas hermenêuticas na tentativa de conciliar a garantia constitucional prevista no art. 5^a, XXXVIII, “c” da Constituição Federal e os limites de devolutividade do recurso de apelação previsto no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal. Em consequência disso, também pairam questões relacionadas aos limites dos recursos excepcionais, como os recursos especial e extraordinário, interpostos contra o julgamento da apelação.

No âmbito dos recursos excepcionais, é vedada a incursão nas provas. No entanto, como se verá, essa restrição nem sempre é interpretada à risca pelos tribunais superiores, havendo entendimento atual do STJ sobre a possibilidade de este tribunal aferir a existência de provas no aresto vergastado em sede de apelo nobre, vedando apenas a operação mental de valoração da prova acaso existente.

2- APORTES DOUTRINÁRIOS SOBRE A APELAÇÃO CONTRA DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

A decisão manifestamente contrária à prova dos autos, que desafia a apelação prevista no art. 593, III, “d” do CPP, pode estar relacionada tanto ao fato principal, à autoria, às causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade, como versar sobre questão secundária, como o reconhecimento de uma qualificadora, causa de aumento ou de diminuição da pena.

Existe uma corrente doutrinária, francamente minoritária, que entende que o art. 593, III, "d", do CPP seria inconstitucional, por violar a soberania dos vereditos. Assim, não seria possível que um tribunal superior composto por juízes togados determinasse a realização de novo julgamento, com a justificativa de manifesto desrespeito à prova dos autos. No entanto, a posição que prevalece é de que seria inconcebível uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos que não pudesse ser revista por meio de recurso, o que poderia afrontar o princípio do duplo grau de jurisdição, implícito na Constituição Federal, e explícito no art. 8º, item 2, "h" da Convenção Americana de Direitos Humanos.

À época da entrada em vigor do Código de Processo Penal, havia resistência dos Tribunais de Apelação em aceitar a soberania dos Júri, cujas decisões eram amiúde reformadas em grau de recurso.

A Constituição de 1937 silenciou acerca deste tema, dando margem a que o Decreto-Lei n.º 167/38, em seu art. 92, "b", abolisse a soberania dos vereditos do Júri, permitindo o recurso de apelação quanto ao mérito da questão, nos casos de injustiça da decisão, por sua completa divergência com as provas existentes nos autos ou produzidas em plenário. Segundo o art. 96 do referido Decreto-Lei, o Tribunal de Apelação poderia aplicar pena mais justa ou mesmo absolver o réu. Tais normas foram posteriormente incorporadas pelo Código de Processo Penal de 1941. O art. 141, §28, da Constituição de 1946 recolocou a instituição do júri entre as garantias individuais, prevendo o número ímpar de seus membros, plenitude da defesa, sigilo da votação e soberania dos vereditos. A Lei n.º 263/48 regulamentou a soberania dos vereditos prevista na constituição.

A alteração dos vereditos do Júri pelos tribunais sempre foi alvo de críticas da doutrina, desde sua instituição em 1822. Câmara Leal assinalou que, do modo como tem se interpretado a lei processual, arrogando-se os tribunais superiores o direito de reforma das sentenças do júri, sem respeito à livre apreciação das provas pelos juízes de fato, o júri tende a perder sua razão de ser, passando de tribunal popular, criado para julgamento pelos pares, a simples simulacro de tribunal, com suas funções constantemente usurpadas pela justiça togada, convertida em árbitro absoluto e soberano das decisões.

Modernamente, no entanto, a jurisprudência evoluiu nessa temática, restringindo a possibilidade de reforma das decisões dos jurados somente para os casos de evidente equívoco na análise da prova.

O art. 593, §3º, parte final, do CPP não admite mais de uma apelação em face de decisão contrária à prova dos autos. A esse respeito, não importa quem interpôs o recurso primeiro. Assim, se o Ministério Público recorre de um veredito absolutório, invocando o art. 593, III, "d", e o tribunal determina novo julgamento, que porventura culmina em condenação do acusado, não poderá a defesa apelar em seguida, sob o argumento de que

a decisão foi divergente da prova dos autos. Essa vedação decorre de imperativo lógico, ainda que sem previsão legal expressa. Afinal, se o primeiro julgamento absolutório do júri foi considerado manifestamente contrário à prova dos autos pelo tribunal, daí por que foi cassada a decisão, submetendo-se o acusado a novo julgamento, na hipótese de ser proferido um decreto condenatório pelo segundo júri, tal decisão não será considerada manifestamente contrária à prova dos autos pelo juízo *ad quem*, sob pena de o tribunal contrariar o quanto decidido por ele mesmo na apelação anteriormente apreciada.

A doutrina reconhece a dificuldade de estabelecer balizas objetivas na aplicação do art. 593, III, "d" do CPP. No entanto, é possível delimitar algumas premissas que o julgador não pode descumar.

Comentando o dispositivo legal citado, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer obtemperam:

"A necessidade de relativização do princípio da soberania diante da norma em comento é de todo razoável para as circunstâncias excepcionais. Com efeito, não se pode esquecer que o julgamento de delitos contra a vida (sem embargo dos eventuais conexos) se dá em momento no qual as oratórias são fundamentais e a evocação de sentimentalidades podem influenciar diretamente na convicção dos jurados, mesmo que a prova não seja no sentido da sustentação. Independentemente da posição que se tome, favorável ou não à presença ainda do Conselho de Sentença para os crimes dolosos contra a vida, significa que é necessário haver um controle do que decidido, seja pelo tribunal (questão aqui tratada) ou então em hipótese de revisão criminal (art. 621, CPP).

Em casos manifestos, absurdos, não poderá prevalecer decisão que contrarie totalmente a prova existente nos autos criminais. Mas é preciso ter extremo cuidado. Não se poderá pleitear a nulificação do que decidido pelo Júri se houver nos autos provas que amparem tanto a condenação quanto a absolvição. Nesse caso, não se está diante de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, mas unicamente de adoção pelo Júri (pelo seu livre convencimento, sequer motivado – uma exceção ao art. 93, IX, CF/88) de uma das teses amparada por provas presentes nos autos. Nessas situações, não há de se falar em admissibilidade do recurso de apelação forte no art. 593, III, d, CPP. (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, 9ª edição, 2017, editora Atlas, pág. 937)".

De forma mais enfática, Gustavo Henrique Badaró expõe:

“A mais controversa das hipóteses de cabimento da apelação das sentenças do Tribunal do Júri é a da sentença em que a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (CPP, art. 593, caput, III, d). Isto é, só será passível de cassação pelo tribunal de segunda instância a decisão dos jurados no caso de toda a prova indicar num sentido (por exemplo, a absolvição), e o conselho de sentença decidir em sentido oposto (por exemplo, condenam o acusado). Se as provas indicam duas possíveis soluções, cada uma delas admissível segundo um determinado segmento da prova, a decisão dos jurados que opte por qualquer uma delas não poderá ser considerada arbitrária e manifestamente contrária à prova dos autos. Fácil concluir que essa construção permite, em suma, que os jurados, tranquilamente, no caso de dúvida, optem por condenar o acusado. Ou seja, se o conselho de sentença aplicar o *in dubio contra reum*, rasgando a presunção de inocência, nenhuma censura poderá receber sua decisão. (Manual dos Recursos Penais, 2017, Revista dos Tribunais, págs. 186/188)”.

A questão é assim sintetizada por Noberto Avena:

“Somente é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que se dissocia, integralmente, de todos os segmentos probatórios aceitáveis dentro do processo. Assim, se houver provas que amparem a decisão do Conselho de Sentença, não se anula o julgamento com base nesta alínea d, não importando o fato de existir número maior de elementos apoiando a tese rejeitada pelos jurados. (Processo Penal, 2017, editora método, pág. 837)”.

Guilherme de Souza Nucci minudencia a questão de forma detalhada:

“A quarta hipótese (alínea d do inciso III do art. 593) é a mais problemática, pois busca questionar diretamente o mérito do veredicto dos jurados, desde que se considere seja ele manifestamente contrário à prova dos autos. Não se trata de análise fácil distinguir entre a decisão que valorou a prova e proferiu o veredicto de acordo com a convicção íntima do Conselho de Sentença e aquela que se dissociou da prova, provocando o surgimento de veredicto totalmente estranho ao evidenciado nos autos.

Por vezes, o tribunal termina invadindo o âmbito exclusivo da apreciação do Tribunal Popular, reformando decisão que está em

consonância com a prova, mas não com a orientação da corte togada. Cuida-se, nesse caso, de grave erro, que atenta contra o preceito constitucional da soberania dos veredictos. Exemplificando: se o Conselho de Sentença, valorando a prova, entende que houve recurso que dificultou a defesa da vítima, não pode o tribunal togado desacolher essa interpretação, a pretexto de que a Câmara tem posição firmada no sentido de que, naquela situação fática, não se deve acolher a qualificadora.

Por outro lado, a simples existência do recurso de apelação voltando ao questionamento da decisão dos jurados não constitui, por si só, ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos; ao contrário, harmonizam-se os princípios, consagrando-se na hipótese o duplo grau de jurisdição. Além do mais, a Constituição menciona haver soberania dos veredictos, não querendo dizer que exista um só. A isso, devemos acrescentar que os jurados, como seres humanos que são, podem errar e nada impede que o tribunal reveja a decisão, impondo a necessidade de se fazer um novo julgamento. Isto não significa que o juiz togado substituirá o jurado na tarefa de dar a última palavra quanto ao crime doloso contra a vida que lhe for apresentado para julgamento.

Por isso, dando provimento ao recurso, por ter o júri decidido contra a prova dos autos, cabe ao Tribunal Popular proferir uma outra decisão. Esta, sim, torna-se soberana, porque essa hipótese de apelação só pode ser utilizada pela defesa uma única vez (art. 593, § 3º). (Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2016, editora Forense, pág. 835)“.

Percebe-se claramente uma dificuldade na doutrina em estabelecer critérios objetivos acerca do alcance da atividade judicante na apelação referida. Essa indecisão doutrinária tem ecoado na jurisprudência, que oscila na aplicação do dispositivo legal. À falta de firmeza nos escritos doutrinários, os precedentes dos tribunais superiores se esforçam na busca de critérios objetivos e racionais que estabeleçam balizas para o exame da apelação. A despeito de todo o esforço hermenêutico em incontáveis julgados, a questão está longe de se consolidar.

3- POSIÇÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO TEMA.

O julgamento pelo Júri possui um procedimento bifásico, onde na primeira fase ocorre o juízo de formação de culpa (judicium accusatione), e na segunda fase ocorre o

juízo de julgamento da causa pelo Conselho de sentença (*judicium causae*). A primeira fase é encerrada pela decisão de pronúncia, uma decisão interlocutória mista não terminativa: mista porque encerra a primeira fase do júri e não terminativa porque não julga o mérito da causa. Já a segunda fase é encerrada pelo veredito dos jurados.

Os tribunais superiores têm se debruçado sobre os limites das duas decisões indicadas acima. No REsp. Nº 1.740.921, a Quinta Turma do STJ entendeu ser incabível admitir a sentença de pronúncia de um acusado com base apenas em indícios derivados do inquérito policial.

Por sua vez, a Sexta Turma do STJ, ao julgar o REsp. Nº 1.373.356, considerou que as provas produzidas no inquérito, baseadas em depoimentos de testemunhas que afirmaram "ouvir dizer" sobre o delito, não poderiam amparar a decisão que pronunciou denunciados pelo crime de homicídio qualificado.

Ao contrário dos atos do inquérito policial, as evidências recolhidas durante a primeira fase do júri têm eficácia e validade perante o órgão julgador da causa, uma vez que foram produzidas na presença das partes e do juiz, pelo método do contraditório.

Embora não haja impedimento legal no Brasil ao depoimento de testemunha indireta, nesse tipo de testemunho por ouvir dizer (*hearsay rule*) – pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, – o acusado não tem como refutar o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.

De outro giro, no julgamento do AREsp nº 1.084.726, a defesa de um acusado pelo crime de homicídio alegava que não existiam indícios suficientes de autoria e, por isso, buscava a impronúncia. Entretanto, o STJ decidiu que na decisão de pronúncia, o ordenamento jurídico exige apenas o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando os requisitos necessários à prolação da condenação, de forma que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade, conforme previsto no artigo 413 do CPP. Como será visto adiante neste trabalho, o STF possui entendimento diverso.

No Habeas Corpus nº 243.452, o STJ entendeu que, quando no julgamento de apelação, o tribunal determina a realização de novo júri em razão do reconhecimento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas, não é possível conceder às partes o direito de inovar o conjunto probatório com a apresentação de novo rol de testemunhas a serem ouvidas em plenário. Este entendimento impacta diretamente nas consequências da decisão do STJ examinada no tópico seguinte deste artigo.

Por sua vez, no julgamento do Habeas Corpus nº 313.251, a terceira seção do STJ apontou que a absolvição do réu pelos jurados, ainda que por clemência, não constitui

decisão absoluta e irrevogável, podendo o tribunal cassá-la quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão do conselho de sentença com as provas apresentadas em plenário.

O art. 483, III, do CPP, prevê o quesito genérico e obrigatório de absolvição, trazido pela reforma operada pela Lei nº 11.689/2008. Como esse quesito é genérico, diversos doutrinadores sustentaram a tese de que os jurados passaram a gozar de ampla e irrestrita autonomia no momento de decidir pela absolvição, não se achando adstritos nem vinculados, em seu processo decisório, às teses suscitadas em plenário ou a quaisquer outros fundamentos de índole estritamente jurídica. É a chamada absolvição por clemência.

No entanto, analisando esse dispositivo legal, o STJ também impôs limites a essa decisão, conforme o seguinte acórdão:

“As decisões proferidas pelo conselho de sentença não são irrecorríveis ou imutáveis, podendo o Tribunal ad quem, nos termos do art. 593, III, d, do CPP, quando verificar a existência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos, cassar a decisão proferida, uma única vez, determinando a realização de novo julgamento, sendo vedada, todavia, a análise do mérito da demanda.

A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição.

Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP”. (STJ. 3ª Seção. HC 313.251/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/02/2018). No mesmo sentido, o HC 560.668/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado pela 5ª turma em 18/08/2020.

De outro giro, no tocante à possibilidade de apelação pelo Ministério Público em face da decisão dos jurados de absolvição genérica, com esteio no art. 593, III, “d” do CPP, o STF tem se posicionado contrário ao seu cabimento, apesar de a questão pender de apreciação final, conforme se verá adiante:

“A absolvição do réu, ante reposta a quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, §2º, do CPP não depende de elementos probatórios ou de teses veiculadas pela defesa. Isso porque vigora a livre convicção dos jurados. (STF. 1ª Turma. HC 178.777/MG, j. 29/09/2020)”.

Por sua vez, no RHC 170559/MT, julgado em 10/03/2020, a 1ª Turma do STF decidiu que:

“A anulação de decisão do tribunal do júri, por ser manifestamente contrária à prova dos autos, não viola a regra constitucional que assegura a soberania dos veredictos do júri (art. 5º, XXXVIII, c, da CF/88). Vale ressaltar, ainda, que não há contrariedade à cláusula de que ninguém pode ser julgado mais de uma vez pelo mesmo crime. Ainda que se forme um segundo Conselho de Sentença, o julgamento é um só, e termina com o trânsito em julgado da decisão”.

Como se observa, a oscilação da doutrina acerca do tema ecoa nos precedentes dos tribunais superiores, que não encontram um fio condutor que uniformize a jurisprudência. Isso decorre do dilema lógico-jurídico de conciliar na práxis forense dispositivos com domínios normativos antagônicos.

4- Entendimento atual do STJ no REsp. 1.803.562/CE.

Buscando reduzir a subjetividade na análise da apelação disposta no art. 593, III, do CPP, a 5ª Turma do STJ julgou por unanimidade o Recurso Especial nº 1.803.562-CE, em 2021. Pelo entendimento sufragado na corte, o exame da apelação pelo tribunal de segunda instância deve se limitar à constatação da existência de provas que embasam o veredito dos jurados, evitando emitir juízo de mérito na valoração das provas acaso existentes. O mesmo se aplica ao próprio STJ, na análise do recurso especial eventualmente interposto contra o julgamento da apelação, operação que não resvala na Súmula 07/STJ.

Os argumentos do voto condutor merecem ser dissecados, a fim de apontar as possíveis fissuras nas premissas utilizadas neste julgamento, que inovou o tema em diversos aspectos.

No acórdão em comento, a 5ª Turma do STJ buscou estabelecer critérios racionais de persuasão do julgador. Nas palavras do relator, Min. Ribeiro Dantas:

“O TJ/CE fez um salto cognitivo a partir dos fatos que entendeu comprovados pelas testemunhas - premissas fáticas indiscutíveis, nos termos da Súmula 7/STJ - para a confirmação da condenação. Definir se tal salto é válido e racional não é questão relativa ao

conhecimento, mas sim ao mérito do recurso especial, a ser resolvida mediante a correta interpretação das normas processuais que montam nosso sistema probatório. Caso contrário, o controle da aplicação de grande parte da legislação processual penal - federal por natureza -, mormente os arts. 155 a 157 do CPP, seria permanentemente subtraída do exame desta Corte Superior, em violação do art. 105, III, "a", da Constituição da República."

A questão que surge gira em torno das dificuldades em definir a manifesta contrariedade explicitada no art. 593, III, "d", do CPP. No exame desta apelação, o tribunal é limitado horizontal e verticalmente. No plano horizontal, a apelação possui fundamentação vinculada aos motivos da irresignação, não podendo analisar nulidades, por exemplo. Todavia, no plano vertical, o tema está em aberto. No julgado em comento, o STJ delimitou dois juízos distintos que o julgador deve realizar nas provas, o antecedente e o consequente. No juízo antecedente, o tribunal de segunda instância (TJ ou TRF) analisa se existem provas, sem valorá-las. No juízo consequente, o julgador irá meditar sobre as provas e chegar ao seu convencimento. Esse último juízo compete ao conselho de sentença.

Se o Tribunal exceder tais limites e realizar o juízo consequente, terá afrontado a soberania dos vereditos prevista no art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição da República; se, por outro lado, exagerar na postura de autocontenção e não fizer sequer o juízo antecedente, incorrerá em nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

Na fundamentação do julgado, o relator recorreu à doutrina e jurisprudência estrangeiras, em especial do direito norte-americano, que possui um sistema de júri bem mais amplo que o adotado no ordenamento brasileiro. A Sétima Emenda foi citada no voto condutor, no entanto, seu conteúdo se refere originalmente às ações cíveis, compondo a Carta de Direitos. Eis seu texto:

"Em concordância com a lei comum, onde o valor em controvérsia deverá exceder vinte dólares, o direito de julgamento por um júri deve ser preservado, e nenhuma fato decisão feita por um júri, deverá ser reexaminada em nenhuma corte dos Estados Unidos, também de acordo com as regras da lei comum."

Em termos atuais, vinte dólares em 1800 valem cerca de 300 dólares em valores correntes. Essa Emenda vedou a reforma das decisões do Júri pelos juízes togados, sendo estendida aos feitos criminais.

O voto condutor do julgado prossegue sua fundamentação aludindo à *no evidence doctrine*, aplicada em *Thompson v. Louisville*, que ficou conhecida como doutrina

Thompson. Por ela, os tribunais poderiam reformar as decisões dos jurados quando não houvesse nenhuma evidência do crime.

Em seguida, o voto cita o *case Greenleaf v. Birth*, de 1835. Neste julgamento, ficou estabelecido que, em não havendo provas que tendam a provar determinado fato, o tribunal é obrigado a instruir o júri quando solicitado, mas não pode juridicamente dar qualquer instrução que tire ao júri o direito de ponderar o efeito da prova. Uma instrução ao júri fundada apenas em parte da prova é um erro. Essa última frase foi omitida no voto condutor, mas é de importância capital para garantir a imparcialidade do julgamento pelo júri.

O voto cita ainda o *case Lessee of Ewing v. Burnet*, julgado em 1837. No entanto, esse precedente estrangeiro diz respeito a uma disputa civil, vinculada a direito possessório e usucapião.

Por fim, o voto condutor fundamentou suas premissas no célebre caso *Jackson v. Virgínia*, julgado em 1979 pela SCOTUS (*Supreme Court of the United States*). O caso se trata de um acusado por assassinato de primeiro grau com premeditação. No entanto, a premeditação não foi comprovada.

Conforme constou na decisão deste *case*:

"A questão relevante é se, depois de ver as provas sob a luz mais favorável à acusação, qualquer julgador racional do fato poderia ter encontrado os elementos essenciais do crime além de qualquer dúvida razoável. A regra de 'sem evidência' de *Thompson* é simplesmente inadequada para proteger contra aplicações errôneas do padrão constitucional de dúvida razoável (...). Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda protege um réu em um processo criminal contra condenação 'exceto mediante prova além de uma dúvida razoável de todos os fatos necessários para constituir o crime de que é acusado.'"

Como elementos essenciais do crime referidos nesta decisão, a SCOTUS aludia à premeditação. O direito penal norte-americano difere do brasileiro nas categorias da teoria geral do delito, apesar de haver pontos de contato, tais como a Causalidade (*causation of injury*) e a voluntariedade (*guilty state if mind*).

No direito penal norte-americano, a *mens rea* (mente culpada) possui quatro divisões: intenção, ciência do resultado, imprudência e negligência. Já a *actus rea* é a ação praticada. Assim, a junção da *mens rea* com a *actus rea* perfectibiliza o delito nos países que adotam o sistema de *common law*. Essas categorias diferem dos elementos do crime

tradicionalmente apontados nos ordenamentos penais dos países de sistema romano-germânico, tal como o brasileiro.

Por sua vez, *first degree murder* ou *capital murder* (por ser punido com a penal capital em alguns estados), julgado em *Jackson v. Virgínia*, é o assassinato de primeiro grau, com intenção de matar e com circunstâncias que o agravam. Pode ser equiparado ao homicídio qualificado do direito brasileiro. O assassinato de segundo grau se equipara ao homicídio simples. E o de terceiro grau se assemelha ao preterintencional. A premeditação do homicídio qualifica o crime no direito norte-americano, tornando-o de primeiro grau. No entanto, a premeditação não consta como qualificadora no CPB. A depender do caso, ela pode ser sopesada na dosimetria da pena base, negativamente a vetorial “circunstâncias do crime”.

O voto condutor foi além do entendimento da SCOTUS em *Jackson v. Virgínia*, tomando de empréstimo o termo empregado pela Suprema Corte dos Estados Unidos (elementos essenciais do crime), que se referia apenas à premeditação (a qual sequer consta como qualificadora no CPB, mas que qualifica o assassinato nos EUA, tornando-o de primeiro grau). Em seguida, foi realizada sua adaptação à teoria geral do delito no Brasil, conformando o termo às estruturas do conceito analítico de crime.

Conforme o relator, Min. Ribeiro Dantas:

“A grande contribuição da decisão de Jackson foi a especificação de que, para cada ‘elemento essencial do crime’, deve haver prova suficiente para demonstrá-lo, sob pena de cassação do veredito condenatório”.

Parafrazeando o acórdão ora em comento, houve um salto cognitivo no exame do referido precedente alienígena. Apesar de o precedente da SCOTUS referir-se a “elementos essenciais do crime” no plural, seu uso se resumiu à qualificadora da premeditação.

Prosseguindo na fundamentação do voto, o passo seguinte foi proceder à adaptação à teoria geral do delito, nos seguintes termos:

“Foi feliz a Suprema Corte de Jackson ao utilizar a expressão ‘elementos essenciais do crime’ como parâmetro de avaliação da suficiência probatória de um veredito condenatório, por implicar a existência de elementos acidentais que, como tais, não são decisivos para a manutenção da condenação. Não se pode, entretanto, importar tais termos para nosso direito sem antes explicitar seu significado à luz da teoria geral do delito predominante no Brasil (e,

a bem da verdade, na maioria dos países de tradição jurídica romano-germânica).

No caso dos autos, foi precisamente esta última situação que aconteceu: apesar de analisar exaustivamente as provas produzidas ao longo do processo, o TJ/CE não logrou indicar alguma que comprovasse um elemento essencial do crime - qual seja, a autoria -, embora haja prova dos demais (materialidade, dolo e motivo qualificador).

Para os vereditos absolutórios, penso que os critérios de julgamento - apesar de similares - não são exatamente idênticos. Deve haver provas de materialidade e autoria delitivas, bem como a exclusão de alguma causa discriminante suscitada pela defesa. Ou seja: cada um dos elementos essenciais do delito - além das causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade. Seguindo a ordem lógica da concepção tripartite (que conceitua o crime como a conduta típica, antijurídica e culpável), o primeiro elemento essencial do crime é, justamente, a conduta.

Os próximos elementos essenciais são aqueles objetivos do tipo, tanto os descritivos (o verbo "matar", no caput do art. 121 do CP, por exemplo) como os normativos (o adjetivo "torpe", no § 2º, I, do mesmo artigo). Embora os segundos exijam do intérprete um raciocínio valorativo, e não apenas de constatação fática, sua apreciação também cabe aos jurados. Esse conjunto de elementares corresponde grosso modo ao que chamamos de materialidade delitiva.

A tipicidade também comporta, como se sabe, uma dimensão subjetiva, e nos vereditos condenatórios proferidos pelo júri o elemento anímico é o dolo, por exigência do art. 74, § 1º, do CP. Havendo desclassificação para eventual modalidade culposa, a competência para julgamento será do juiz presidente, nos termos do art. 492, § 1º, do CPP

Caso suscitadas pela defesa causas excludentes de ilicitude ou culpabilidade, o Tribunal de apelação deverá examinar, também, se há ou não provas que as confirmem. O raciocínio aqui é inverso, até porque o juízo positivo de tipicidade já é um indício de ilicitude e culpabilidade”.

Neste ponto, o voto invocou a teoria da indiciabilidade ou da *ratio cognoscendi*, adotada pelo direito brasileiro. Ao lado dela, a doutrina alude à teoria da *ratio essendi*, encampada por Mezger em 1930, que criou o conceito de tipo total do injusto, levando a ilicitude para o campo da tipicidade. Em outras palavras, a ilicitude é a essência da tipicidade, numa absoluta relação de dependência entre esses elementos do delito. Dessa forma, não havendo ilicitude, não há fato típico. Essa última teoria não encontra adeptos no Brasil.

Em conclusão de julgamento, o Min. Ribeiro Dantas ponderou:

“A cognição judicial, desse modo, se resume a aferir a presença de provas que fundamentam a opção dos jurados pela rejeição das causas excludentes, compreendidas como pressupostos negativos do crime: sendo típica a conduta, ela será antijurídica se não amparada pelas excludentes do art. 23 do CP, e culpável se não contemplada em seus arts. 21, 22, 26 e 28, § 1º.

Para os fins deste julgamento, o fundamental é compreender que, enquanto a autoria é um dos elementos essenciais de qualquer crime, o motivo nem sempre o é. Sem comprovação da autoria, é impossível a condenação do réu, nos termos do art. 386, IV e V, do CPP; por outro lado, a falta de demonstração do motivo do delito não é elencada no dispositivo como hipótese absolutória. Quando não qualifica as infrações, o motivo é um elemento acidental do crime, relevante para a dosimetria da pena em sua primeira (art. 59 do CP), segunda (arts. 61, II, "a" e "b", e 65, III, "a", do CP) ou terceira fases (por exemplo: art. 121, § 1º, 129, § 4º, 149, § 2º, II, e 163, parágrafo único, IV, do CP). Não é decisivo, contudo, para o mérito da procedência ou improcedência da pretensão punitiva em si.

Mesmo nos tipos qualificados pelo motivo - em que este figura como elemento essencial -, sua natureza é de elemento objetivo-normativo do tipo, o que se distingue claramente da autoria. É o caso, por exemplo, do homicídio qualificado por motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP), pelo qual a recorrente foi condenada na origem. A torpeza do motivo é um elemento objetivo-normativo do tipo qualificado, porque seu reconhecimento exige um raciocínio valorativo que não se satisfaz com a simples observação dos fatos, mas demanda um segundo processo mental a fim de definir se estes caracterizam como torpe o motivo do crime. A autoria, contrariamente, é um dado objetivo-descritivo: basta a reconstrução histórica dos fatos para se concluir quem praticou o delito.

A teoria geral do delito nos auxilia a atingir uma conclusão aparentemente simples, mas que não foi percebida pela Corte de origem: sendo elementos distintos dentro do tipo penal, e inclusive com classificações diferentes, a prova do motivo não implica necessariamente prova da autoria, e vice-versa.

Difícil é, aliás, encontrar o ser humano que nunca tenha sido injustiçado por outro, ou brigado com seu semelhante, ou por ele nutrido uma forte inimizade. Confundir o motivo para a prática de um crime contra o desafeto com a prova de sua autoria colocaria quase toda a humanidade sob o risco de uma severa condenação penal”.

O voto condutor fez ainda duas citações bastante pertinentes: uma frase de Dostoiévki e a Navalha de Occam.

William de Occam foi um filósofo inglês do século XIV, que enunciou a teoria da “navalha de Occam”, segundo a qual devemos escolher, dentre as várias explicações válidas para o mesmo fato, aquela que for mais simples. De acordo com ele, o homem, em suas teorias, deveria sempre eliminar o supérfluo.

No entanto, uma análise da história das ciências humanas mostra o quanto Occam foi desautorizado. Imensos volumes são escritos para tratar de filigranas que não têm utilidade prática. Nesse contexto, o direito penal não fica de fora. Como exemplo, têm-se a complexidade que se atingiu com a teoria do crime. Qual a diferença prática entre causalismo e finalismo? Já se disse que ambas teorias são uma mera mudança de disposição dos móveis em uma casa, sem maiores implicações na praxe forense.

Deveras, o único reflexo prático reside na dignidade do agente. No finalismo, houve o deslocamento do dolo e da culpa da culpabilidade para o fato típico. Na teoria causalista, ausente dolo ou culpa, afastava-se a culpabilidade, mantendo-se a tipicidade. Na teoria finalista, a falta de dolo ou culpa importa em fato atípico, por ausência de conduta. O efeito prático das duas teorias é o mesmo, livrando o agente de qualquer reprimenda. No entanto, para o causalismo o agente é considerado um criminoso não culpável, enquanto para o finalismo não é criminoso. Ter cometido um crime, mas não ser reprovado por essa conduta, difere apenas moralmente de não ter cometido crime algum.

Ao lado do Princípio Kiss, a Navalha de Occam propugna que teorias com poucas e simples suposições são mais facilmente verificáveis do que aquelas com muitas e complicadas suposições. No entanto, a explicação mais simples nem sempre é a mais correta. A Navalha de Occam é um princípio metodológico, e não uma lei que diz o que é

verdade e o que não é. Ou seja, ela não sugere que as explicações mais simples são sempre as verdadeiras e que as mais complexas devem ser refutadas em qualquer situação.

Conforme pontuou o min. relator em seu voto condutor:

“Embora seja tentadora a simplicidade de explicar um homicídio buscando de forma automática o rival mais próximo da vítima, esse procedimento pode provocar injustiças severas. A navalha de Occam, que tem na filosofia e até nas ciências naturais o seu nicho, não se aplica com o mesmo acerto no processo penal, em que o histórico do cometimento de um delito é, com frequência, extremamente complexo.

Isso não significa, é claro, que o inimigo de uma vítima de homicídio fique imune a qualquer investigação. A sua rusga com o ofendido - mormente quando acompanhada de outros fatores, como a oportunidade para o cometimento do crime, a ausência de um álibi etc. - pode, por certo, despertar a curiosidade das autoridades estatais, a quem cabe o dever constitucional (arts. 129, caput e VII, e 144, IV, e § 4º, da Constituição da República) de investigar infrações à lei penal. O ponto é que essa suspeita provocada pela existência de motivo, embora idônea para deflagrar uma investigação, não substitui a prova de autoria exigida *a contrario sensu* pelo art. 386, V, do CPP para a condenação no processo judicial. A suspeita que pode movimentar o aparato investigativo, em suma, não tem valia para decidir a procedência ou improcedência da ação penal”.

O art. 386, V, do CPP, citado na passagem acima, dispõe que o juiz absolverá o réu se não existir prova de ele ter concorrido para a infração penal. Uma interpretação *a contrario sensu* deste dispositivo legal avulta a exigência de prova da autoria ou participação do agente para sustentar um édito condenatório.

Por sua vez, o art. 129 da CF, também citado no acórdão, elenca de forma exemplificativa as funções institucionais do Ministério Público. A função de investigar crimes foi consolidada em 2015 pelo STF, ao julgar o RE 593.727, conferindo o poder implícito de investigação ao órgão titular da ação penal. Essa função investigativa foi regulamentada pela Resolução nº 181 do CNMP. Em seus “considerando”, a referida resolução indica:

“Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo

e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais”.

Por sua vez, o art. 7º da Res. 181 elenca os poderes de investigação do Ministério Público, de forma exemplificativa, conforme a redação conferida pela Res. 183/2018:

“O membro do Ministério Público, observadas as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e sem prejuízo de outras providências inerentes a sua atribuição funcional, poderá:

I –fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências, inclusive em organizações militares;

II –requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

III –requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral;

IV –notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;

V –acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;

VI –acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciária;

VII –expedir notificações e intimações necessárias;

VIII –realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos;

IX –ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

X –requisitar auxílio de força policial”.

Conforme o art. 7º, inc. II, indicado acima, o Ministério Público pode requisitar perícias. O próprio órgão ministerial pode realizar perícias, se tiver estrutura adequada para tanto. No entanto, essa perícia se qualifica como prova unilateral, submetida a contraditório diferido, por não ter sido feita por perito nomeado pelo juízo.

Como ponderou o relator em seu voto, citando as provas referenciadas no aresto do TJCE:

“ISAIAS SOUSA DOS ANTOS: além de confirmar a referida inimizade, narrou que seu irmão, a vítima do crime, lhe disse em seus últimos suspiros que o marido de MARIA IARA o matou.

Ainda que fosse possível imaginar, em tese, que MARIA IARA determinara a seu ex-marido (e não a seu irmão, JOSÉ AIRTON) a execução material do delito, não há menção, no acórdão, a nenhum trabalho policial ou investigativo que tenha procurado apurar a suposta ocorrência dessa negociação, como exame de movimentações bancárias, interceptação telefônica, busca e apreensão na residência da recorrente, localização da arma utilizada no delito, perícia balística para identificar a origem da munição e rastreá-la etc.

A materialidade - o "matar alguém" do art. 121 do CP - não é controvertida, de maneira que não foi objeto de exame no aresto. De todo modo, a decisão de pronúncia mostra que o assassinato foi constatado pelo laudo de exame necroscópico; também por isso, parece indiscutível a ocorrência de uma conduta humana, porque a vítima foi baleada por disparo de arma de fogo. Sobre os elementos objetivo-normativos do tipo qualificado, o uso de meio que dificultou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, IV, do CP) não é atacado pela defesa - e, sendo a morte causada por disparo de arma de fogo no tórax, cabe ao júri valorar o fato e subsumi-lo, ou não, à qualificadora.

Enquanto uma delas - ainda que por *hearsay*, já que relatou o que ouviu da vítima em seus momentos finais de vida - corroborou uma das teses da defesa. As afirmações de ISAIAS foram inclusive utilizadas pelo TJ/CE para cassar a condenação do irmão da recorrente e submetê-lo a novo júri”.

O *Hearsay Rule* ou *Hearsay Evidence* impõe a proibição das testemunhas de referência, que propagam boatos. Trata-se da testemunha que imputa uma conduta à alguém sem informar a verdadeira pessoa no qual a imputou, ou seja, o fato narrado foi feito por um interlocutor que ouviu uma outra pessoa detalhar fato ilícito, conhecido como testemunho de ouvir dizer. Isso porque, como dito acima, o boca a boca deturpa a versão original. No entanto, a testemunha indicada no aresto do TJCE ouviu da própria vítima, em seus últimos suspiros, quem teria atirado em seu peito.

Em conclusão de julgamento, o Min. Ribeiro Dantas arrematou em seu voto:

“Especificamente em relação à autoria, o presente caso encaixa-se com perfeição à *no evidence rule* da Suprema Corte dos EUA, proclamada naquele Tribunal desde o começo do século XIX.

Com as devidas vênias à acusação, parece simplesmente não ter havido investigação das circunstâncias em que faleceu JOÃO BATISTA. Uma vez descoberta a desavença entre MARIA IARA e a vítima, a Polícia Civil e o Parquet a elegeram como culpada, mas não procuraram realizar nenhuma diligência mais aprofundada para confirmar a versão apresentada na denúncia. Não dirijo censura a tais instituições, que exercem um papel importante e dificultado sobremaneira pela falta de recursos humanos e materiais - em especial no ano de 1994, quando ocorreram os fatos. Constatato tão somente que, pela própria narrativa fática do aresto recorrido, a acusação não se desincumbiu de um ônus que lhe cabia. As dificuldades institucionais supracitadas são de responsabilidade do Estado, a quem compete arcar com os custos de viabilizar a persecução penal, mas não autorizam que se diminua o standard probatório exigido para uma condenação.

Não vejo o risco de que existam outras provas nos autos, não examinadas pelo aresto recorrido, capazes de manter a condenação - e não é este relator quem o afirma. Tanto o TJ/CE, ao rejeitar os embargos de declaração defensivos, como o próprio MP/CE, em suas contrarrazões ao recurso especial, argumentam que foi completa a análise das provas feita no acórdão, de maneira que nenhum elemento probatório lhe escapou. Assim, esta colenda Quinta Turma poderá ter a tranquilidade necessária para se debruçar exclusivamente sobre os fundamentos do aresto a fim de verificar se obedeceu aos critérios de formação da convicção, o que entendo não ter acontecido”.

O voto do relator neste julgado foi seguido à unanimidade pelos demais ministros da 5ª Turma do STJ. Neste precedente, restou consignado que a existência de motivo evidente para a prática do homicídio não configura prova da autoria, ainda mais quando se trata de autoria intelectual, onde não há provas do ajuste entre mandante e executor.

O motivo, tal como a premeditação, são anteriores à execução do homicídio em si, mas não dispensam a prova da autoria, por serem elementos essenciais do crime. Assim, a despeito de a Súmula 7 vedar a análise de provas, é possível ao STJ em sede de recurso

especial averiguar se o tribunal local constatou a existência de provas que possam ser perfilhadas pelos jurados. No caso concreto, o STJ entendeu que o TJCE não apontou tais provas, determinando, assim, a realização de novo julgamento pelo tribunal do júri.

Como visto no aresto do TJCE, é perfeitamente possível que o mandante tenha um julgamento diferente do executor no tribunal do júri, a depender das provas dos autos. Sendo imputadas condutas diversas e autônomas, uma de executor e outra de mandante, podem os jurados reconhecer, perfeitamente, a suficiência de provas para condenar um e não o outro, não havendo nenhuma relação de dependência entre as formas de participação referidas.

A cláusula do devido processo constante na Décima Quarta Emenda, citada no *case Jackson v. Virgínia*, menciona as provas “acima de dúvida razoável”. Este *standard* probatório não foi abordado no julgado em comento do STJ, havendo menção apenas à prova dos “elementos essenciais do crime” para legitimar o veredito dos jurados.

Quanto a esse *standard* probatório mínimo, o STF possui precedente que o exige para a fundamentação da decisão de pronúncia. No Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.067.392/CE, julgado em 2019, o STF rechaçou a tese do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, adotada pelo TJCE. Esse entendimento do STF divergiu do AREsp nº 1.084.726, julgado pelo STJ, conforme citado no tópico anterior.

Segundo o relator deste julgado no STF, Min. Gilmar Mendes:

“Consta dos autos que os réus foram denunciados pela suposta prática do delito descrito no artigo 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal, pois, em 28.6.2008, teriam agredido a vítima José Romário Lira de Oliveira com chutes, pontapés e mediante o uso de um instrumento contundente, ocasionando, posteriormente, o seu óbito no hospital. Após regular trâmite da instrução, os requerentes foram impronunciados pelo juízo de primeiro grau, nos termos do artigo 414 do CPP. Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação criminal no TJ/CE requerendo, em suma, a pronúncia dos acusados. O recurso restou provido pelo TJCE.

Assim, ‘o simples fato dos denunciados (José Reginaldo e Cleiton Cavalcante) terem corrido atrás da vítima não indica sua adesão à conduta do corréu Bruno’, sob pena de se caracterizar uma inadmissível responsabilização objetiva em Direito Penal.

É imperativo, em um raciocínio lógico, que a testemunha que presenciou os fatos possa descrever com mais fidedignidade os

acontecimentos do que aquela que tomou conhecimento dos fatos por ouvir dizer (testemunha de 2º grau)".

A genitora da vítima teve contato com esta antes que ela falecesse no hospital. Em seu depoimento, citado pelo Min. Relator em seu voto, a genitora disse:

"Que no hospital em Fortaleza seu filho afirmou que tinham muitas pessoas correndo atrás dele e atirando pedras; que o mesmo disse que o principal foi Bruno; que afirmou também que Cleiton e Reginaldo arremessaram pedras.

Essa prova aparentemente esbarra na *Hearsay Evidence*, que veda os testemunhos de ouvir dizer. No entanto, tal como o caso julgado pelo STJ, comentado acima, trata-se do relato da vítima antes de falecer, que apontou os culpados pela sua morte.

O relato da própria vítima, antes de falecer, não pode ser equiparado ao um boato, ao menos quando testemunhado pelo ouvinte direto de suas últimas palavras. A vítima, tal como as testemunhas oculares, possuem limitações e vieses na coleta sensorial dos fatos. A vítima em fuga, em altercação, lutando pela vida ou em seus últimos suspiros, está tomada por adrenalina e nervosismo. Sua versão, assim, não pode ser adotada sem confrontações com as demais provas.

O IPEA realizou estudo que investigou as principais fatores que impactam na qualidade da prova testemunhal. Esses fatores podem ser aplicados ao depoimento das vítimas, ainda que em seus últimos suspiros, tais como sua condição pessoal, idade e outros fatores. Conforme indicado no estudo:

"Em relação aos fatores que influenciam a qualidade da prova testemunhal na etapa processual e seu impacto nas decisões judiciais, quatro categorias foram citadas pelos entrevistados: 1) tempo transcorrido entre o crime e a entrevista em juízo; 2) a forma de realização da coleta do testemunho; 3) a complexidade do crime envolvido; e 4) a credibilidade da testemunha ou da vítima. Foram constatados diversos fatores que influenciam na qualidade da prova testemunhal no processo penal e, que, conseqüentemente, acabam impactando no resultado das decisões judiciais. (*Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*, IPEA, 2015, pág. 55)".

Acerca desta questão o Min. Gilmar Mendes ponderou:

"Além disso, o juízo recursal deu preponderância também a um testemunho de ouvir-dizer, a mãe da vítima, que teria ouvido suas

declarações no hospital antes de falecer. Sem dúvidas, diferentemente do sistema estadunidense, não há uma vedação de admissibilidade de tal elemento no ordenamento brasileiro. Contudo, igualmente inegável que uma declaração de alguém que não presenciou os fatos, mas somente ouviu o relato de outra pessoa, tem menor força probatória do que outras testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo”.

Inaugurando a divergência, o Min. Edson Fachin asseverou em seu voto:

“Deste modo, a questão está em que aqui há uma sentença, ou melhor dizendo, aqui há uma decisão de pronúncia, tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Essa decisão de pronúncia levou em conta a presença de justa causa no plano de indícios mínimos, ou seja, nada obstante as dúvidas ainda presentes e nada obstante a não pronúncia do juiz sentenciante de primeiro grau, o Juízo colegiado operou a pronúncia daqueles em face dos quais se imputava a prática do homicídio”.

Acompanhando a divergência, a Min. Camen Lúcia arrematou:

“Reafirmo a importância do tema, mas o Princípio do ‘In Dubio pro Societate’ é a partir de indícios, que foram aproveitados exatamente pelo Tribunal de Justiça do Ceará. E, portanto, não se pode desconhecer que houve a aferição da sua existência e da sua conformação, não apenas como legislação, mas, principalmente, com o que vem sendo a jurisprudência exatamente no sentido de permitir que sejam eles suficientes para que se tenha a atuação do Júri, que é o soberano para decidir sobre a suficiência como prova e não como conjunto de indícios”.

O Min. Ricardo Lewandowski acompanhou o relator, assentando que:

“O TJ do Ceará deu preponderância, inequivocamente, a relatos colhidos na fase inquisitorial de pessoas que não presenciaram o crime e deu também muito peso ao testemunho de ouvi dizer, como salientou o Ministro-Relator, insuficiente a gerar qualquer dúvida fundada sobre a participação dos recorrentes no crime e submetê-los ao Júri popular.

Por fim, em substancioso voto, o Min. Celso de Mello aderiu à corrente vencedora, capitaneada pelo ministro relator. Em conclusão de julgamento, o Min. Gilmar Mendes arrematou em seu voto:

“Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias”.

Como visto, para sustentar o veredito dos jurados, o STJ exige a análise ao menos da existência de provas acerca dos elementos essenciais do crime, em especial da autoria e da materialidade, não bastando a presença de um motivo para o crime, ainda que evidente. Por sua vez, para o STF, a decisão de pronúncia exige um standard probatório mínimo, acima de dúvida razoável, com preponderância de teses incriminatórias. No entanto, essa análise das provas na pronúncia não pode ser exauriente, sob pena de influenciar os jurados por ocasião do julgamento.

Como referido acima, o Min. Ribeiro Dantas externou em seu voto no STJ que restringia sua análise ao escopo do recurso, evitando tratar do caso de veredito absolutório. No entanto, persiste a dúvida se o entendimento adotado à unanimidade pela 5ª Turma do STJ se aplicaria aos casos de absolvição.

Muitas dúvidas poderão ser dirimidas com o julgamento do Tema 1087 da Repercussão Geral do STF. Conforme a decisão de afetação da matéria:

“Primeiramente, embora a tradicional jurisprudência da Corte aponte para a compatibilidade entre o princípio da soberania dos veredictos e o juízo anulatório empreendido pelo Tribunal de Justiça em caso de decisões proferidas pelo Júri reputadas como manifestamente contrárias à prova dos autos, é certo que a questão está longe de se encontrar pacificada no âmbito doutrinário e jurisprudencial. No STJ, o tema foi recentemente debatido, no âmbito da Terceira Seção, a qual, por apertada maioria, decidiu, em síntese que a absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário. (HC 313.251/RJ, Terceira Seção, relator Ministro Joel Paciornik, julgado em 28.02.2018). Nada obstante, a substancial

corrente divergente instaurada naquele decisum, composta pelos Min. Sebastião Reis Júnior, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Pinheiro, bem demonstra o quão intrincada e tortuosa é a matéria ora proposta”.

Como dito linhas atrás, no voto condutor do Min. Ribeiro Dantas consta epigrafada a seguinte frase de Dostoiévski:

“Os motivos humanos geralmente são muito mais complicados do que supomos, e raramente podemos descrever com precisão os motivos de outro.” (O Idiota, 1869).

Conforme explicitado no voto, os motivos humanos são por vezes insondáveis, e nem sempre cabem confortavelmente nas páginas de autos processuais. Para um indivíduo, uma manobra irregular de trânsito pode despertar sua fúria e movê-lo a matar alguém; para outro, nem mesmo o mais grave dos insultos o faria.

A ausência de motivo, quando não se descobre a razão do delito, não é a mesma coisa que motivo fútil, que exige comprovação efetiva. Ocorrendo a ausência de motivo, não pode ter incidência o motivo fútil. Quem comete o crime por puro prazer é um sádico e isso configuraria motivo torpe. O motivo fútil é o insignificante, com desproporção entre o crime e a sua causa moral.

Na visão do STJ, é possível haver autoria sem motivo, o qual pode qualificar ou não o homicídio, a depender das provas colhidas na investigação. Contudo, não pode haver motivo sem autoria, cabendo ao Estado-acusação demonstrar que o autor efetivamente praticou a conduta, não podendo esta ser inferida a partir do motivo para o crime, ainda que manifesto. Desta forma, se a apelação sustenta que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária às provas dos autos, o tribunal de segundo grau tem o dever de analisar se pelo menos existem provas de cada um dos elementos essenciais do crime, em especial a autoria.

A esse respeito, Danni Sales pondera:

“Todo jurado, concitado a compor o Júri, verte preocupações proemiais. Perceba, para nós, brasileiros, não é possível se fazer um julgamento sem saber o motivo do crime. Nosso jurado dá particular atenção ao motivo, porque, por temperamento e, por razões históricas, temos grande indulgência com o delito. Por exemplo, quando na Inglaterra, se diz que John matou Smith, a reação de um inglês é dizer: "Como? What? Matou? (KELSEN, 2001). Porque não entra na cabeça de um inglês que a morte seja a solução para as

dificuldades humanas. Quando, no Brasil, dizemos que João atirou em José, matando-o, a reação imediata do ouvinte é questionar: Por quê? Nós temos no subconsciente, uma tendência natural a acreditar que, em determinadas circunstâncias, a violência pode ser a solução para as dificuldades humana. Em vez de termos uma reação de espanto, temos logo uma curiosidade que se traduz em querer saber o porquê. (Júri - Persuasão na Tribuna, Juruá, 2018, pág. 18)".

Por seu turno, Roberto Lyra leciona que:

"Fala-se em dúvidas. Resolvendo dúvidas é que adquirimos certeza. E a certeza para o júri não depende de formalismos e ficções. Não há indícios? Eis aí mais um. A ausência de indícios indica a autoria de indivíduo experimentado e perito, com o acusado. Ninguém, nada confirma a palavra do jovem defensor que, certamente, conhece a sátira britânica armada com a parônima entre *liar* e *lawyer*. Em Londres, os próprios advogados, no seu toast de fim de ano, não dispensam um brinde 'à ingenuidade dos juízes e à obscuridade das leis'" (Como Julgar, Como Defender, Como Acusar, editora Líder, 2003, pág. 103).

Extrai-se destes aportes a premente necessidade de estabelecimento de balizas objetivas para o manejo da apelação no julgamento pelo júri. Muitas decisões dos tribunais superiores têm buscado esse ideal, por vezes em caminhos tortuosos, esteando-se em premissas equivocadas. A verdade processual no âmbito do júri, seja em termos de correspondência ou em teorias coerentistas, ora deve obediência a um *standard* mínimo de provas, ora deve basear-se em provas dos elementos essenciais do crime. Em vista disso, o julgamento do Tema 1087 com repercussão geral deve estabelecer padrões racionais de exame da apelação contra decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

5-Conclusão

O presente trabalho visou aclarar questões discutidas no âmbito da recorribilidade das decisões do júri, em especial na apelação contra veredito manifestamente contrário à prova dos autos. O exame das premissas adotadas pelos tribunais superiores revela uma oscilação ambígua nos precedentes, catalisada pela falta de clareza da doutrina no tratamento da matéria.

Não raras vezes, o jurado decide a cédula do sim ou do não no exato instante em que a urna lhe é apresentada. A verdade que emana dos debates do Júri é analisada na íntima convicção do juiz leigo. Mostrou-se no decorrer deste trabalho testemunhos de relatos de vítimas em seus últimos suspiros, apontando a autoria delitiva. O jurado passa

por idêntica agrura, escolhendo o veredito final muitas vezes já na fase de votação dos quesitos, quando aponta se o réu é culpado ou inocente. Isso decorre da estratégia da defesa, em germinar a dúvida durante todo o julgamento.

Como ocorre com frequência, a defesa explicita aos jurados que o libelo não passa de uma primeira impressão da acusação sobre os fatos, que será desmontada no decorrer dos debates, conforme as provas vão sendo apresentadas. Antes dos julgamentos, acusação e defesa estudam os autos, preparam as teses e selecionam as provas. Ao final, o jurado está no fio da navalha entre as diversas versões debatidas.

Conforme Fiódor Dostoiévski:

“A verdadeira verdade é sempre inverossímil; para lhe dar verossimilhança é preciso misturar-lhe um pouco de mentira”. (Os demônios, 1872).

A filosofia analítica tem na linguagem uma ferramenta para ajudar no entendimento humano acerca do mundo que o cerca. Do mesmo modo, a despeito das dificuldade ontológicas do Júri, o Direito deve ser uma ferramenta para trazer racionalidade e agilidade à ação humana de julgar.

6-Referências:

Avena, Noberto, Processo Penal, editora método, 2017.

Badaró, Gustavo Henrique, Manual dos Recursos Penais, Revista dos Tribunais, 2017.

Lyra, Roberto, Como Julgar, Como Defender, Como Acusar, editora Líder, 2003.

Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Processo Penal e Execução Penal, editora Forense, 2016.

Pacelli, Eugênio e Fischer, Douglas, Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência, editora Atlas, 9ª edição, 2017.

Sales, Danni, Júri - Persuasão na Tribuna, Juruá, 2018.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: A AFRONTA À DIGNIDADE HUMANA E MATERNA NOS DIAS ATUAIS

KLEANNE DOS REIS VALLES:

Bacharelada em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA²

(orientador)

RESUMO: Com passar dos anos, as formas de dar à luz foi se atualizando e novas técnicas foram criadas para implementar esse momento. Essas inovações foram acompanhando a evolução dos estudos dentro do campo da medicina obstétrica. Este marco foi crucial na vida das mulheres se comparar com os tempos remotos, onde as mulheres, por falta de atenção intervencionista, tinham seus filhos dentro de casa com o auxílio de uma parteira, que era uma pessoa que tinha conhecimento no parto natural sem procedimentos médicos ou hospitalares. Essa metodologia era utilizada por dois fatores, tanto pela distância do local ao hospital, quanto pela escassez de médicos para dar a devida atenção a este procedimento. A falta de conhecimento e complicações que surgiam no momento desse tipo de parto resultava em inúmeros casos de óbitos no momento do parto. Por isso, nesses casos, parto cirúrgico se tornou uma alternativa imediata para salvaguardar a vida, tanto da mãe quanto do filho, em casos de complicações no parto vaginal. Este artigo tem como principal objetivo evidenciar os casos em que a violência obstétrica acontece dentro das maternidades e hospitais em desconformidade com o ordenamento jurídico. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica de natureza descritiva, realizada em livros, ordenamento jurídico, doutrinas e artigos publicados, tais como na Scielo e JurisBrasil, que estejam de acordo com os objetivos desta pesquisa, pertencentes ao idioma português.

PALAVRAS-CHAVE: Violência obstétrica. Acompanhante. Ordenamento.

ABSTRACT: Over the years, the ways of giving birth have been updated and new techniques have been created to implement this moment. These innovations have accompanied the evolution of studies within the field of obstetric medicine. This milestone was crucial in women's lives if we compare it to the remote times, where women, for lack of interventionist attention, had their children inside the case with the help of a midwife, who was a person who had knowledge in natural childbirth without medical or hospital

² Professo orientador Formado em Direito, especialista em Direito processual e civil.

procedures. This methodology was used due to two factors, both the distance of the place from the hospital and the scarcity of doctors to give due attention to this procedure. The lack of knowledge and complications that arose at the time of this type of delivery resulted in numerous cases of deaths at the time of delivery. Therefore, in these cases, surgical delivery became an immediate alternative to safeguard the life of both mother and child in cases of complications in vaginal delivery. The main objective of this article is to highlight the cases in which obstetric violence occurs in maternity hospitals and hospitals in disagreement with the legal system. This is a bibliographic research of descriptive nature, conducted in books, legal system, doctrines and articles published in Scielo and JurisBrasil, which are in accordance with the objectives of this research, belonging to the Portuguese language.

KEYWORDS: Obstetric violence. Escort. Ordering.

1 INTRODUÇÃO

O parto pode ser tanto um processo naturalmente fisiológico, como profundamente complexo e disfuncional. Para muitas mulheres, o trabalho de parto é um momento de temor, oscilação, excitação e ansiedade. A mudança do ambiente familiar para o ambiente hospitalar, pode contribuir para estes anseios, portanto, é essencial fornecer tudo que for necessário para assegurar que a mãe e o recém-nascido recebam os cuidados mais seguros e humanizados possíveis (ALBUQUERQUE, 2016).

Assim, por ser um momento de total vulnerabilidade para uma mulher, torna-se necessário o acompanhamento, assistência e apoio, inclusive para realizar as atividades mais básicas. Uma gestante em trabalho de parto, precisa do seu acompanhante para evitar com que a mesma não se lesione pelos corredores do hospital ou maternidade ou evite com que procedimentos incorretos possam ser realizados, por obter uma pessoa de confiança perto para dar suporte (NICIDA et al., 2020).

Perante o exposto, o crescente número de partos principalmente cesáreos no Brasil mostra que é necessário tratar do tema voltado para violência obstétrica que ocorrem no processo do parto, que em sua maioria não tem informação sobre cada procedimento, sendo levadas a se conformarem com diversas situações importunas como maus-tratos, negligência, abusos, desrespeito e até práticas assistenciais obsoletas que ocorrem nas instituições de saúde. Tendo como consequências experiências ruins durante um momento de vulnerabilidade acarretando em traumas ou até transtornos psicológicos (ARAÚJO, 2017).

Com base nisso, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo princípios voltados para a dignidade humana da mulher, que passaram a ser respeitados com o passar do tempo e citados por leis que amparam e protegem a mulher no momento da gravidez e no parto, como a Lei do Acompanhante.

Com base nisso, este artigo tem como principal objetivo evidenciar os casos em que a violência obstétrica acontece dentro das maternidades e hospitais em desconformidade com o ordenamento jurídico. Como objetivos específicos busca-se apontar os tipos de violências obstétricas que colocam a paciente em situações constrangedoras e vexatórias; descrever as leis que amparam a proteção ao direito fundamental da mulher durante a gravidez e o parto; analisar as sanções, punições para quem comete violência obstétrica.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica realizada em livros, ordenamento jurídico, doutrinas e artigos publicados, tais como na Scielo e JurisBrasil, que estejam de acordo com os objetivos desta pesquisa, pertencentes ao idioma português. Sendo portanto, uma análise qualitativa que traz consigo uma natureza descritiva dentro do ordenamento jurídico.

2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

2.1 Primeiros Vestígios De Violência Obstétrica

O parto, dentro do seu mais amplo conceito, pode ser compreendido, dentro dos termos técnicos, como uma agregação de fenômenos e também de mecanismos que trazem como finalidade a expulsão do feto, junto de seus anexos, corpo e organismo materno. Diante a isto, quando se adentra ao período que antecede o parto, novas sensações, sintomas e fenômenos, sejam eles ativos ou passivos, acontecem no corpo da paciente para que esta consiga expelir o feto. Com isso, o parto é o momento que o feto deixa o útero e passa a ter contato com o externo (FREITAS; COSTA, 2019).

Com passar dos anos, as formas de dar à luz foi se atualizando e novas técnicas foram criadas para implementar esse momento. Essas inovações foram acompanhando a evolução dos estudos dentro do campo da medicina obstétrica. Este marco foi crucial na vida das mulheres se comparar com os tempos remotos, onde as mulheres, por falta de atenção intervencionista, tinham seus filhos dentro de casa com o auxílio de uma parteira, que era uma pessoa que tinha conhecimento no parto natural sem procedimentos médicos ou hospitalares. Essa metodologia era utilizada por dois fatores, tanto pela distância do local ao hospital, quanto pela escassez de médicos para dar a devida atenção a este procedimento. A falta de conhecimento e complicações que surgiam no momento desse

tipo de parto resultava em inúmeros casos de óbitos no momento do parto. Por isso, nesses casos, parto cirúrgico se tornou uma alternativa imediata para salvaguardar a vida, tanto da mãe quanto do filho, em casos de complicações no parto vaginal (ZECHARIAS; NEGRINI, 2020).

Desse modo, a gravidez e o parto, podem ser considerados como momentos marcantes na vida de uma mulher. Visto que, desde o início de toda a história, eram diferentes formas de realizar o parto e todas foram sendo praticadas com o intuito de agilizar a vinda do feto ao mundo. Essas formas foram se tornando variáveis conforme o lugar e cultura de um determinado povo. Depois que houve novos conhecimentos que compreenderam a importância da preparação para o parto, surgiu o pré-natal, que é quando a grávida realiza todos exames iniciais com o intuito de prevenir complicações que possam surgir no momento do parto. Passando a ser um preparativo para o que a mulher realize perante o seu próprio corpo e sua saúde. Diante a isto, os profissionais que fazem parte desse momento, podem dar orientações sobre as vantagens do parto vaginal para a grávida em seu momento de parturiente, bem como em que situações podem acontecer o parto cirúrgico (FREITAS et al., 2016).

Com isso, o primeiro vestígio da violência obstétrica está relacionado com a omissão de informações que são importantes para a grávida ou parturiente. Visto que, essas informações estão diretamente ligadas com o corpo desta e com o direcionamento dos processos que serão aplicados nos momentos que antecedem o parto. Em um estudo realizado por Félix et al., (2019), com uma amostra de 100 gestantes com o intuito de evidenciar o grau de conhecimento destas sobre os sinais de alerta do trabalho de parto, idade materna e a importância de se obter informações importantes sobre o seu corpo, apenas 21% dessas gestantes apresentavam ter conhecimento sobre todas essas informações. Outros 61% apresentaram estar sem nenhum conhecimento sobre as informações importantes que deveriam saber sobre a preparação do pré-parto.

2.1.1 Formas de violência obstétrica

As formas de violência podem ser variadas, destacando-se as violências verbais, físicas e psicológicas, e até mesmo a sexual. Quanto a forma de ser expressadas, estas podem ser de forma implícita ou explícita, deixando consequências nas vítimas que afetam a sua integridade física, até mesmo sua saúde ou segurança, até sua saúde mental. Estas violências podem acontecer antes, durante e após o parto, bem como nos casos de aborto. Sendo considerada uma violência institucionalizada, não somente limitada às maternidades e hospitais, mas podendo ser praticadas em qualquer unidade de saúde que

a grávida procura assistência, como em postos de saúde e consultórios médicos especializados em atender gestantes. Por isso, afirma-se que as violências obstétricas são práticas que trazem consigo significados culturais que estão geralmente estereotipados da desvalorização e submissão da mulher, essas percepções sobre a mulher tornam as práticas mais corriqueiras (ZANARDO et al.,2017).

Com isso, a tradição da aceitação das condições que são estabelecidas por médicos e profissionais da saúde, sem balbuciar, fixa na mente da sociedade que os profissionais possuem total domínio do que estão fazendo, sob a visão que as alternativas são as melhores para o paciente, justificado pela carga de conhecimento que os profissionais possuem tanto na prática quanto na vivência de sua profissão. Essa visão é forte que até os próprios médicos e enfermeiros possuem total convicção de que suas ações são as melhores escolhas para as pacientes, passando a realizar procedimentos de forma mecânica mesmo sendo desnecessários. Além disso, a violência ocorre também porque algumas maternidades e hospitais realizam práticas inadequadas por não se preocuparem com o bem-estar das grávidas ou parturientes, criando assim uma “indústria de partos”. O problema acontece no decorrer dessas práticas, pois as vítimas sofrem com traumas e podem durar por tempo indeterminado, impactando tanto na vida da mãe quanto do bebê, tais como problemas psicológicos como a síndrome de estresse pós-traumático, que acomete a vítima de lembranças negativas que envolvem um determinado momento de sua vida, impactando a sua saúde ou até a forma como esta vítima irá se relacionar com seu filho, podendo apresentar traços da depressão, dificuldades em retornar para a vida sexual ativa saudável, trazendo uma baixa autoestima (REZENDE, 2014).

As formas de violência que antecedem o parto estão presentes na intimidação e na omissão de informações que a paciente passa a ter no primeiro momento que busca assistência, que no caso é no pré-natal. Essas violências podem ser representadas no momento em que a paciente questiona uma atualização sobre o estado de sua gestação, com respostas que podem ser realizadas de forma rude, introduzindo-se piadas ou recriminação sobre a gestante por esta estar chorando, gritando, com medo ou com vergonha, bem como quando esta manifesta suas dúvidas. Tratar essa gestante como uma incapaz ou de uma maneira inferior do padrão de atendimento, retirando desta a possibilidade de escolher previamente o local do parto, direcionando esta vítima de forma forçada ou influenciando-a para o parto cirúrgico sem a devida necessidade, gerando falsas indicações para que esta cirurgia aconteça. Outros comportamentos como: recusar de atender a gestante; realizar sua transferência sem repassar as informações para esta paciente sobre e sem sua devida autorização; impedir a sua comunicação, seja através de celulares, telefonar ou atender ligações de sua família ou de seu acompanhante; submeter

essa vítima em situações degradantes e humilhantes, como por exemplo o exame do toque por vários profissionais; raspagem dos pelos pubianos; lavagem intestinal ou atendimento com a porta aberta, que exponha a mulher ao constrangimento; deixar de aplicar anestesia no momento que é necessário, permitindo com que a paciente sinta todas as dores desnecessariamente; aplicar o soro com ocitocina para fazer com que o útero da paciente tenha contrações artificialmente; não deixar a mulher ingerir água ou de se alimentar; usar palavras técnicas sabendo que a paciente não possui formação técnica para compreender; omitir a mulher do conhecimento sobre após os vinte e cinco anos e com mais de dois filhos a possibilidade da mesma obter de forma gratuita o ligamento das trompas dentro dos hospitais e maternidades públicas; outros comportamentos de incitação sexual (DUTRA, 2017).

Durante o processo do parto, a violência pode se manifestar em forma de procedimentos que são realizados sem o conhecimento da paciente e sem a sua devida permissão. Outra forma de violência obstétrica é quando a detenta permanece algemada no momento de trabalho de parto; obrigar a mulher a ficar em uma posição que é dolorosa e totalmente desconfortável para dar à luz (DUTRA, 2017).

2.1.2 Manobra de Kristeller

Essa manobra recebeu esse nome devido ao seu criador, chamado de Samuel Kristeller, que iniciou essa técnica no ano de 1867, desde o seu surgimento até os dias atuais, essa técnica já foi banida na maior parte dos países do mundo. O motivo de evitar esse procedimento é devido os riscos que oferece tanto para a paciente quanto para o feto. Em contrapartida, no Brasil, essa também é uma das manobras mais praticadas nos partos normais. Geralmente essa manobra ocorre tanto pelo médico quanto pelo enfermeiro obstétrico, sendo composta pela pressão que é feita na parte superior da barriga da paciente, com o intuito de empurrar o bebê para que mesmo saia de forma rápida (ANDRADE, 2014).

A prática da manobra de *Kristeller*, sendo uma manobra totalmente dolorosa no qual o médico sobe em cima da gestante e fica fazendo pressão na barriga da gestante, empurrando o feto com as duas mãos, braços e antebraços, apoiando os joelhos na pelve da grávida, para que o bebê saia imediatamente (XAVIER, 2018).

2.1.3 Episiotomia e ponto do marido como violência contra a mulher

A episiotomia é um procedimento cirúrgico que geralmente é realizado na região do períneo, com o principal objetivo de abrir passagem para o feto e que ele possa sair de

forma mais rápida, aumentando o lúmen do introito vaginal. Possui vários estudos que apresentam controvérsias sobre esse procedimento. Sabe-se que depende do país sobre a sua aceitação no pré-parto (FRANCIELI et al., 2019).

Entretanto, conforme descreve a Organização Mundial da Saúde (OMS), o procedimento de episiotomia somente pode ser realizado de 15% a 30% dos partos vaginais, respeitando o limite. Como forma de proteger a mulher, surgiu a Resolução do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) 477/15. Outra legislação do COFEN também tem o intuito de proteger a parturiente conforme a resolução 478/2015 (COFEN, 2016).

De acordo com as pesquisas realizadas por Dengo Var (2016), no sistema público de saúde é onde existe maiores casos de uso de episiotomia, sendo realizada em 94% dos partos normais vaginais. Em casos que ocorram a conversa com a paciente e esta é informada da probabilidade da prática cirúrgica, a equipe informa que será necessária para evitar dilacerações graves e preservar a função sexual, bem como reduzir a incontinência urinária e fecal. Contudo, esse procedimento deve ocorrer somente com a autorização da paciente e estando ela consciente do porquê da escolha do procedimento.

Dentro desse contexto, pode-se ressaltar que o parto vaginal ideal seria aquele que a dilatação ocorre de maneira natural e gradativa, em conformidade com a descida do feto, ocorrendo de maneira agressiva para o canal vaginal. Quando esse processo ocorre de forma natural, as lacerações que ocorrem são leves ou as vezes nem acontecem. Contudo, quando o feto desce de forma rápida a laceração profunda pode ocorrer no momento que a dilatação da vagina não ocorre na mesma velocidade que a cabeça do feto vai abrindo passagem (GÜNI et al., 2016).

Kondo (2016) afirma que esses casos de parto normal no país ocorrem de forma contínua e rotineira. Entretanto, um procedimento cirúrgico precisa ser, primeiramente esclarecido para a paciente para que esta possa autorizar ou não realizar esse procedimento cirúrgico em seu corpo. Pelo contrário do que deveria ser feito, os procedimentos ocorrem sem a devida autorização da paciente, onde no qual quando ela percebe já está com sutura em suas partes íntimas. Outro detalhe grave a ser levado em consideração é que nem sempre a anestesia não é aplicada ou não reage no momento da cirurgia, ocorrendo que a paciente sinta extrema dor desde o momento do corte com o bisturi até o momento do último ponto da sutura.

Além disso, esse procedimento cirúrgico é prejudicial para as relações sexuais da paciente, uma vez que os procedimentos cirúrgicos, principalmente do sistema único de saúde não se preocupa com a estética dos resultados. Isto é, um procedimento desse porte

na vagina, pode deixar cicatrizes que comprometam as relações sexuais e também afete a sua própria autoestima, por adquirir uma cicatriz permanente em seu corpo, visto que por muitos médicos é considerada como uma lesão de segundo grau. Compreende-se que por muitos anos, as gestantes tiveram parto vaginal normal, sem precisar de cortes de segundo grau para dar passagem ao bebê, pois sempre foi respeitado o momento natural do corpo da mãe em ritmo com o feto, sem apressar o parto para evitar lesões e nem tornar rápido um processo natural para que seja necessário realizar procedimentos cirúrgicos (KONDO, 2016).

2.2 Leis De Proteção Contra Violência Obstétrica

2.2.1 Direito Reprodutivo das mulheres

De acordo com Piovesan (2014), os direitos que envolvem a capacidade reprodutiva correspondem ao conjunto dos direitos básicos voltados para o exercício da sexualidade e reprodução da vida humana. Esse direito corresponde ao acesso a um serviço de saúde que possa assegurar, acima de qualquer coisa, a informação, educação e os meios, tanto para que esta mulher consiga ter controle de natalidade quanto para proteger seu corpo de riscos. Visto que, os direitos reprodutivos não estão somente ligados somente à saúde sexual, mas à saúde reprodutiva, dando direito a esta mulher de dar à luz de uma forma digna.

Na esfera nacional, o sistema jurídico brasileiro traz consigo diversos ramos do direito que podem tratar sobre os direitos reprodutivos, estando presente dentro da Constituição Federal, Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no Código Civil. Dentro da própria Constituição, mais precisamente nos art. 1º, descreve como essencial para a República Federativa do Brasil a dignidade do indivíduo, e no art. 3º a importância na promoção do bem, sem que haja distinção de cor, sexo e raça (DUTRA, 2017).

Dentro do art.5º, traz à luz os direitos e garantias fundamentais, que asseguram os direitos tanto do individual quanto do coletivo. Em seu caput, destaca a igualdade de todos perante a lei, sem que haja distinção de qualquer natureza, dando ênfase ao inciso X. Com base nisso, se consolidou importantes avanços sobre a defesa dos direitos sexuais, como uma forma de garantir o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Desse modo, conforme o código civil, que passou a vigorar em 2003, houve uma adequação com a Constituição Federal no tocante do direito de família, voltados diretamente para os direitos reprodutivos. Como cita o art. 1.511 que dispõe sobre a igualdade dos direitos e

deveres de ambos os cônjuges, abrindo espaços para indagações voltadas sobre a vida e sobre o corpo da mulher, bem como os seus direitos sexuais e reprodutivos.

Dentro desse quesito de direitos reprodutivos, a violência obstétrica se apresenta como uma violação aos direitos humanos da mulher. Como pode-se observar dentro do Código Civil, citado no parágrafo anterior, os direitos reprodutivos estão diretamente ligados à saúde sexual da mulher e também ao direito de decidir quantos filhos deseja ter, sem que tenha que ser discriminada, violentada ou constrangida por causa disso. Por isso, entende-se que a proteção voltada para a maternidade inicia desde a concepção, gestação, nascimento e os primeiros anos do bebê, sendo que todos os envolvidos possuem esse direito, tanto a grávida quanto o nascituro e a criança. Por isso, quando uma grávida passa por momentos que a expõem a dor e ao sofrimento, sem a sua vontade, ocorre a violência, pois as vítimas se sentem violadas, feridas e maltratadas. Percebe-se que muitas grávidas não sentem ainda que estão sendo violentadas quando uma informação é omitida, quando buscam informações sobre o parto e não conseguem obter essa resposta de forma eficiente tanto de médicos como de enfermeiro ou da própria instituição que a acolhe (PULHEZ, 2013).

2.2.2 Direito a um parto humanizado

O que se observa é uma omissão de informações que condicionam a vítima a permitir que os profissionais tomem a decisão de realizar um parto cirúrgico como uma forma de agilizar o parto, sem respeitar o tempo do organismo da mulher e muito menos seu poder de decisão sobre ter um parto vaginal humanizado ao invés de ter um procedimento cirúrgico. Ao contrário do que muitos conhecem do que é um parto humanizado, sendo limitado a um tipo de parto, a humanização está voltada para a forma como são cuidadas tanto a mãe quanto o bebê, de maneira que estes sejam os protagonistas de todo esse evento chamado nascimento. A humanização está voltada em deixar a paciente livre para decidir, amparada de informações sobre a sua própria saúde, sendo cercada de atenção e afeto pelos profissionais que se ofereceram para seguir carreira na assistência à saúde humana por livre e espontânea escolha, mesmo que sejam adversos os motivos por esta. Assim, a humanização é obter desses mesmos profissionais todo conforto, compreensão sobre as dores que estas gestantes sentem e sobre toda vulnerabilidade que passam nesse período, oferecendo em contrapartida segurança, atenção, respeito, amparados por conhecimento científico atualizado para realizar qualquer intervenção (ROCHA; MARINHO, 2019; ZANON; RANGEL, 2019).

As alternativas de parir precisam ser oferecidas para as gestantes e todas as mulheres grávidas que buscam por acolhimento. Nesse mesmo sentido que há uma reivindicação por parte das grávidas ao sistema de saúde brasileiro, onde no qual precisam obter intervenções urgente na assistência ao parto e ao nascimento de forma humanizada. Por isso que o parto sendo humanizado traz de forma inerente todos os direitos ofertados à reprodução e à mulher como protagonista junto de seu filho. Assim, se essa mesma mulher obter informações importantes desde o período do pré-natal reduz bastante o número de gravidez de risco e aumenta o atendimento com qualidade, pois essa mulher saberá quais são os seus direitos. Trata-se do reconhecimento à autonomia da mulher, tornando-a um sujeito ativo no poder de decisão do que é melhor para seu filho e, principalmente para o seu corpo, subvertendo uma lógica patriarcalista subjacente ao modelo tecnocrático. Nesse sentido de ter poder de decidir se deixa o médico realizar um procedimento podendo fazer outro menos doloroso, é que se fala do empoderamento dessa mulher e na sua conquista voltada para o seu protagonismo no momento de dar à luz (ROCHA; MARINHO, 2019).

Assim, a humanização no parto busca devolver para essa mulher o direito dela ter poderes em decidir perante ao nascimento de seu filho, repassando para esta mãe as informações que a mesma precisa ter sobre a direção das intervenções que poderão ser realizadas no momento do parto e o que será realizado no período puerperal, visto que essas intervenções impactam na sua condição biológica, bem como na sua capacidade de se reproduzir novamente (ZANARDO et al., 2017).

2.2.3 Lei nº 11.108/05 – Lei do Acompanhante

De acordo com Ciello et al., (2016), a Rede Parto do Princípio chegou a lançar um dossiê com o nome " Parirás com dor" onde foram descritas a importância do acompanhante para a paciente nos momentos de pré-parto, sendo a sua presença relevante para: diminuição do tempo do trabalho de parto, confiança e segurança; a paciente consegue se comunicar com alguém mais próximo; menos necessidade de medicações ou analgésicos; menor necessidade de parto cirúrgico; redução da dor da paciente; controle contra o pânico e a exaustão.

Assim, Lei de Acompanhamento à gestante nº 11.108/05 traz consigo os direitos garantidos que envolve a presença de um acompanhante nos momentos de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. Esta por sua vez, assegura a grávida ou parturiente da segurança necessária para que este consiga confiança e bem-estar para o momento do parto (TOMASI et al., 2021).

2.3 Violência Obstétrica e Código Penal

O Código Penal apresenta condutas que podem ser enquadradas como violência obstétrica. No entanto, vale ressaltar que o médico assim como o enfermeiro podem cometer violações arriscadas com o intuito de salvar a vida de um indivíduo, não sendo uma profissão que exata, baseada em probabilidades e decisões a serem tomadas a partir de dados que podem auxiliar para uma intervenção, por isso nesses casos, as condutas estão dentro da modalidade culposa (art. 18, II, CP), visto que se ocorre um erro médico, prevalece dentro da doutrina penal a subjetividade da culpa, em que consiste que o agente não queria aquele resultado e nem assumiu o risco de produzi-lo (BRASIL, 1940).

Destaca Correia-Lima (2012) que o erro médico advém de uma conduta profissional atípica, irregular ou inadequada, contra um determinado paciente ou no exercício médico, sendo caracterizada através da imperícia, imprudência, negligência, mas nunca considerada como “dolo”. Visto que o médico não atua com o sentido de matar, busca uma solução, mesmo que de forma inadequada.

Por isso quando ocorre a imperícia, negligência ou imprudência médica e estas resultam na morte da mulher ou do bebê, ocorre um homicídio culposo, como descreve-se dentro do Código Penal, art. 121, §§ 3º e 4º. Visto que a morte, nesse caso ocorreu por uma inobservância de uma regra técnica discriminada dentro da profissão. Ainda citando o art. 129, § 1º, IV, o ato de tentar acelerar o parto pode se configurar crime de lesão corporal de natureza grave, principalmente se desse aceleração acabou resultando na morte do feto, ocorrendo com isso o aborto, que é crime de lesão corporal de natureza gravíssima (ZANON; RANGEL, 2019).

No tocante voltado para os crimes de honra, que podem ser cometidos inclusive dentro de um consultório médico, como descreve o art. 140, está caracterizado nos comentários maldosos direcionados à gestante, piadas com duplo sentido da linguagem, comentários racistas ou que inferiorizem a mulher seja por sua classe social, cor, local de origem, podem ser moldados como crimes contra a honra. Dentro do Código Penal pode ser aplicado art. 140 § 3º, se referindo à crime de injúria relacionada aos elementos que estão voltados para a dignidade da pessoa.

2.3.1 Responsabilidade civil nos casos de violência obstétrica

A responsabilidade civil ocorre decorrente de danos que um indivíduo tenha causado para outrem, que pode ser tanto danos morais quanto materiais, obrigando-se a restituir o indivíduo que se sentir lesado a um estado anterior ao dano ocorrido e, quando

não pode ser recuperado que seja pelo menos recompensado por esse dano (OLIVEIRA, 2018).

Com base nisso Correia-Lima (2012, p.31) descreve a responsabilidade civil como uma “[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar danos moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato, de coisa ou animal sob sua guarda [...]”. Dessa maneira, entende-se que a responsabilidade civil pode representar diversas modalidades, dividindo-a como objetiva e subjetiva. Sendo assim, a responsabilidade subjetiva é aquela que é comprovada pela vítima, para que possa obter a indenização com o intuito de reparar o dano causado, se comprovada a culpa, sendo o objeto da análise o comportamento do agente. Com isso, a culpa possui uma representatividade dentro da teoria da culpa ou subjetiva, sendo um pressuposto totalmente indispensável ao dano indenizável.

Outrossim, a responsabilidade civil objetiva não está tão focada na culpa para que exista o dever de reparar um dano. Assim, sendo comprovado o nexos da causalidade do agente com a vítima, surge o dever de indenizar, para que seja possível reparar o dano, ainda que a conduta seja isente de culpa, independente do propósito do agente. No caso do médico, ao praticar a violência obstétrica, decorre da comprovação da culpa, que se divide em dolosa ou culposa. Visto que se considera doloso quando o agente age com o intuito de realizar o dano ou realiza a ação mesmo tendo conhecimento dos riscos de sua conduta. Já a parte culposa corresponde à imprudência, desatenção, isto é, o médico não teve o interesse de trazer danos mas acabou lesando a paciente devido a negligência que cometeu (OLIVEIRA, 2018).

Nesse caso, aplica-se o dispositivo à responsabilização civil do médico, que ocorre por causa dos danos que causa à paciente, independente se forem materiais ou imateriais, bem como estéticos, obtendo-se a obrigação de repará-los. Quando ocorre a violência obstétrica resulta em dano e, com isso, passível de reparação civil (BRASIL, 2002).

Entretanto, o contrato que existe entre um paciente e um médico é bilateral de meio, não focado no resultado, como no caso de cirurgias estéticas. Dessa feita, quando se trata de resultado do meio, é quando o profissional não está obrigado a apresentar um resultado específico e pré-estabelecido, sendo a sua responsabilidade totalmente subjetiva. Desse modo, para que exista a obrigação de reparar o dano à grávida é preciso existir a comprovação de que houve um dolo ou culpa do profissional (OLIVEIRA, 2018).

Pode-se, inclusive, buscar dentro do Direito do Consumidor, sobre as garantias das prestações de serviços hospitalares, para encontrar embasamento contra a violência

obstétrica, justamente onde evidencia-se que há uma falha na prestação de serviço hospitalar que está sendo realizada. Mediante a isto, configura-se uma incidência das disposições voltadas para o consumo em decorrência do que está sendo ofertado tanto pelo médico, quanto pelo hospital (BRASIL, 1990).

Em relação ao hospital, a sua responsabilidade é objetiva, pois não precisa que seja comprovada a culpa para que possa existir a obrigação de reparar os danos que foram causados ao paciente, já que o hospital ou maternidade é um fornecedor de serviços à paciente, sendo, portanto, um consumidor final no caso de prestação de serviços, como disponibiliza dentro do próprio Código de Defesa do Consumidor (SOUZA, 2021).

No caso do atendimento do médico, para que seja de fato ensejada a responsabilidade civil, se faz necessário comprovar a culpa, ou seja a imperícia, como estabelece o Código consumerista (art. 14, § 4º), como discrimina no respectivo artigo: “Art.14 [...] §4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação da culpa” (BRASIL, 1990).

Com isso, pode-se evidenciar algumas decisões que foram realizadas para mostrar como este conceito está sendo compreendido dentro do âmbito jurídico. Mesmo não existindo uma lei específica que esteja direcionada a forma como a grávida é atendida ou acolhida dentro dos hospitais, maternidades e consultórios médicos. Com isso, o termo Violência Obstétrica já tem sido adotado dentro de variados Tribunais, mesmo que na maioria dos casos os magistrados possam se basear nos erros médicos para que possa ser reconhecida a responsabilização civil, sendo o dever de indenizar o da instituição ou do profissional. Como pode-se observar a seguir:

CIVIL. APELAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. Autora que realizou parto normal necessitando posteriormente passar por curetagem uterina devido a permanência de restos placentários no útero. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes. Acolhimento parcial. O hospital responde solidariamente pelos atos do médico que atuava em suas dependências, e isso independe de vínculo empregatício com o nosocômio. Legitimidade passiva caracterizada. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico e objetiva do hospital, que pressupõe a prova da culpa do profissional a quem se imputa a prática direta do ato ilícito. Culpa do profissional caracterizada. Indenização devida. Valor da reparação reduzido de R\$ 20.000,00 para R\$ 10.000,00. Sentença reformada, em

parte Recurso dos réus parcialmente providos e negado provido ao recurso da autora (TJ-SP – APL: 33804920108260400 SP 0003380-49.2010.8.26.0400, Relator: Viviani Nicolau, Data de Julgamento: 31/07/2012, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/08/2012 (SÃO PAULO, 2012).

Outro caso apresentado encontrado é o que ocorreu no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a Apelação Cível, que teve como seu relator J.B. Paula Lima, julgamento realizado no dia 08 de maio de 2020. 10ª Câmara de Direito Privado. Como pode-se observar abaixo:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATENDIMENTO EM PRONTO SOCORRO. Autora gestante de risco com dor e sangramento. Demora no atendimento. Paciente com sangramento visível, deixada na recepção do hospital. Violência Obstétrica. Dano moral. Indenização devida. Recurso provido. Responsabilidade Civil. Atendimento em pronto socorro. Autora gestante de risco com dor e sangramento. Demora injustificada no atendimento. Dano moral caracterizado. Fixação do valor da reparação à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença reformada. Recurso provido (TJ – SP – AC: 10103335020138260127 SP 1010333 – 5.2013.8.26.0127, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 08/05/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/05/2020) (SÃO PAULO, 2020).

Nesse caso acima, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o dever do hospital de indenizar a vítima por danos morais, por expor a paciente a uma demora injustificada no momento do atendimento, sendo caracterizada como uma violência obstétrica por conduzir a vítima a espera, que por sua vez, permitiu com que tivesse mais dor e sofrimento, sem uma justificativa para tal. Assim, outro caso semelhante com a prática da violência obstétrica foi julgado, conforme pode-se observar abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Complicações à saúde decorrentes de violência obstétrica. Comprovação de conduta e do nexo de causalidade do caso concreto. Responsabilidade civil do estado configurada. Art. 37, §6º, CF – dever de indenizar evidenciado – sentença reformada em parte – recurso parcialmente provido. Consoante a jurisprudência do

Supremo Tribunal Federal, as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art.37, §6º, da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem e terceiros, com fundamento no art.37, §6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e ato/omissão do Poder Público (AgRg no RE com Ag 697.326/RS, 1ª T, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 25.04.2013). Demonstrado nos autos que a despeito de as circunstâncias fáticas (gestante portadora de glicose sanguínea elevada e bebê com sobrepeso, com apenas sete meses de gestação) recomendarem a realização da cesariana, os médicos que assistiram a parturiente fizeram parto normal com utilização de procedimento para expulsão do feto sem os cuidados necessários (Manobra de Kristeller), ocasionando-lhe sofrimento e sequelas físicas, imperioso o reconhecimento do dever de indenizar, nos moldes do art. 37, § 6º, da Constituição Federal (TJ – MT – APL: 00002329820158110003 MT, Relator: HELENA MARIA BEZERRA RAMOS, Data de julgamento: 08/07/2019, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Data de Publicação: 08/08/2019 (MATO GROSSO, 2019).

Como pode-se observar na decisão acima, foi baseada nas comprovações realizadas pela vítima de que no momento do parto normal foi realizada a Manobra de *Kristeller*, que por sua vez, como sabido, é uma técnica que se aplica a força para que o feto saia sob pressão, muitas vezes sendo utilizada pressão com braços e antebraços sob o abdômen da grávida, além de fazer com que a vagina rompa com a pressão do feto, sem ser respeitado o seu respectivo tempo natural de dilatação. Contudo o dever de indenizar recai sob a instituição.

No entanto, nas decisões apontadas pelos Tribunais, ainda há uma escassez da utilização do termo violência obstétrica nesses julgamentos, visto que existe diversas formas de violência obstétricas mas não são relatadas como violências, não tenho ao menos reconhecimento dentro dessa categoria, em casos graves são tratadas apenas como erro médico. Ainda não há um reconhecimento da violência que ocorre durante o processo de atendimento à mãe e ao bebê, sendo considerados apenas aos fatos que acontecem quando lesionam fisicamente a mãe e o bebê, não reconhecendo a violência de gênero nesses casos (NOGUEIRA; SEVERI, 2017).

Um exemplo dessa falta de reconhecimento acontece em uma decisão que ocorreu no Tribunal do Rio Grande do Sul, através da apelação cível n. AC: 70064663990 RS, relator Marcelo Cesar Muller, com julgamento realizado em 25 de junho de 2015. 10ª Câmara Cível, onde o Tribunal negou provimento ao recurso da vítima, esclarecendo que em prestações de serviço à saúde há riscos inerentes, e estes não podem ser atribuídos somente aos médicos e à instituição, fazendo com que seja necessário provar a culpa do profissional ou a falha da instituição no serviço prestado, apontando dentro do Código Consumerista (art. 14, §4º). No caso apresentado, o magistrado entendeu que o serviço foi prestado dentro dos padrões da técnica médica, não tendo sido identificado erro do médico ao optar pela realização de episiotomia no momento do parto, mesmo apresentando complicações para a parturiente (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Essas decisões trazem uma certa insegurança quanto à proteção a mulher no momento de dar à luz, pois não reprime os casos de violação a esse direito. Contudo, a existência desse tipo de violação existe e é reconhecida no âmbito jurídico, visto que os juristas, para que possam atuar a favor do direito das mulheres precisam fazer uso do que já existe na legislação, mesmo não tendo uma legislação específica, mas pode estar enquadrando-se em outras leis que envolvem a violência contra a mulher, como pode-se estar utilizando a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Essa lei traz dentro de sua descrição a relação de algumas formas de violência que podem ser cometidas contra a mulher, assegurando a vítima de proteção de alguns abusos e violações, não somente no tocante da violência doméstica, mas em diferentes nuances da violência contra mulher. Contudo, não cita todas as possíveis violências que podem ser praticadas na mulher ou contra o seu corpo, como no caso de violência de gênero (SOUZA, 2021).

Contudo, ao observar atentamente o art. 5º da respectiva Lei Maria da Penha, pode-se encontrar a seguinte garantia, que dispõe da seguinte forma: “Art. 5º [...] configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause a morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Podendo-se utilizar esse artigo para incorporar a violência de gênero. Destarte, a citada lei, dentro do art. 8º, VII, estabelece como diretriz a formulação de políticas públicas contra a violência doméstica e familiar que vá contra a integridade da mulher. Mesmo citando a violência doméstica ou familiar, envolve outras violências que podem abranger a violência obstétrica (NOGUEIRA;SEVERI, 2017).

Contudo, essa lei não pode ser aplicada na sua totalidade nos casos de violência obstétrica advindas do médico e das instituições (maternidade e hospital), pois está direcionada a essa violência partindo de pessoas próximas ou da própria família, considerando que a violência obstétrica traz o conceito primordial da relação entre paciente e profissionais da saúde (NOGUEIRA;SEVERI, 2017).

Assim, voltando-se a Lei do Acompanhante, resta esta a forma de prevenir os casos de violência obstétrica, visto que essa lei deve ser cumprida e se torna a forma mais eficiente de salvaguardar os direitos da grávida ou parturiente na sua totalidade, pois o acompanhante se torna a pessoa mais próxima, testemunha do que está sendo realizado com a paciente, mesmo que esta esteja inconsciente.

Dentro dessa perspectiva o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em Apelação Cível, tendo como seu relator Cezar Augusto Rodrigues Costa, no dia 10 de dezembro de 2019, dentro da 8ª Câmara Cível, reconheceu como dano moral com o dever de indenizar a Instituição em face da gestante, Ao vedar o acesso do acompanhante ao centro obstétrico, o que se configurou no ato como uma violação ao preceito cristalino na Lei nº 8.080/1990 (art.19 – J), acrescentado pela Lei nº 11.108/2005 (RIO DE JANEIRO, 2015).

3 CONCLUSÃO

De acordo com os objetivos dessa pesquisa, que se destaca em apontar os tipos de violência obstétrica que colocam a paciente em situações constrangedoras e vexatórias, bem como descrever as leis que amparam e protegem a mulher da violência obstétrica durante a gravidez e o parto, permite-se analisar quais sanções são possíveis para quem comete essas violências contra a grávida ou parturiente dentro de consultórios médicos, maternidades ou hospitais.

Pode-se constatar que a mulher sofre violências em diversos âmbitos de sua vida, seja dentro de casa, no ambiente de trabalho e até no momento de dar à luz. Esse comportamento que conduz pessoas a tratarem com inferioridade assuntos voltados ao interesse da mulher, como resíduo de uma sociedade patriarcal onde o homem é o centro, passível de ter os seus direitos atendidos por ser o que labora ou traz subsistência para todo seu lar e por isso a sua saúde precisa ter mais atenção, seus negócios precisam ter mais apoio e sua renda é passível de ser maior. Esse pensamento e ideologia respinga no atendimento médico que as mulheres possuem no momento da gravidez, tanto em maternidades públicas quanto em hospitais particulares, disfarçada, omitida, mas presente, com características de violência de gênero que resulta em violência obstétrica. A violência de gênero é citada por esta ser uma violência que somente quem sofre é quem é mulher,

possuidora de útero e passível de dar à luz, com sintomas, dores e desconfortos que somente sentem quem também é pertencente ao mesmo gênero.

Dessa forma, a violência obstétrica é a que faz a mulher sofrer pela falta de conhecimento, omissão de informações e pela falta de autonomia que esta passa a ter no seu próprio corpo. A falta de conhecimento advém pela necessidade da paciente precisar saber o que está acontecendo e ser repreendida, discriminada ou ainda constrangida pelo médico ou por outros profissionais da saúde que a nega esse direito. A omissão de informações acontece quando a paciente procura informações sobre seu parto e os profissionais desviam assunto, avisam que está tudo bem e acabam conduzindo a paciente para outro hospital ou maternidade sem a mesma saber das informações do que está acontecendo sobre o seu corpo. A autonomia sob o próprio corpo é perdida quando o médico induz a paciente para um parto cesárea sem a devida necessidade e estando com condições de realizar o parto vaginal, respeitando o tempo de dilatação e obtendo as intervenções profissionais para que essa dilatação ocorra.

Além disso existem técnicas como a episiotomia e a manobra de Kristeller que violam a integridade do corpo da mulher, que podem ser substituídas por outras técnicas menos agressivas e que não tragam sequelas para as pacientes. Essas técnicas além de fazer o feto sofrer ao ponto de ir a óbito (manobra de Kristeller) também trazem complicações para a parte íntima da mulher, como a episiotomia que faz com que a mulher sinta dores intensas, compromete as suas necessidades fisiológicas, como urinar e ter relações sexuais, além do desconforto, dor e possibilidades de infecções que podem trazer a sérias complicações para a mulher.

Para prevenir esse tipo de violência faz-se necessário que as autoridades incluam desde o pré-natal uma preparação melhor da mulher, com informações no qual as mesmas podem obter conhecimento junto de seus acompanhantes, pois os mesmos aprendendo sobre o que agride a mulher na hora que antecede o parto, bem como durante ou após, o acompanhante poderá fazer com que os direitos da grávida existam e reduzem as práticas.

Além disso a lei dos acompanhantes também colaboram para que a Lei 11.634/2007, que discrimina que a grávida tem o direito de saber para onde está sendo vinculada para assistência no Sistema Único de Saúde, possa ser aplicada, pois o acompanhante consciente de seus direitos e da grávida poderá solicitar por ela, pois esta encontra-se nesse momento vulnerável, todas as informações necessárias para evitar com que omissões possam acontecer ou que a grávida fique sem conhecimento do que está acontecendo.

Os Tribunais ainda possuem um entendimento divergente sobre o momento que ocorre a violência obstétrica, por causa das falhas do erro médico, e de seu caráter dentro da teoria da culpa. No entanto, nem sempre a violência obstétrica possui consequências físicas como resultar em óbito do feto ou complicações no corpo da paciente. Em muitos casos, a violência traz danos psicológicos para a mulher, comprometendo a qualidade do nascimento, visto que é um momento marcante na vida de uma mulher, dar à luz. Esses danos que precisam ser analisados.

Contudo, há embasamentos que podem ser usados para serem salvaguardados o direito da gestante ou parturiente. Podendo ser amparada pela Lei do Acompanhante e em partes pela Lei da Maria da Penha, visto que violência obstétrica pode ser caracterizada como uma violência de gênero contra a mulher.

Sugere-se para estudos futuros a atualização dos Tribunais quanto a essas violências que acontecem durante todo o processo de atendimento e acolhimento da mulher, tanto dentro das maternidades ou hospitais privados. Para que todos os magistrados possam ter entendimento sobre o que causa dor e sofrimento para a mulher e com isso, faça valer o que está na lei, assegurando a mulher de maus tratos e violências que podem ser físicas ou psicológicas, tornando o nascimento o evento que envolve alegria e satisfação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, A. **Direitos humanos dos pacientes**. Curitiba: Juruá, 2016. Disponível em <https://bit.ly/3poirAg> Acesso em 28 fev 2022.

ANDRADE, B.P. **Violência obstétrica**: a dor que cala. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas, maio, Florianópolis, 2017.

ARAÚJO, F. Sentimentos causados pela violência obstétrica em mulheres de Município do Nordeste Brasileiro. *Rev Pre Infec e Saude*, Campina Grande, 3(4), p. 25-34, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3ppVsor>. Acesso em: 28 fev 2022.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 fev 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Belém do Pará: Presidente da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 28 fev 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília Rio de Janeiro, RJ: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 fev 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Atenção ao pré-natal de baixo risco. Cadernos de Atenção Básica n.32. Brasília, DF, 2016.

CIELLO, CARINY et al. Parto do Princípio – Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa (org.). Violência Obstétrica: parirás com dor. Parirás com dor. 2012. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 28 fev 2022.

CIELLO, C.; CARVALHO, C.; KONDO, C.; DELAGE, D.; NIY, D.; WERNER, L.; SANTOS, S. Violência obstétrica “Parirás com dor”. 2015. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em 15 abr 2021.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. Erro médico e responsabilidade civil. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. p. 92. E-book. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabiliadecivil.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

DENGO VAR. A episiotomia na percepção de puérperas. CogitareEnferm, v. 21, n.3, 2016.

FÉLIX, H.C.R.; CORREA, C.C.; MATIAS, T.C.; PASCHOINI, M.C.; RUIZ, M.T. Sinais de alerta de trabalho de parto: conhecimento entre gestantes. **Revista Brasileira Saúde Materna Infant**, Recife, vol. 19, n.12, abr-jun, 2019.

FÉLIX, H.C.R.; CORREA, C.C.; MATIAS, T.C.; PASCHOINI, M.C.; RUIZ, M.T. Sinais de alerta de trabalho de parto: conhecimento entre gestantes. *Revista Brasileira Saúde Materna Infant*, Recife, vol. 19, n.12, abr-jun, 2019.

FREITAS E; COSTA, M. **Dicionário de termos médicos**. Editora Porto, 2019.

FREITAS, F. **Transmissão vertical do HIV**: uma revisão sobre o tema. *Boletim Científico de Pediatria* v.5, n.3, 2016.

GÜN, I. Long-and short-term complications of episiotomy. **Turk J ObstetGynecol**, v. 13, 2016.

KONDO, C. Y. **Episiotomia “é só um cortezinho”**: violência obstétrica é violência contra a mulher: mulheres em luta pela abolição da violência obstétrica. 1 ed. São Paulo: Parto do Princípio; Espírito Santo: Fórum de Mulheres do Espírito Santo, 2015.

NICIDA, L. R. A; TEIXEIRA, L. A. S; RODRIGUES, A. P; BONAN, C - **Medicalização do parto**: os sentidos atribuídos pela literatura de assistência ao parto no Brasil. 2020. Disponível em <https://bit.ly/3IfVuYv>. Acesso em 28 fev 2022.

NOGUEIRA, B.C.; SEVERI, F.C. O tratamento jurisprudencial da violência obstétrica nos tribunais de Justiça da região sudeste. In: **Seminário Internacional Fazendo Gênero**. 11, 2017. Florianópolis. Anais Eletrônicos. Florianópolis: UFSC, 2017.

OLIVEIRA, G.F. **Violência de gênero e a lei Mara da Penha**. Conteúdo Jurídico. Brasília – DF: 06 out 2018.

PIOVESAN, F. **Temas de direitos humanos**. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 00020105020158190078. Embargos de declaração em apelação cível. Direito Civil e processo civil. Sentença de procedência. Ação indenizatória. Serviços de assistência médica pediátrica. Acompanhamento de parto. Vedação de acesso ao centro obstétrico. Violação da Lei 11.108/2005. Dano moral. Relator: Des(a) Cezar Augusto Rodrigues Costa. Rio de Janeiro. 10 dez, 2019. Disponível em: < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/794916758/apelacao-apl-20105020158190078> >. Acesso em 28 fev 2022.

ROCHA, Adna; MARINHO, Marcos Silva. **Direito fundamental ao parto humanizado à luz da bioética feminista**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 24, n. 5797, 16 mai. 2019. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/73377> >. Acesso em: 28 fev 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 10103335020138260127. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATENDIMENTO EM PRONTO SOCORRO. AUTORA GESTANTE DE RISCO COM DOR E SANGRAMENTO. DEMORA NO ATENDIMENTO. PACIENTE COM SANGRAMENTO VISÍVEL, DEIXADA NA RECEPÇÃO DO HOSPITAL. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PROVIDO. [...]. Relator: J.B. Paula Lima. São Paulo, 08 mai. 2020. Disponível em: <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/842993865/apelacao-civil-ac10103335020138260127-sp1010333-5020138260127>. Acesso em: 28 fev 2022.

SOUZA, F.G. **Reconhecimento da violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro e no estado de Santa Catarina.** 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13997/1/MONOGRAFIA%20FL%c3%81VIA%20GUIMAR%c3%83ES.pdf>>. Acesso em 28 fev 2022.

ZANARDO, Gabriela Lemos de pinho et al. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: Uma Revisão Narrativa.** Revista Psicol. Soc., Belo Horizonte, v.29, jul. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822017000100218&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 28 fev 2022.

ZECHARIAS, RSBZ; NEGRINI, R. **Quais os tipos de parto?** A grávida pode escolher entre eles? 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3xOoeCL>>. Acessado em 28 fev 2022.

CIBERCRIMES: A INTERNET COMO FERRAMENTA NA EXECUÇÃO DE CRIMES VIRTUAIS E O COMBATE REALIZADO PELO DIREITO PENAL BRASILEIRO

MARINA DE SOUSA ALENCAR TRIFFONI:

Graduanda no curso de Direito pela Universidade UnirG.

RESUMO: O objetivo desta monografia é de identificar os esforços do Direito Penal em relação a atualização da legislação para o combate de crimes virtuais. Para atingir este objetivo foi desenvolvido um estudo qualitativo, com método dedutivo, expondo as principais leis que tratam do uso de equipamentos informáticos e como algumas leis são atualizadas para coibir e punir a prática de crimes cibernéticos. Porém, ao mesmo tempo, verificou-se como a legislação Penal caminha devagar em sua atualização. Foi possível identificar que o ambiente digital ainda é palco da maioria dos crimes de estelionato, calúnia e difamação, além de fraudes, golpes, humilhação, violência, dentre outros. A pesquisa conclui que, para permitir eficaz amparo jurídico sobre determinado crime informático se faz necessária maior conscientização dos legisladores sobre a necessidade de manter esse tipo de legislação sempre atualizada, principalmente pelo fato do Brasil ser um dos países em que mais são cometidos crimes informáticos que, na maioria das vezes, permanecem impunes por que são tratados de forma ineficaz pela legislação, causando danos irreparáveis às vítimas.

Palavras-chave: Cibercrime. Direito Penal. Internet.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A INTERNET NOS CRIMES VIRTUAIS. 2.1 INTERNET NA GLOBALIZAÇÃO E NA PRÁTICA DE CIBERCRIMES. 2.1.1 PRINCIPAIS CRIMES. 2.2 O CIBERCRIME NO BRASIL. 3 LEGISLAÇÕES PARA A INTERNET. 3.1 LEI CAROLINE DIECKMANN (LEI N. 12.737/12). 3.2 MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/14). 3.3 COMBATE AO CIBERCRIME. 4 DESAFIOS DO COMBATE AO CIBERCRIME. 4.1 ATUALIZAÇÃO PENAL. 4.2 VANTAGENS DA INTERNET PARA O CIBERCRIME. 4.3 METODOLOGIAS DE AUMENTO DA SEGURANÇA VIRTUAL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

Cibercrimes são crimes realizados em meios informáticos, de preferência recorrendo a *internet* como principal ferramenta para aplicação. No Brasil, demandam enorme perigo para a população, principalmente no período de pandemia onde as pessoas passaram a acessar o ambiente digital por diversos dispositivos, como computadores, celulares, tablets, etc. Para se ter uma ideia, somente entre os períodos de janeiro a julho de 2020, mais de dez milhões de pessoas foram atingidas pelo golpe digital

phishing³, que se trata de um meio de aplicar golpes como clonagem de cartão, falsificação de dados pessoais, dentre outros (GARRETT, 2020).

Como são crimes considerados silenciosos por não ameaçarem diretamente a vítima, como acontecem nos crimes tradicionais, a legislação para inibi-los tende a ser diferenciada, necessitando a descrição e adaptação das leis para punir e aumentar a segurança da população.

Por se tratar de novos crimes, o direito tem como trabalho identificar essas novas situações que prejudicam a cidadania da vítima. Além disso, pode-se considerar como dificuldade a velocidade dos avanços tecnológicos em comparação com o desenvolvimento da legislação. Por isso, se torna necessário encontrar resposta para o problema: como o Direito Penal se aplica e se atualiza para assegurar os direitos das pessoas que sofrem cibercrimes?

O objetivo geral dessa pesquisa é de identificar o trabalho do Direito Penal em relação a atualização da legislação para o combate de crimes virtuais. Para isso, deve-se entender primeiramente em relação aos objetivos específicos: descrever as características do cibercrime e os principais crimes virtuais cometidos aos brasileiros; identificar as atuais leis para a proteção e o amparo dos indivíduos que sofrem crimes virtuais; e avaliar os desafios do combate aos crimes virtuais.

O tema vai se destinar ao uso da internet para realização dos crimes virtuais mais cometidos no Brasil entre os anos de 2013 a 2019, e como existe o trabalho penal para o combate a estes crimes. Destaca-se a hipótese de que criminosos veem na internet uma "terra sem lei" para cometer crimes. A lei n. 12.737/2012 que dispõe sobre tipificação criminal de delitos informáticos foi o primeiro passo para coibir o considerado cibercrime, porém, passados sete anos da criação dessa lei o Brasil ainda necessita de equipes destinadas a área de atualização de leis relacionadas a informática, com legislações mais específicas e punitivas aos crimes virtuais.

A pesquisa terá metodologia de revisão de literatura com abordagem qualitativa. Os dados são organizados por um levantamento bibliográfico e organizados segundo o método dedutivo. Assim, é possível realizar a explicação de um tema geral e alterando para o foco do documento. Os arquivos lidos foram encontrados nas bases de dado *Google Scholar* e *SciELO* onde foram selecionados artigos e livros, com língua portuguesa, com ano de publicação entre 2000 a 2017, sendo utilizados como descritores: cibercrimes, direito penal do cibercrime.

³ O termo phishing é bastante abrangente e pode ser usado para tratar de vários tipos de golpes. Sua origem está na língua inglesa, pela analogia de que os criminosos "pescam" pessoas desatentas que podem cair no golpe. (GARRET, 2020)

O tema escolhido é relevante porque o brasileiro é o povo que mais sofre com ataques de cibercriminosos na América Latina e a sétima posição no ranking mundial (KAPERISKY, 2019). Os crimes geram diversas desavenças as pessoas, como estelionato, clonagem de cartão, ameaças, falsidade ideológica, dentre outros. Entender que este é um tema de preocupação nacional, e que as pessoas não sabem o que fazer quando sofrem deste mal, por isso, relatar o amparo que o Direito estabelece para combater estes crimes é importante para possibilitar as pessoas de receber seus direitos e proteção.

2.A INTERNET NOS CRIMES VIRTUAIS

Em meio à Era da Informação, que se iniciou ao final do século XX motivado pelo constante desenvolvimento tecnológico no mundo, a sociedade transformou-se em uma rede global, proporcionando meios de comunicação positivos e várias oportunidades para o indivíduo. No entanto, com a evolução da tecnologia informacional, também apresentou riscos a partir de sujeitos que as utilizam em condutas ilícitas, as quais passaram a serem praticadas nesse novo ambiente. Esta conduta ilícita passou a ser denominada como cibercrime (ALEXANDRE JÚNIOR, 2019).

O primeiro registro de delito com o uso de computador data de 1958, no qual um empregado do Banco de Minneapolis, nos Estados Unidos da América, havia alterado os programas de computador do banco, de modo a depositar para si as frações de centavos resultantes de milhões de movimentações financeiras. A primeira condenação por uma corte federal norte-americana deu-se em 1966, por alteração de dados bancários (SILVA, 2012, p. 28).

Computadores, celulares, tablets, sites, dentre outros recursos tecnológicos possuem os dados pessoais da maioria das pessoas, e, sabendo disso, os criminosos recorrem a estratégias e ao desenvolvimento de programas que possam roubar os dados das pessoas, assegurando possível assédio, falsidade ideológica, chantagem, dentre outros crimes que competem a difícil identificação do criminoso ou do que fazer após passar por uma situação dessas.

A internet é um dos meios tecnológicos utilizados pelos cibercriminosos para violarem os dados pessoais na internet utilizando de meios refinados para atacar os direitos humanos e ofender os direitos humanos por meio da injúria, calúnia e da difamação. Eles não utilizam das armas convencionais, tais como arma de fogo, agressão física, intimidação, mas sim da ausência física. O que dificulta ao Estado brasileiro decifrar esta fenomenologia, que nem sempre a vítima sofre dano verificável no momento (LIMA; XAVIER, 2015).

A definição de cibercrime difere em alguns pontos de autor para autor, mas praticamente todos terminam com o mesmo posicionamento em relação ao vínculo com a internet. Para a advogada militante na área de Direito Digital, Pinheiro, “O ciberdelinquente deveria ser responsabilizado e punido pelo crime, mas ainda é difícil reunir provas técnicas que identifiquem o bandido ou a quadrilha” (CASSANTI, 2014).

Para outros, denominados de leigos, os quais não se aprofundam no mundo virtual, falar em cibercrimes quer dizer falar em crimes cometidos no âmbito virtual, como a pedofilia virtual, a invasão de hacker e crackers, a publicação da vida íntima de terceiros, a invasão em sites de bancos, lavagem de dinheiro, perseguição on-line e outros delitos cometidos via internet, tais muitas vezes desconhecidos pela população, tornando-a frágil e vulnerável de ser atacada (SAVEGNAGO; WOLTMANN, 2015).

No Brasil, todos esses ataques também ocorrem, porém, existe um que é mais comum e que tornou o país o mais afetado do mundo, que remete aos ataques de *phishing*. A Kaspersky (2018), destaca que o Brasil ocupa a primeira posição no mundo em ataques de *phishing*. A posição estava garantida ano passado quando constatou que quase 30% dos internautas no país já sofreram ao menos uma tentativa de golpe. Neste ano o índice caiu para 23%, mas não foi o suficiente para tirar o Brasil desta posição, confirmando o *phishing* pelo WhatsApp a prática mais comum efetuada atualmente.

O *phishing* é uma fraude eletrônica e grave ataque, pois quem pratica o golpe obtém desde senhas, dados financeiros, cartões de créditos, dentre outras informações da vítima (MORGENSTERN; TISSOT, 2015). Dentre os métodos de *phishing* o *scam* é o mais utilizado. Ele ocorre no recebimento de e-mails fraudulentos de empresas conhecidas pelo público, tentando convencer na mensagem de que o acesso é de suma importância, levando-o a uma página clonada com as informações a serem colocadas, na maioria dos casos, confidenciais como o número da conta, senha de acesso, senha do cartão, entre outras (JORGE, 2007).

Pereira e Martins (2014) descrevem que além do *phishing* por e-mail, outro tipo em constante expansão é o *phishing* em sites de relacionamentos, para muitos considerado o meio favorito, consistindo no envio de mensagem para serem compartilhadas, afetando todos aqueles que acessam ao mesmo tempo que facilita a contaminação, visto que um conhecido compartilha o arquivo de *phishing* do outro.

Constata-se que atualmente este tipo de ataque tem aumentado consideravelmente o número de vítimas no mundo todo. Ameaça, estelionato, chantagem, roubo de identidade, perseguição, clonagem de cartões, são apenas alguns das ameaças representadas atualmente por esse tipo de ataque. Estima-se que ao longo dos anos, este meio se tornou o favorito para garimpar informações, crescendo mais de 60% a taxa de uso entre quem pratica isso (CORTELA, 2013).

Não apenas utilizando-se de mensagens aleatórias torcendo para que alguém caia neste ataque, os criminosos que praticam *phishing* combinam técnicas de engenharia social e de manipulação de informação e clonagem de páginas para enganar diversos perfis de usuários. Permitindo que o manipule indiretamente para considerar tudo isso legítimo, conseguindo os roubar dados pessoais das vítimas. Dessa forma, o uso de nomes de bancos, lojas e empresas famosas é o básico na prática desse ataque, criando réplicas quase perfeitas para mascarar qualquer possibilidade de identificação (LASCASAS et al., 2016).

3. LEGISLAÇÕES PARA A INTERNET

O Brasil ainda não possui uma legislação totalmente focada aos crimes informáticos, porém, realiza atualizações mediante a necessidade e a verificação daquilo que se torna mais necessário à população, e, pode-se ressaltar também que a mídia colabora para que maiores legislações sejam desenvolvidas, comotambém remetem as duas principais leis criadas no país.

3.1 LEI CAROLINE DIECKMANN (LEI N. 12.737/12)

No Brasil, não existiam leis para o combate a cibercrimes até o ano de 2012, quando uma lei foi sancionada, demonstrando o primeiro sinal da movimentação do Direito Penal paraamparar a população sobre crimes cibernéticos. A Lei nº 12.737/12, conhecida por Lei CarolineDieckmann ocorreu graças a um projeto de autoria do Deputado Federal Paulo Teixeira (PT- SP), que buscou a regulamentação de crimes cometidos em ambientes cibernéticos, que até então era uma lacuna legislativa.

O motivo do nome de “Carolina Dieckmann” se deu devido ao envolvimento da atriz na época em um cibercrime, onde teve suas fotografias íntimas invadidas e expostas na internet o que teve muita repercussão na mídia e nas redes sociais. Para ter uma ideia da repercussão deste caso ocorrido no dia 04 de maio de 2012, foram divulgadas 36 imagens da atriz com cunho íntimo. As fotos rapidamente se tornaram assunto na internet, sendo o assunto mais comentado pelo Twitter na época, e conforme dados da ONG Safernet, em apenas 5 dias as imagens tiveram mais de 8 milhões de acessos únicos (ROMANI, 2012).

Esse evento agilizou a lei para entrar em vigor, onde ela foi sancionada em dezembro de 2012 e entrou em vigor no dia 3 de abril de 2013. De modo geral a lei adiciona ao Código Penal, os artigos 154-A e 154-B. O motivo da adição no artigo 154 refere-se a suadescrição, relacionada a crimes de violação do segredo profissional, que apresenta:

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação (BRASIL, 1940).

E dessa forma, sendo complementado pelo artigo 154-A:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa (BRASIL, 2012).

Segundo Capez (2014), a lei permitiu a devida classificação sobre o que pode ser considerado crime, pois nela, qualquer pessoa pode ser um sujeito ativo, referente a crime comum. O sujeito passivo é qualquer possuidor do dispositivo informático. Os dados ao bem jurídico tutelado são relativos ao que se define como nível do crime de perigo, ou seja, do qual importante são os documentos expostos. Nesse tópico cabe a ressalva pois, entendemos ser o tipo penal condizente com a classificação de crime de perigo. Dessa forma, sua abordagem pode ser caracterizada como crime formal, devido ao acesso, modificação ou destruição de dados e informações importantes. E finalmente, impactando no principal perigo abstrato ao bem jurídico tutelado que é a privacidade.

Entende-se que o bem jurídico tutelado é a liberdade individual do usuário do dispositivo informático é fundamental porque este é primeiro impacto sofrido em qualquer tipo de crime cibernético. A liberdade é um dos direitos e garantias fundamentais impostos no artigo 5 da Constituição Federal de 1988, dessa forma, no âmbito Penal, dispõe os crimes que acometem ela.

Criou-se o tipo penal "invasão de dispositivo informático", conforme art. 154-A e sua respectiva modalidade de ação penal, prevista no art. 154-B.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.” (BRASIL, 2012)

Com o artigo 154-B, torna os crimes cometidos nos 154-A de ação penal pública condicionada à representação da vítima, uma vez que sua intimidade e vida privada foram os bens disponíveis violados. Dessa forma, a vítima também tem o direito de ponderar se deseja evitar o processo judicial, sendo no formato de ação pública incondicionada. A ação direta do Ministério Público neste tipo de crime só ocorre nos casos onde o crime foi praticado contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos (PAGANOTTI, 2013).

Sendo assim, mostra como o ocorrido com a atriz Carolina Dieckmann, aumentou a vulnerabilidade da população sobre a internet, estando com medo de algo semelhante ocorrer com eles. Um dos motivos do medo e de maior velocidade na aprovação das leis ocorreu com a mídia, que repercutiu bastante o caso, ressaltando a falta de uma legislação penal pertinente ao tema e sendo direta sobre os perigos da exposição na rede. Com isso não foi apenas os políticos envolvidos, mas também todo um clamor popular em prol de uma legislação que tratasse dos crimes cibernéticos (GRANATO, 2015).

Isso demonstra que para resolver um problema de um crime ainda não legislado, as vezes, torna necessário a ação popular para que determinada lei seja atualizada, demonstrando que apenas a ação legislativa pode ser demorada para realizar a atualização, conforme o projeto de lei for tramitado no congresso, algo que pode demorar até anos, como ocorreu com o Marco Civil da Internet que será descrito a seguir.

3.2 MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/14)

O Marco Civil da Internet foi uma lei que esteve em conversas e tramitações desde 2007, sendo realizada a partir de inúmeras consultas e debate públicos, e seguido de um período de incertezas e inação após seu encaminhamento à Câmara dos Deputados. Quando inúmeros crimes internacionais foram divulgados referente a vigilância em massa e não autorizada por parte da agência norte-americana de segurança nacional, o projeto de lei voltou ao centro de atenções e foi objeto de intenso debate, na qual finalmente foi votado e aprovado nas duas casas legislativas, sendo sancionado (GARCIA, 2016).

Souza e Lemos (2016) descrevem que o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) foi a primeira iniciativa do Poder Executivo brasileiro destinada totalmente a especificação

e eventos ocorridos na rede. Foi um processo gradual, porém, se não fosse os casos internacionais sobre a segurança na internet, este projeto poderia ter sido esquecido no Senado. Dessa forma, o escândalo serviu como catalisador, acelerando a tramitação que vinha apenas arrastando-se, mostrando novamente que uma atualização das leis referentes a informática só ocorreu devido a propagação da mídia.

Tomasevicius Filho (2016), em leitura ao Marco Civil, estaca as críticas de que se poderia restaurar a censura no país, por estar sendo legislado um ambiente que até então, era totalmente “livre”. Porém, em seu artigo 2º, caput, afirma-se que o uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão. E o artigo 19 declara que:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário (BRASIL, 2014).

Com esse artigo, os provedores de internet estariam amparados de serem culpados pela ação de terceiros que utilizam seus serviços, evitando assim, denúncias ou cobranças que ferem a liberdade. Liberdade que prevê o princípio da Constituição Federal sob a “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, nos termos da Constituição Federal” (TOMASEVICIUS FILHO, 2016).

Considerado pela mídia como a “Constituição da Internet”, esta lei buscou disciplinar toda a matéria existente sobre o uso da rede no território nacional a partir de princípios como da neutralidade, privacidade e liberdade de expressão, dessa forma, foram desenvolvidos 32 artigos que abordam os princípios do uso da internet, os direitos e garantias dos usuários, a provisão da conexão e de aplicações da internet, a atuação do Poder Público e as disposições finais.

Especial atenção deu-se ao direito à privacidade, entendido aqui, sob o ponto de vista do direito civil, como o direito de isolar-se do contato com outras pessoas, bem como o direito de impedir que terceiros tenham acesso a informações acerca de sua pessoa (Amaral, 2008, p.306). Isso está previsto nos incisos I, II, III, VII e VIII do art.7º, ao elencarem-se comodireitos dos usuários de internet a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a preservação do sigilo das comunicações privadas pela rede, transmitidas

ou armazenadas; o não fornecimento de dados pessoais coletados pela internet a terceiros sem prévio consentimento do usuário, além de estabelecer o dever de informar os usuários acerca da coleta de dados sobresi, quando houver justificativa para tal fato.

Também descrito no seu art. 10 estabelece a guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet devem ser realizadas com respeito a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas direta ou indiretamente envolvidas. Dessa forma, possibilitou que os provedores de internet e de serviços somente serão obrigados a fornecer informações dos usuários se receberem ordem judicial. No caso dos registros de conexão, os dados devem ser armazenados por, pelo menos, um ano, enquanto os registros de acesso a aplicações por seis meses (MPSP, 2018).

Essa atribuição é complementar ao art. 14, na qual os provedores de conexão à internet não podem guardar registros de acesso a aplicações da internet sem prévio consentimento do usuário, nem os dados pessoais desnecessários à finalidade. Isso foi o chamado neutralidade da rede, também vedando às operadoras a venda de pacotes de internet pelo tipo de uso, ou seja, não é permitido que, visando a um benefício econômico, criem-se barreiras para determinado tipo de conteúdo. Dessa forma, o tráfego de qualquer dado deve ser feito com a mesma qualidade e velocidade, sem qualquer discriminação (MPSP, 2018).

O Marco Civil da Internet foi um destaque para a legislação informática, mostrando que o Direito pode se atualizar nessa questão, e que uma constituição direcionada as práticas penais nesta área também pode ser criado com estudos e estabelecimento de objetivos diretos para o amparo ao usuário.

3.3 COMBATE AO CIBERCRIME

Quando se fala em cibercrimes, a privacidade é o primeiro ponto destacado, tanto que na literatura o primeiro tipo de lei para amparar o usuário ocorreu em 2012, porém, antes desse ano outras leis já haviam sido criadas para aumentar a segurança sobre outros tipos de crimes, que se expandiram com a internet.

A Lei nº 9.296/1996 disciplinou a interceptação de comunicação telemática ou informática, descrito em seu artigo 10: "constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei" (BRASIL, 1996).

A Lei nº 9.609/1998, que trata da proteção da propriedade intelectual do programa de computadores. Dessa forma, esta lei regulamentou a propriedade dos códigos de um

programa ao seu desenvolvedor, conciliando a lei de direito autoral, cuja violação pode gerar pena de seis meses a dois anos ou multa, conforme artigo 12. Neste artigo também se ressalta a venda pirata de um produto (BRASIL, 1998).

No ano de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.829/2008, que atualiza o Estatuto da Criança e do Adolescente no combate a pornografia infantil na internet. Com isso, foram adicionados os artigos 241-A, 241-B, 241-C, 241-D e 241-E. No artigo 241-A fica registrado qualquer troca, disponibilidade, transição ou distribuição, por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, arquivos (fotos, vídeos ou outros) que contenham cenas de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (BRASIL, 2008).

Dessa forma, não apenas aqueles que realizam o ato criminoso contra menor de idade é punido, como também aquele que armazena, comercializa ou divulga documentos de pornografia infantil. Com a expansão da internet e o acesso de crianças e adolescentes a todo tipo de site e rede social, a lei também ampara os casos de aliciamento, assédio, ou constrangimento da criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso, conforme artigo 241-D (BRASIL, 2008).

Outro ponto importante foi a lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015 que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*). A nível informático, ele combate

o chamado *cyberbullying* (artigo 2, parágrafo único), cujo tipo de intimidação sistemática pode ser qualquer um dos descrito no artigo 3, porém, uma das descrições foi totalmente destinada as ameaças virtuais: "VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social" (BRASIL, 2015).

A lei mais recente em relação a internet entrou em vigor em agosto de 2020, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), já conhecida como LGPD. Sua criação teve como objetivo reduzir os riscos associados ao uso impróprio e/ou indevido do processamento de dados pessoais e, ao mesmo tempo, permitir que novos negócios e tecnologias se desenvolvam em um ambiente legalmente seguro. A aplicação da LGPD não afetará apenas os negócios das empresas brasileiras, mas também todos os países ou empresas estrangeiras ou locais de residência que forneçam produtos e/ou serviços para o mercado brasileiro ou monitorem o comportamento dos proprietários de dados no Brasil, independentemente de sua nacionalidade.

Como observado, mesmo que inúmeras leis relacionadas a internet tenham sido desenvolvidas antes de 2012, elas não são consideradas as primeiras para resolução de

crimes informáticos. Por uma questão de mídia, um caso em específico tornou a lei Caroline Dickmann num marco para leis de combates a cibercrimes. Interceptação de dados, combate a pedofilia e direitos autorais já existiam, porém foram atualizados para combater aqueles que praticam o mesmo crime na internet.

4. DESAFIOS DO COMBATE AO CIBERCRIME

O Marco Civil da Internet trouxe grande regulamentação sobre como os dados na internet devem ser administrados, porém, a nível de combate a crimes, ainda existe ausência de legislação bem elaborada e específica, algo fundamental para o amparo dos usuários acometidos pelas condutas atípicas que não podem ser punidas em decorrência do princípio da reserva legal (BORTOT, 2017).

Um crime muito comum e relevante que ocorre é o chamado Ataque Distribuído de Negação de Serviço (DDoS), que consiste numa técnica maliciosa pela qual o agente utiliza equipamentos conectados à rede, de forma coordenada e distribuída, para deixar um serviço, computador ou rede, inoperante. Esse tipo de ataque não tem objetivo de invadir e nem de coletar informações, e sim de exaurir recursos e causar indisponibilidade ao alvo (CERT.BR, 2016).

No caso da Lei Dieckmann, mesmo apresentado em seu art. 3, que incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, é um dispositivo insuficiente, devido à falta de elementos normativos como "Serviço telemático e informação de utilidade pública". Esse tipo de lei pode não se aplicar a ataques a sites, devido a definição não ser semelhante a esta (BORTOT, 2017).

Outro ponto reflete que seja necessário o rompimento de um mecanismo de segurança (como antivírus, firewall, senhas, etc.) para que realmente aconteça o crime de invasão de dispositivo informático. Ou seja, se um dispositivo é invadido sem a violação de alguma barreira de segurança (por exemplo, se o computador da vítima não tem antivírus), a conduta será atípica. E na lei sobre a regulamentação de autoria sobre programa de computador, não são apresentados os processos penais nas atividades de comercialização de *cracking codes* (decodificadores de acesso) e de engenharia reversa de software, por meio das quais inúmeros danos e prejuízos podem ser gerados aos usuários (SÃO PAULO, 2017).

No caso de ataques de *Ransomware*, o anonimato torna difícil a identificação do infrator, que pratica o sequestro de dados e estelionato com ameaça sobre os dados que foram presos. Neste caso, existe um trabalho conjunto para identificação dos métodos de resolver o ataque, pois o pagamento do valor pedido não impede que um próximo ataque seja realizado, sendo necessário acionar a polícia se algo assim ocorrer (BORTOT, 2017).

Por isso, deve-se realizar um estudo contínuo de como as leis podem ser atualizadas para amparar os usuários dos crimes informáticos, observando também como os outros países agem para o combate delas. Apenas na leitura deste trabalho já é possível identificar inúmeros pontos que deveriam ser atualizados pelo Direito Penal, mas que até o momento não tem previsão de mudanças.

4.1 VANTAGENS DA INTERNET PARA O CIBERCRIME

Como demonstrado, os principais passos para atualização Penal referente a crimes informáticos remetem ao entendimento de como são esses crimes, e como eles são aplicados, porém, mesmo com as inúmeras atualizações existentes, ainda existem inúmeros desafios a serem enfrentados.

Um dos principais meios da criminalidade ocorre devido as zonas obscuras da rede mundial de computadores, a chamada "deep web". Ela é a camada da internet que não está indexada nos buscadores tradicionais de busca, como Google, Bing, etc. Muitos exemplos representam a deep web no formato de iceberg, onde a parte visível seria a representação normal da internet e o fundo abaixo da água a internet da zona obscura. Devido ao sigilo que ela apresenta, a dificuldade para encontrar os servidores dos infratores é mais complicado do que seria nos casos de cyberbullying nas redes sociais, onde a prestadora dos serviços online pode ceder, sob solicitação judicial, o IP e endereço do computador que está cometendo este delito (CARDOSO et al., 2018).

Outro problema encontrado para as investigações serem mais precisas é que o nosso ordenamento jurídico a sanção penal só pode ser aplicada, quando houver a certeza da prática do crime, sendo fundamentais a comprovação da autoria e da materialidade, ou a existência de fortes indícios de que o sujeito praticou o crime. Caso não consiga ser comprovada a materialidade e autoria o juiz poderá absolver o réu, conforme traz o artigo 386 do Código de Processo Penal (CPP) (CRUZ; RODRIGUES, 2018).

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - Estar provada a inexistência do fato; II - Não haver prova da existência do fato; III - Não constituir o fato infração penal; IV - Estar provado que o réu não concorreu para a infração (...) V - Não existir prova de que o réu concorreu para a infração penal;

Além do trâmite demorado, evidenciase um outro problema que é as empresas de informação, se recusarem a prestar auxílio a polícia e ao judiciário, a título de exemplo o WhatsApp, que mesmo com a autorização da justiça se recusou prestar informações quanto a usuários investigados, que gerou decisão de bloqueio da referida rede social, por tempo limitado. Há a falta de pessoas especializadas para agilizar nas investigações,

empresas comoo WhatsApp que não colaboram com o judiciário, leis fundamentais que atrasam as investigações e o pior com a globalização, aumenta o número de crimes praticados porestrangeiros no Brasil, e a facilidade de compra de hospedagens de IP localizada fora do País, causando um conflito de competência acerca de que órgão deve julgar os crimes cibernéticos. (CRUZ; RODRIGUES, 2018).

4.1 METODOLOGIAS DE AUMENTO DA SEGURANÇA VIRTUAL

Quanto a prevenção de ataques, na maioria dos casos os métodos para se prevenir de um ataque funcionam para todos, dessa forma, seguindo estas dicas, além de evitar o *phishing*, também pode evitar os demais como os citados *malware*, *spyware* e *ransomware*.

A Cartilha de Segurança para Internet (CERT.br, 2012) apresenta dez precauções que devem ser tomadas pelos usuários quando estiverem navegando na internet.

Tabela 1 – 10 dicas para prevenção de ataques *phishing*

Dicas de prevenção ao <i>phishing</i>
Ficar em alerta com mensagens com nome de alguma instituição,principalmente se estiver pedindo informações ou instalação de programas;
Questionar-se por que a instituição da mensagem está mandando mensagem para você e se realmente possui relação com ela (por exemplo, se um banco que você não possui conta manda recadastrar);
Fique atento a mensagens que chamam muito a atenção ou ameace caso não cumpra o que está escrito;
Não considere uma mensagem confiante por que conhece o remetente,inúmeros atacantes usam contas invadidas ou manipuladas;
Seja cuidadoso ao acessar links, sempre analisando se o endereço está correto mesmo, antes de digitar dados

peçoais;

Caso não suspeitar do link visualmente, passe o mouse por cima, caso houver técnica de ofuscar, ao posicionar o mouse sobre o link o endereço real da página falsa aparece;

Utilize mecanismos de segurança, como *antimalware*, *firewall* pessoal e filtros *antiphishing*;

Verifique se a página utiliza conexão segura;

Verifique as informações mostradas no certificado;

Acesse a página da instituição que supostamente enviou a mensagem e procure por informações (a maioria não adiciona páginas como suporte, sobre, etc.)

Fonte: CERT.br (2012, p. 11)

Junto a essas dicas, o uso de navegadores Web atualizados são essenciais, pois muitos possuem mecanismos de *antiphishing* nativos que identificam possíveis páginas fraudulentas, apresentando mensagem de segurança, os navegadores listam essas mensagens de proteção por gerar listas negras com diversos *urls* de sites potencialmente perigosos, onde ao receber a solicitação verifica em seu repositório, se conter exibe a mensagem de alerta, porém, se for um novo site de golpes, pode acabar exibindo a página ao usuário (SILVA et al., 2017)..

Cabral (2015) destaca também a importância de manter o Firewall sempre ativo, pois ele previne que atacantes externos acessem a rede do computador. Não apenas o computador, mas o roteador também possui firewall, trabalhando em conjunto para bloquear qualquer tipo de pacote malicioso que venha tentar acessar o dispositivo do usuário.

O uso de antivírus é imprescindível, principalmente para usuários leigos em informática, pois ele permite detectar e neutralizar vírus e ameaças ao computador. Esses programas podem ser executados em tempo real para que sempre identifique qualquer software malicioso antes mesmo dele executar qualquer tipo de ação na máquina (ARAUJO; ARAUJO, 2013).

Os criminosos cibernéticos fazem de tudo para aplicar golpes abusando da boa-fé e inocência das pessoas, a falta de conhecimento também ajuda na efetivação de um ataque malicioso, dessa forma, a conscientização e o estudo sobre os perigos enfrentados na internet e como evitá-los, assim como explicados neste capítulo, permitem tornar capaz qualquer pessoa apta a se defender contra a prática de *phishing* e demais ataques que ferem os sistemas de segurança gerenciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como observado, o principal motivo para a atualização do Direito Penal sobre as leis com amparo a segurança à cibercrimes ocorre principalmente em casos de repercussões na mídia, seja nacional ou internacional, sendo as duas principais alterações realizadas a Lei Caroline Dickmann e o Marco Civil da Internet.

Porém, o Marco Civil não regulamenta o lado Penal devidamente, sendo essa questão pouco elaborada, e com algumas leis dentro de outros contextos para a regulamentação, sem uma "Constituição" voltada para essa área. Como foi possível identificar as principais características do método de ataque *phishing*, que é o ataque mais comum no país para aplicação de golpes, ao adquirir dados sigilosos das pessoas.

Golpes podem ocorrer em qualquer hora, local e equipamento, seja através do *hardware*, *software* ou pelo ser humano, por isso, saber que esses ataques são possíveis a qualquer pessoa representa o necessário para aprender a combater estes males, tornando a internet do país um local mais seguro para todos.

E mesmo assim, as leis ainda pecam em atualização, sendo necessário o trabalho mais preciso do Direito Penal para realmente estabelecer o devido amparo ao usuário, não apenas trazendo meios de prevenção, mas realmente métodos para efetivar a Segurança da Informação, como por exemplo, uma evolução do Marco Civil da internet voltado apenas para a segurança e tipificando todos os crimes informáticos, trazendo uma organização mais precisa e direcionada sobre o que já foi regulamentado, permitindo entender melhor quais as novas leis devem ser analisadas e legisladas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE JÚNIOR, J. C. Cibercrime: um estudo acerca do conceito de crimes informáticos. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 14, n. 1, jun. 2019.

AVAST. **WannaCry**. 2017. Disponível em: <<https://www.avast.com/pt-br/c-wannacry>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BARRETO, A. G.; KUFA, K.; SILVA, M. M. **Cibercrimes e seus reflexos no direito brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2019

BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 30 nov. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BORTOT, Jessica Fagundes. Crimes cibernéticos: aspectos legislativos e implicações na persecução penal com base nas legislações brasileira e internacional. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 338-362, 2017.

CABRAL, I. **Segurança da informação em bibliotecas universitárias federais**: um levantamento sobre ferramentas e técnicas utilizadas. 2015. 80f. Trabalho de Conclusão do Curso (Bacharel em Biblioteconomia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/133969/TCC%20APROVADO%20I%20SMAEL%20CABRAL%20UFSC%202015.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CARDOSO, L. de H. M.; FRACASSO, C. R.; MARIN, M. M. A. **O direito na era digital**: o Cibercrime no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2018. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1611400792P734.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Vol. 1 – 18ªed**. São Paulo: Saraiva, 2014; CAIXA. **Internet Banking Caixa**. 2018. Disponível em: <<https://internetbanking.caixa.gov.br/sinbc/#!nb/login>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro; Brasport, 2014.

CERT.BR, Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança No Brasil.

Cartilha de Segurança para Internet: Ransomware. Disponível em: <<http://cartilha.cert.br/ransomware/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

CERT.BR, Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança No Brasil. **Recomendações para Melhorar o Cenário de Ataques Distribuídos de Negação de Serviço (DDoS).** Disponível em: <<http://www.cert.br/docs/whitepapers/ddos/>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

CORTELA, J. J. C. **Engenharia social no Facebook.** 2013. 44f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciência da Computação) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2013. Disponível em: <<http://www.uel.br/cce/dc/wp-content/uploads/ProjetoTCC- JoaoCortela.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CRUZ, D.; RODRIGUES, J. Crimes cibernéticos e a falsa sensação de impunidade. **Revista Científica Eletrônica do Curso de Direito**, v. 13, jan. 2018.

DANIEL IP. Conhecendo a Lei Geral De Proteção De Dados Do Brasil LGPD. 2019. Disponível em: <https://www.daniel-ip.com/wp-content/uploads/2019/02/Daniel_Cartilha_LGPD_atual_fev2019.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

GARRETT, Filipe. **Golpes bancários crescem em 2020 e atingem mais de dez milhões no Brasil.** 2020. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2020/07/golpes-bancarios-crescem-em-2020-e-atingem-mais-de-dez-milhoes-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GRANATO, F. R. de P. **A influência do discurso midiático e do clamor popular na recente produção legislativa penal brasileira:** os delitos eletrônicos e a Lei 12.737/12 (Lei Carolina Dieckmann). 2015. 56f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.

JORGE, P. G. **Fraudes na Internet:** Uma proposta de identificação e prevenção. 2007. 79f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciência da Computação) – Faculdade Santa Maria, Recife. 2007. Disponível em: <<http://www.nogueira.eti.br/profmarcio/obras/Paulo%20-%20Fraudes%20na%20Internet.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

KASPERSKY. **Brasileiros são maiores vítimas de golpes phishing no mundo**. 2018. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/blog/phishing-klsec-brasil-assolini/10642/?utm_source=newsletter&utm_medium=Email&utm_campaign=kd%20weekl y%20digest>. Acesso em: 10 nov. 2019.

LAS-CASAS, P. H. B. et al. Uma metodologia para identificação adaptativa e caracterização de phishing. In: SIMPÓSIO BRASILEIRO DE REDES DE COMPUTADORES, 34., 2016. **Anais...** Salvador: UFBA.

LIMA, P. R. M. de; XAVIER, L. de O. O fenômeno do cybercrime sob a perspectiva do direito a privacidade. **Revista Eletrônica de Relações Internacionais do Centro Universitário Unieuro**, n. 16, p. 4-21. 2015.

MORGENSTERN, G. G.; TISSOT, T. R. G. Crimes cibernéticos: phishing – privacidade ameaçada. In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 23., 2015. **Anais...** Santa Rosa: FEMA.

NOLICORP. **Site Caixa Phishing**. Disponível em: <<https://noli.com.br/falso-e-mail-da-caixa-economica-federal/site-caixa-phishing/>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

OLIVO, C. K. **Avaliação de característica para detecção de phishing de e-mail**. 2010. 81f. Dissertação (Mestre em Informática) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2010. Disponível em: <https://www.ppgia.pucpr.br/pt/arquivos/mestrado/dissertacoes/2010/cleber_kiel_olivo_-_final.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

PAGANOTTI, Ivan. Pressão virtual e regulamentação digital brasileira: análise comparativa entre o Marco Civil da Internet e a Lei Azeredo. **Eptic Online**, v. 16, n. 2. 2014.

PEREIRA, L. de D.; MARTINS, D. M. S. Engenharia social: segurança da informação aplicada à gestão de pessoas – estudo de caso. **Caderno de Estudos em Sistemas de Informação**, v. 1, n. 2. 2014. Disponível em: 10 nov. 2019

ROMANI, Bruno. Fotos de Dieckmann nua tiveram 8 milhões de acessos; saiba como protegeras suas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 14 maio 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2012/05/1089392-fotos-de-dieckmann-nua-tiveram-8-milhoes-de-acessos-saiba-como-proteger-as-suas.shtml>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

SANTOS, A. F. C. **O cibercrime: desafios e respostas do direito**. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa. 2015

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. **Visão geral sobre a lei nº 12.737/2012 (“Lei Carolina Dieckmann”)**. São Paulo: MPSP.

SAVEGNAGO, J. U.; WOLTMANN, A. A regulamentação dos ciber Crimes no Brasil: uma análise jurídica dos “três pilares” norteadores do marco civil da internet. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 3., 2015. Santa Maria: RS.

Anais... Rio Grande do Sul: UFSM. 2015.

SILVA, Marcelo Mesquita. **Ação internacional no combate ao ciber crime e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro**. 2012. 107f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília. 2012.

VERDELHO, P.; BRAVO, R.; ROCHA, M. L. (Orgs.). **Leis do Ciber crime**. Lisboa: Centro Atlantico, 2003.

VERDELHO, P. **Ciber crime, in Direito da Sociedade da Informação**. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

TECHTUDO. **Os dez tipos de phishing mais comuns**. 2018. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/listas/2018/06/os-dez-tipos-de-phishing-mais-comuns.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, E. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 86. 2016.

TOMASEVICIUS FILHO, E. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 86.

TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA EXPLORAÇÃO SEXUAL: A ESCRAVIDÃO DO MUNDO MODERNO

BEATRIZ GOMES MIRANDA:
Bacharelada em Direito pela
UNISULMA.

LETÍCIA DE JESUS PEREIRA

(orientadora)

RESUMO: O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual é um crime transnacional altamente lucrativo e um grave problema social que afeta grande parte do mundo. O Brasil tem sido analisado neste contexto porque, segundo as estatísticas, é o principal exportador de mulheres e travestis para os países europeus. Desse modo, o problema que impulsionou este estudo foi: Como acontece o tráfico internacional de pessoas com fins para exploração sexual? Para responder este questionamento, o objetivo geral proposto no estudo é: Pesquisar o tráfico internacional de pessoas para exploração sexual. E, específicos, descrever o tráfico internacional de pessoas para a exploração sexual, discutir sobre o tráfico humano no Direito Internacional e discutir sobre o enfrentamento do tráfico internacional de pessoas e os planos de enfrentamento. A metodologia usada foi um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, descritiva e exploratória, fundamentada nas leituras de doutrinas, jurisprudências e leis que trataram da temática em questão. Os resultados da pesquisa. Os resultados do estudo visaram alertar para o grande número de casos deste crime, fornece informações sobre como preveni-lo e como se comportar diante das consequências quando o crime já ocorreu, e mencionar projetos destinados a coibir este crime do qual a maioria da população não tem conhecimento.

Palavras-chaves: Tráfico internacional de pessoas. Exploração sexual. Problema social.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA. 2.1 Conceito e comercialização do Tráfico Internacional de Pessoas. 2.2 Tráfico de pessoas para exploração sexual. 3 O TRÁFICO HUMANO PARA FINS SEXUAIS: LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. 3.1 Dispositivos da Legislação Brasileira à luz da lei nº 13.344 de 2016. 4 POLITICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. 4.1 Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Quando se fala de crime de alto rendimento, está-se lidando com o tráfico internacional de humanos. Na verdade, este crime existe há muito tempo, começando com

o tráfico de escravos, e evoluiu ao longo dos séculos para o que hoje chama-se de tráfico sexual internacional, um tipo de tráfico de pessoas é o que explica (LEAL; LEAL, 2022).

O crime transnacional reclama um grande número de vítimas todos os anos em todas as regiões do mundo. Elas são atraídas e silenciadas de diversas maneiras, desde ameaças graves a rituais religiosos, tudo para fazer as vítimas se sentirem ameaçadas e não revelar a realidade de sua situação (ANJOS; ABRAÃO, 2018). É por isso que muitos pesquisadores se referem às vítimas do tráfico internacional para exploração sexual como vítimas invisíveis, pois são muito difíceis de identificar e, portanto, de combater neste mundo criminoso impiedoso.

Antes de serem vítimas do tráfico, as vítimas do tráfico de pessoas são, antes de tudo, vítimas da sociedade do país em que vivem. Elas são excluídas do ambiente social, sem instrução, sem qualificação para o mercado de trabalho e sem perspectivas futuras. Por isso se deixam seduzir pelas falsas promessas da vida europeia e seus encantos, pelo falso idealismo de que é muito fácil ganhar dinheiro na Europa, e acabam sendo candidatos firmes para se tornarem apenas mais uma prostituta nos bordéis ou nas ruas (ARY, 2019).

Neste contexto, a pergunta norteadora deste estudo é: Como acontece o tráfico internacional de pessoas com fins para exploração sexual? Para responder este questionamento, o objetivo geral proposto no estudo é: Pesquisar o tráfico internacional de pessoas para exploração sexual. E, específicos, descrever o tráfico internacional de pessoas para a exploração sexual, discutir sobre o tráfico humano no Direito Internacional e discutir sobre o enfrentamento do tráfico internacional de pessoas e os planos de enfrentamento.

Para este fim, a metodologia deste artigo consiste em um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica, descritiva e exploratória. Bibliográfica, pois foi realizado a partir de explicações baseadas em doutrinas e Leis pertinentes ao tema analisado. Descritiva, porque tenta descrever o problema apresentado, e exploratória, pois busca explorar um problema, de modo a fornecer informações para uma investigação mais precisa.

A prostituição forçada e voluntária está à mercê das máfias, nota-se que devido ao forte preconceito que existe na sociedade contra a prostituição, aos olhos da sociedade, as mulheres são as menos favorecidas e, portanto, são tratadas com a mesma hostilidade que as vítimas (RAMOS, 2020). É necessário, portanto, denunciar esta discriminação e definir a fronteira exata entre abuso e desejo. Mesmo aqueles que já trabalham em seu próprio país não sabem exatamente o que esperar quando são recrutados para trabalhar no exterior.

A escolha deste tema se deu através da análise do perfil das vítimas e os lugares de origem, o Brasil é um país frequentemente mencionado, daí a relevância deste estudo

focado no cenário brasileiro, pois é um assunto muito pouco tratado no campo do direito e envolve também uma análise filosófica, sociológica e psicológica.

Dado o crescimento do crime estudado e o peso específico que tem tido, a cooperação é importante não só no âmbito nacional, mas também internacional, já que este crime está diretamente relacionado a outras questões, como a imigração ilegal, por exemplo.

Deste ponto de vista, considera-se importante realizar mais pesquisas sobre este tema para ajudar a sociedade e o sistema jurídico brasileiro a encontrar novos princípios que melhor se ajustem à realidade brasileira atual.

2 TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, também chamada de Convenção de Palermo, em seu Capítulo I, artigo 3, alínea 'a', caracteriza o tráfico em um de seus protocolos complementares como sendo:

O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o recebimento de pessoas, através de chantagem ou uso da força ou outras formas de coerção, de sequestro, de fraude, de engano, de abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para alcançar o consentimento de uma pessoa que tenha controle sobre outra pessoa, para fins de exploração (BRASIL, 2004).

A exploração compreenderá, no mínimo, a exploração da prostituição de terceiros ou outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, servidão ou remoção de órgãos.

Como crime, o problema do tráfico de pessoas tem dois aspectos: por um lado, os responsáveis pela organização da demanda por exploração humana e, por outro, o fato de que as vítimas são muitas vezes pessoas necessitadas economicamente.

Temos, pelo menos, três principais figuras envolvidas com a prática criminosa: os traficantes, que são os responsáveis pelo transporte da vítima para o local necessário para obtenção de lucro com esta ação; os empregadores, que são responsáveis por administrar e lucrar com o trabalho produzido pela vítima degradada e; os consumidores que são responsáveis pela obtenção de renda e prazer com o trabalho produzido (AGNOLET, 2021).

O tráfico de pessoas é geralmente motivado por desigualdades socioeconômicas, pela necessidade de políticas públicas básicas, por oportunidades de trabalho e desenvolvimento pessoal e pela sobrevivência. Portanto, a principal causa é a violação dos

direitos econômicos, sociais e culturais, também conhecidos como direitos humanos. O tráfico de pessoas também implica uma violação dos direitos humanos, pois a dignidade é comprometida e o direito de ir e vir é suprimido da vítima.

Pobreza, falta de oportunidades de emprego, preconceito de gênero, instabilidade política, econômica e civil em todos os lugares, violência doméstica, etc., são alguns dos fatores que conduzem à facilitação dessas atividades. Vários estudos mostram que as pessoas que correm o risco de cair nas fraudes dos traficantes são aquelas que têm dificuldades financeiras.

A pobreza está, na maioria das vezes, presente na vida de grande parte das vítimas. A dificuldade de aquisição de capital e a necessidade de adquiri-lo leva as pessoas a procurarem meios alternativos de obtê-lo, de uma forma ou de outra, por necessidade de sobrevivência, o que torna mais fácil para os traficantes tirar proveito desta fraqueza e usá-lo contra eles.

Um estudo sobre *Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil* (PESTRAF), de 2002 sobre vítimas de tráfico de pessoas, mostra que entre as vítimas de tráfico, mulheres e meninas experimentam as maiores taxas de exploração econômica (56% do total, em comparação com 44% dos homens e meninos) e exploração sexual comercial (98% do total, em comparação com 2% dos homens e meninos).

Em geral, as vítimas têm um baixo nível educacional, vivem em favelas com más condições sanitárias, não têm meios de transporte, vivem com parentes e a maioria delas tem experiência prévia na prostituição. Trabalham em empregos com muito pouco funcionários, sem contrato assinado e longas horas de trabalho, sem esperança de que a situação melhore.

A falta de meios de subsistência empurra as vítimas para os traficantes. Discriminação de gênero. A percepção das mulheres como objetos sexuais e não como sujeitos com direito à liberdade encoraja todas as formas de violência sexual. A percepção dos homens como provedores emocionais e financeiros estabelece uma relação de poder entre os dois sexos e entre adultos e crianças. Neste contexto, as mulheres, sejam adultas, meninas ou adolescentes, são encorajadas a assumir o papel social de satisfazer os desejos e demandas dos homens ou de quem quer que tenha alguma forma de poder hierárquico sobre eles (RASSI, 2016).

Normalmente, as vítimas recrutadas são atraídas com promessas de condições ideais de trabalho e muitas vezes acabam em centros de detenção onde são regularmente exploradas em um ambiente abusivo e social e racialmente preconceituoso. Isto também

se aplica às mulheres que já sabem que serão exploradas sexualmente, mas sabem pouco sobre a situação real em que se encontrarão.

Quanto ao cometimento de um crime, ele pode ocorrer de duas maneiras. A primeira é que o crime é cometido assim que a vítima entra no país, ou mesmo ao sair do país para viajar ao exterior, qualquer que seja o propósito. Somente então envolve a prática de sair ou entrar na área (RASSI, 2016).

A exploração sexual comercial está diretamente relacionada às categorias de abuso sexual (intra e extrafamiliar), pornografia, turismo sexual, prostituição e tráfico sexual. Em todo o mundo, inclusive nos Estados Unidos, estudos demonstraram que se trata principalmente de mulheres adultas, meninas e adolescentes, apesar das informações atuais sugerirem que este não é o caso. Entretanto, deve-se observar que outros segmentos vulneráveis ou socialmente desfavorecidos da sociedade, como os transexuais e alguns homens (homossexuais, travestis e outros), também são vítimas deste tipo de discriminação, exploração e violência (LEAL, 2020).

Para atrair a vítima, os envolvidos tentam aproveitar suas fraquezas e sonhos, mostrando-lhes as oportunidades oferecidas pelo mundo exterior e as vantagens, a razão pela qual uma pessoa aproveita essas oportunidades, deixa sua casa na pretensão de melhores condições de vida ou mesmo em busca de novas experiências, e mesmo que perceba que deixa sua casa para se prostituir, acaba sendo traída e exposta ao tratamento distinto do que lhe fora prometido.

Além disso, há vários fatores que levam as vítimas a emigrarem. A falta de recursos, um lugar sem oportunidades de emprego, a falta de instalações para atender necessidades básicas como alimentação, moradia e vestuário tornam a oferta mais aceitável, embora em alguns casos, quando as necessidades estão presentes, não há garantias para o futuro, então a vítima concorda em procurá-las em outro lugar.

Nesse ínterim, o tráfico de pessoas se torna lucrativo aos olhos da vítima, pois a maioria o vê como uma oportunidade para ir a outro lugar, uma forma de aprendizado, para melhorar sua carreira e talvez, até mesmo para conseguir melhores empregos e salários. Enquanto muitos já querem assegurar seu futuro, outros ainda aspiram a maiores realizações.

Cunha Dias (2019), instrui que outra parte das vítimas sente a pressão de amigos e familiares para ver esta situação como uma oportunidade, o que dificulta a saída do "trabalho". As mulheres que vivem em uma sociedade conservadora, a fim de escapar de sua autoimagem, consentem com este tipo de atividade ilegal por causa das críticas da sociedade.

2.1 Conceito e comercialização do Tráfico Internacional de Pessoas

O tráfico de pessoas é conhecido por ser um problema global. Em cidades e subúrbios, desde grandes hotéis, restaurantes e fábricas até às esquinas das ruas, cerca de 2,5 milhões de homens, mulheres e crianças são traficados para exploração sexual e trabalhista em um mercado que vale cerca de 32 bilhões de dólares por ano (RAMOS, 2020).

A escravidão existe claramente nesta indústria, embora seja invisível para o público porque ele é cego para o problema. Os consumidores desconhecem que muitos dos produtos que usamos diariamente, tais como roupas, eletrônicos e alimentos, são o resultado desta exploração.

Segundo o jornalista Leonardo Sakamoto, coordenador da ONG Repórter Brasil, "o tráfico de pessoas é o terceiro negócio mais lucrativo do mundo, depois do tráfico de armas e drogas". Mas, está longe de ter a visibilidade e a inclusão na mídia que os outros dois têm. A falta de consciência deste crime só beneficia os traficantes, enquanto a sociedade, em comparação com as outras duas formas de tráfico mencionadas acima, não recebe informações suficientes para divulgar este crime, torná-lo popular e alertar os cidadãos.

Conforme explica Ramos (2020), este crime organizado tem duas vantagens principais para os traficantes: baixo risco e lucros exorbitantes. Os traficantes percebem um baixo risco devido a sua natureza clandestina combinada com: governos insuficientemente treinados (a grande maioria); falta de controle por parte dos responsáveis pela aplicação das leis e estatutos que regulam o assunto; e, acima de tudo, a dificuldade para a vítima reconhecer o crime, pois ela só percebe que está em situação de tráfico quando seu passaporte foi confiscado e para a exploração para a qual foi destinado, ou seja, quando não há mais nenhuma possibilidade de mudar a situação.

Além disso, o tráfico de pessoas é muito frequentemente confundido com migração indocumentada ou contrabando de migrantes, o que o torna invisível para as autoridades e para a sociedade.

Os altos lucros são uma consequência da chamada "lei da oferta e da procura" (OLIVEIRA, 2018, p. 32). A alta demanda dos consumidores por sexo comercial cria um mercado lucrativo para o traficante, que, portanto, investirá mais na exploração sexual de crianças e adultos. O mesmo é verdade no setor da exploração do trabalho, pois quando os consumidores estão dispostos a comprar bens e serviços de indústrias que utilizam trabalho forçado, eles criam um incentivo para que os traficantes tenham lucro. Este incentivo estimula os recrutadores a maximizar a produção e reduzir os custos. Como resultado, os trabalhadores são forçados a aumentar sua produtividade e são pagos ainda menos pelos serviços que prestam.

Portanto, é claro que o principal objetivo desta indústria é fazer uma grande margem de lucro e satisfazer os consumidores comprando os produtos a um preço bem abaixo do preço de mercado. Há apenas uma pessoa que não ganha com isso: o empregado.

2.2 Tráfico de pessoas para exploração sexual

Como discutido no tópico anterior, o mercado de serviços sexuais está crescendo a um ritmo alarmante, dada a busca incessante pelos consumidores. Os traficantes têm a vantagem de que o tráfico de pessoas na indústria do sexo é extremamente lucrativo, independentemente de onde os recrutadores trabalhem. Diferentes áreas de recrutamento garantem que todas as oportunidades de crescimento sejam aproveitadas.

O sistema de tráfico sexual é violento física e emocionalmente, tornando as vítimas vulneráveis aos recrutadores. Esta prática ocorre em todos os setores do mercado de sexo, incluindo prostituição de rua, clubes de strip-tease, salas de pornografia e salas de massagem (ANJOS; ABRÃO, 2018). A prostituição, por exemplo, que ainda não é reconhecida como uma profissão em muitos países, oferece uma exploração mais fácil para aqueles que a praticam, justamente porque não há regras. Em muitos casos, a vítima deixa deliberadamente seu lugar de origem para se dedicar à prostituição porque já está trabalhando neste tipo de serviço, mas está procurando um mercado mais favorável para si mesma. Portanto, a única coisa que ela desconhece são as consequências.

Embora o mercado sexual, no contexto do tráfico de pessoas, seja mais proeminente na mídia, ele não é a única forma de escravidão moderna. Ao explorar pessoas como mão-de-obra, os traficantes forçam suas vítimas, através de coerção, violência e engano, a trabalhar contra sua vontade em indústrias que vão desde o comércio até a mineração em larga escala. Isto, como mencionado acima, é devido à forte demanda dos consumidores por produtos a preços mais baixos. Quanto aos recrutadores e à vulnerabilidade das vítimas, eles podem ser estranhos, conhecidos, parentes ou amigos (PAULA, 2017).

A vulnerabilidade econômica, física e social da maioria das vítimas torna mais fácil para os traficantes alcançar seus objetivos. Estes truques envolvem promessas, muitas vezes garantindo melhores oportunidades e condições de vida.

Os recrutadores são frequentemente do mesmo país ou cultura que suas vítimas, o que facilita a exploração das vulnerabilidades particulares das mesmas. Outros traficantes usam a violência para raptar e controlar suas vítimas. Todos os aliciadores têm uma coisa em comum: o desejo de explorar os outros para obter lucro. Assim, o valor do dinheiro é visível, mas o valor dos seres humanos não é.

Uma vítima do tráfico humano é qualquer pessoa que cruza uma fronteira, nacional ou internacional, em busca de um sonho ou de uma oportunidade na vida. Na maioria das vezes são pessoas muito vulneráveis que são enganadas por falsas promessas de emprego de uma pessoa muito poderosa, que, neste caso, é o recrutador. Há sempre a necessidade de mudar de um lugar mais pobre para um lugar mais rico.

A vítima não vê este crime à primeira vista, porque ela é frequentemente ameaçada, sua família está em perigo, ou mesmo porque ela viveu em uma situação de pobreza, abuso sexual e violência, de modo que ela está melhor nesta situação do que aquela em que vivia antes.

A pessoa recrutada só fará perguntas sobre a violação de seus direitos quando ocorrer uma situação que ameace sua integridade, levando-a a concluir que ela está em uma situação de tráfico. Por exemplo, quando seu passaporte e todos os outros documentos são tirados e ele é confrontado com uma dívida enorme que é difícil de pagar.

Esta dívida contraída pela vítima dá origem ao que é conhecido como "servidão por dívidas", que é um meio encontrado pelo traficante para manter a pessoa recrutada escravizada (OLIVEIRA, 2018). As pessoas exploradas tornam-se escravas de dívidas assim que deixam seu país de origem e se tornam inconscientemente responsáveis por todos os custos associados à sua viagem, incluindo transporte, acomodação, vestuário e comida. Esta dívida é paga com dinheiro de seu trabalho, que efetivamente cobre o valor mensal devido, tornando impossível para a vítima poupar dinheiro para tentar sair dele e retornar ao seu país de origem.

A Organização das Nações Unidas – ONU, listou as principais informações que assinalam a situação das vítimas de tráfico. Estas incluem:

Acreditar que estão sendo forçados a trabalhar contra sua vontade; ser incapazes de deixar seu local de trabalho; sinais de que alguém está controlando seus movimentos; sentir que não podem deixar o local onde estão; sinais de ansiedade e medo; estar sujeitos a violência ou ameaças contra si mesmos, seus familiares ou amigos próximos; sofrer lesões ou traumas inerentes a certos tipos de trabalho ou medidas de controle; não confiar nas autoridades; receber ameaças para se reportar às autoridades; ter medo de revelar seu status migratório; ter falsa identidade ou documentos de viagem; permitir que outros falem em seu nome quando alguém se dirigir diretamente a eles; não ter dias de folga; ter rede social limitada ou inexistente; não conhecer o idioma local; não saber o endereço de casa ou do trabalho; ser punido por quebrar a disciplina; não poder negociar condições de trabalho; receber pouco ou

nenhum pagamento; não ter acesso a assistência médica; ter pago pelo transporte para o país de destino através de intermediários; e ter que reembolsar salários (UN. GIFT, 2021-2025).

Frente aos fatores acima listados, é claro que as vítimas de tráfico humano são regularmente submetidas a abuso psicológico, incluindo deportação em condições desumanas e até mesmo prisão. É esta degradação que perpetua a vulnerabilidade das pessoas recrutadas pelos traficantes.

3 O TRÁFICO HUMANO PARA FINS SEXUAIS: LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

Com tudo o que foi discutido até agora, pode-se afirmar que o tráfico internacional é um crime desumano, que causa danos absurdos para a sociedade como um todo. Compreender a legislação que se aplica a ele em nível nacional e internacional é uma forma de combater este crime organizado.

No Brasil, a prostituição não é um crime, mas aqueles que a facilitam são punidos. Não há motivo para entrar no mérito da moralidade, mesmo que a Lei tenha algo a ver com ela, pois é preciso alcançar um equilíbrio entre as duas, as normas morais que cabem na competência de cada sociedade estão relacionadas à experiência, mas não por este motivo, tudo deve ser absorvido pela Lei (NUCCI, 2017).

A prostituição se apresenta como o objeto do crime em estudo, ou pelo menos sua exploração. O fato é que ainda gera muitos preconceitos, os quais silenciam as vítimas. E, ainda mais por causa do medo da opressão moral.

Uma pessoa que avalia moralmente as atitudes dos outros é, na maioria dos casos, conservador dos costumes sexuais, e aqui há um paradoxo, conforme instrui Nucci (2017), a prostituição no sentido estrito é o tráfico sexual do corpo, desenvolvido em bases regulares e destinado a ganhar a vida. Casamentos forçados em famílias tradicionais, nos quais a menina é praticamente vendida a outra família em troca de benefícios materiais, em nenhum caso seria considerada prostituição.

Acredita-se que a prostituição deve ser legalizada como qualquer outra forma de trabalho, mesmo que seja considerada imoral, mas nunca ilegal, pois viola a privacidade daqueles que a ela apelam e o princípio da intervenção mínima do direito penal brasileiro. Embora a natureza clandestina da prostituição possa dificultar a obtenção de provas dos crimes sexuais mais graves, e onde a prostituição é ilegal, existe o tráfico encoberto (NUCCI, 2017).

Devido ao crescimento deste crime organizado e à necessidade de cooperação entre os países exportadores e receptores de vítimas de tráfico, por ser um comércio

internacional, outra convenção das Nações Unidas (ONU), a Convenção de Palermo, a mais recente, foi elaborada na Itália em 2000.

Esta convenção abriu uma nova e importante perspectiva na luta contra o tráfico de pessoas no mundo inteiro. Anteriormente, apenas mulheres brancas eram reconhecidas como vítimas (Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres Brancas, 1910), onze anos mais tarde as crianças foram incluídas como vítimas (Convenção Internacional para a Supressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, 1921) e hoje abrange o tráfico humano em geral.

O Protocolo de Palermo também modificou o conceito de tráfico de pessoas de se referir principalmente à prostituição como um alvo para incluir qualquer forma de exploração de uma pessoa, bem como trabalho forçado e remoção de órgãos, que são outros problemas sociais (BARRETO, 2018).

Ainda no ensinamento do autor supramencionado, desde a entrada em vigor da Convenção de Palermo em 2004, muito progresso tem sido feito em nível internacional em termos de criminalização do tráfico de pessoas. De acordo com o Relatório Global realizado pela UNODC em 2014, quase dois terços dos países não tinham uma forma específica de criminalização do tráfico de pessoas. Três anos após a entrada em vigor do Protocolo, 28% não tinham nenhum tipo específico; em 2014, apenas 5% dos países não tinham mais legislação sobre o tráfico de pessoas, e este número estava diminuindo ano após ano (BARRETO, 2018).

No Brasil, o tráfico internacional para fins de exploração sexual, anteriormente incluído no artigo 231 do Código Penal, foi revogado pela Lei nº 13.344 de 2016, que alterou o Código Penal para incluir no capítulo VI, dos crimes contra a liberdade individual, o art. 149-A, intitulado como tráfico de pessoas.

3.1 Dispositivos da Legislação Brasileira à luz da lei nº 13.344 de 2016

A fim de adaptar a legislação brasileira à Convenção de Palermo, em 6 de outubro de 2016, foi criada a Lei nº 13.344 sob os três prismas da diplomacia internacional: prevenção, repressão e assistência às vítimas. Esta lei é considerada um passo legislativo importante, já que o Protocolo de Palermo está em vigor no Brasil desde 12 de março de 2004, e somente em 2016, foi criada uma legislação específica sobre o tráfico de pessoas. Sifuentes (2019, p.15) explica:

Assim, a lei contém medidas louváveis, especialmente no capítulo dedicado à proteção e assistência às vítimas de tráfico, direta ou indiretamente (Capítulo IV), uma disposição que antes não tinha equivalente na legislação brasileira. Esta proteção inclui assistência

jurídica e social, abrigo e moradia temporária, preservação da identidade, reintegração social, cuidado humano e prevenção de " revitimização ". (Artigo 6º). Além disso, como em outros países, as vítimas de tráfico no Brasil têm direito a obter um visto de residência permanente (Artigo 7º).

Há também o Artigo 5º da lei acima mencionada, que se refere à cooperação inequívoca entre agências de segurança e justiça nacionais e estrangeiras e a possibilidade de policiais e promotores de justiça solicitarem dados e informações sobre vítimas e suspeitos a qualquer agência pública ou privada sem a necessidade de uma ordem judicial (Artigo 11), medidas incluídas na lei como forma de agilizar as investigações.

Além disso, na área do processo penal, o tráfico de pessoas foi classificado como crime grave pela nova lei e acrescentado ao artigo 83 do Código Penal, que reforça os critérios para a concessão de liberdade condicional. A Lei nº 13.344/2016, embora inovadora e demonstrando uma preocupação com o crime, merece algumas críticas em termos da implementação efetiva do título. A lei prevê vários meios para proteger as vítimas de tráfico, mas em nenhum caso foi especificado qual autoridade seria responsável por esta proteção e se existem maneiras de tornar esta medida efetiva (SIFUENTES, 2019).

Uma das mudanças mais importantes com a revogação do Artigo 231 e a inclusão do Artigo 149-A no Código Penal é a substituição do bem jurídico tutelado. A redação do novo artigo é submetida à consideração:

Artigo 149-A. Ato de mediar, induzir, recrutar, transportar, transferir, comprar, abrigar ou receber uma pessoa por meio de ameaças graves, força, coerção, fraude ou abuso, com a intenção de.

I - remover órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-los a condições similares à escravidão;

III - sujeitá-los a qualquer forma de escravidão; III - sujeitá-los a qualquer forma de escravidão;

IV - adoção ilegal;

V - exploração sexual. A pena é de prisão de quatro (4) a oito (8) anos, e multa.

§ 1º. A multa é aumentada de um terço a meio se:

I - a infração é cometida por um funcionário público no exercício de suas funções ou sob o pretexto de exercer suas funções;

II - a ofensa é cometida contra uma criança, um jovem, uma pessoa idosa ou uma pessoa deficiente;

III - o infrator abusa da família, das relações domésticas, das acomodações compartilhadas, da convivência, da hospitalidade, da dependência econômica, da autoridade ou da superioridade hierárquica inerente a uma função, cargo ou cargo;

IV - a vítima de tráfico é removida do território.

§ 2º. A pena é reduzida de um para dois terços se o infrator for a principal vítima e não for membro de uma organização criminosa.

O tráfico de pessoas é agora classificado como crime contra a liberdade pessoal, de modo que, com a entrada em vigor da nova lei, esse tipo de crime se tornou um crime contra a liberdade e não contra a dignidade sexual. De acordo com Sifuentes (2019), esta mudança tem implicações hermenêuticas, especialmente no que diz respeito ao consentimento das vítimas. Isto é explicado em termos de:

A jurisprudência e a doutrina brasileira já apaziguaram a ideia de que o consentimento da vítima é irrelevante, já que não é necessário qualificar o crime, mas após a aprovação da Lei nº 13.344 de 2016, que levou à transferência do crime para o espaço da liberdade individual, reaparece o debate anteriormente fechado sobre a relevância ou irrelevância do consentimento. O fato de uma pessoa decidir sair de seu país para se prostituir no exterior não é um crime, o ato de uma pessoa que serve como intermediária na exploração sexual é punível (SIFUENTES, 2019, p. 26).

Assim, de acordo com a autora acima mencionada, se o crime de tráfico afeta a liberdade, o consentimento adquire uma nova conotação legal porque se há consentimento, não há restrição da liberdade, e se não há restrição da liberdade, então não há crime, desde que esse consentimento não seja afetado. Portanto, o crime de tráfico de pessoas, que provavelmente já era complexo, se tornou ainda mais com a nova lei, porque agora é preciso provar que o consentimento da vítima foi dado de forma fraudulenta (engano, abuso, violência, chantagem), o que não era exigido na legislação anterior e que de certa forma atrasa a investigação, o que é um revés do ponto de vista legislativo.

Outra pergunta a ser avaliada é quando o consentimento foi dado. Tendo em mente, observa-se que, se houve consentimento legal no momento em que a vítima foi submetida a uma das condutas descritas no artigo 149-A, a condição poderia ter sido invalidada em um momento posterior, isto é, quando a vítima estava ciente das condições que lhe foram efetivamente impostas (SIFUENTES, 2019).

Finalmente, embora o crime seja "tráfico de pessoas", tirar uma pessoa do território nacional tornou-se finalmente uma causa de agravamento do crime que antes era o principal (art. 149-A, § 1, IV, CP). A Lei nº 13.344/2016 nos parece, portanto, um erro e não um avanço na luta contra o tráfico de pessoas como tal.

4 POLITICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS

O tráfico internacional é um problema contemporâneo de proporções exorbitantes que afeta toda a ordem jurídica e social de um país e, portanto, só pode ser tratado através de uma rede de cooperação, devido à sua natureza multifacetada e à necessidade de encontrar respostas específicas para cada caso em várias políticas públicas, incluindo: segurança pública, relações internacionais, assistência social, saúde, educação, direitos humanos, proteção dos direitos da mulher e, igualmente importante, desigualdades sociais (RODRIGUES, 2021). Para ajudar as vítimas de tráfico, uma ampla gama de estratégias de reintegração precisa ser posta em prática.

Antes de entender o impacto da implementação de políticas públicas no cenário analisado, é necessário entender o conceito da mesma. Em termos simples e diretos, Barreto (2018) explica que, as políticas públicas são ações governamentais que afetam a vida dos cidadãos e medeiam entre o Estado e a sociedade. A implementação de políticas públicas deve contribuir para a luta contra o tráfico de pessoas e para a conscientização do mesmo.

Em 2006, o Brasil lançou seu primeiro Plano Nacional de Combate ao Crime, com a participação de vários órgãos do governo federal, que na época incluía quatro áreas estratégicas: prevenção, atendimento às vítimas, repressão e responsabilização dos perpetradores. Em 2011, o Brasil lançou o segundo Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, promulgado pelo Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006, que envolveu a sociedade civil e organizações internacionais, além dos órgãos do governo federal.

O segundo plano, assim como o primeiro, manteve os mesmos eixos estratégicos reforçados pelas lições aprendidas com o primeiro plano. Uma revisão das atividades desenvolvidas no âmbito do plano revelou o fortalecimento dos núcleos e postos de enfrentamento ao tráfico de pessoas, havia um total de 16 núcleos e 12 postos avançados.

Posteriormente, em 2018, foi aprovado o terceiro plano de combate ao tráfico de pessoas no Brasil, e o plano mais recente, estabelecido pelo Decreto nº 9.440, de 3 de julho de 2018, ampliou os objetivos do primeiro e segundo planos:

Art. 3º. O III Plano Nacional de Combate ao Tráfico de Pessoas está dividido nas seguintes áreas temáticas:

I - gestão de políticas;

II - gestão de informação;

III – Capacitação;

IV - responsabilização;

V - assistência às vítimas; e

VI - prevenção e conscientização pública (BRASIL, 2018).

Foi eleito um novo grupo de representantes do Comitê Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (CONATRAP) e foi criado um grupo interministerial para o acompanhamento e avaliação do terceiro plano, composto pelos seguintes oito órgãos: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Economia, Ministério da Educação, Ministério da Nacionalidade, Ministério da Saúde e Procuradoria da União (RODRIGUES, 2021).

O governo brasileiro tem feito esforços para alinhar a legislação e os planos nacionais com a Convenção de Palermo, mas apesar da existência de planos e reuniões nacionais para iniciar discussões na sociedade civil sobre o tráfico interno e internacional de pessoas, eles não têm sido amplamente divulgados.

A sociedade, hoje, vive na era digital e mais da metade da população utiliza redes sociais, espera-se que os planos sejam muito mais amplamente divulgados através de redes sociais e, assim, aumentar a conscientização sobre a questão de forma muito mais rápida e eficaz. O tópico seguinte abordará com mais ênfase esse assunto.

4.1 Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas

A situação do tráfico de pessoas no Brasil veio à luz em 2002, com a publicação da Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (PESTRAF), que reúne vários aspectos do tráfico, incluindo: a definição de rotas, as questões de gênero e raça que permeiam este crime, o impacto da

exclusão econômica e social e as condições de vulnerabilidade que contribuem para o tráfico de pessoas.

Em resposta a esta observação, o Brasil adotou a Convenção de Palermo e o Protocolo para Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, através dos Decretos nº 5.015 e 5.017, aprovados em 12 de março de 2004, respectivamente, comprometendo-se assim a modificar a legislação brasileira para cobrir todos os aspectos do tráfico de pessoas.

Segundo Prado (2018), com esta aprovação, o Brasil começou a desenvolver medidas para combater o tráfico de pessoas, tanto em sua legislação como no nível administrativo, e realizou consultas efetivas sobre o desenvolvimento de um sistema nacional de combate ao tráfico de pessoas. Dessa forma, em 26 de outubro de 2006, a Política Nacional de Combate ao Tráfico de pessoas foi aprovada pelo Decreto Presidencial nº 5948, que ainda está em vigor e cujas principais disposições não sofreram nenhuma mudança fundamental.

Esta política se refere à ideia de que o Brasil, como exigido pelo Protocolo de Palermo, deve estabelecer frentes que envolvam iniciativas em três áreas fundamentais: prevenção de crimes, cuidado e apoio às vítimas, e repressão ao crime. Entretanto, fica estipulado que o país deve elaborar periodicamente um plano de ação, denominado "Plano Nacional de Combate ao Tráfico de Pessoas", (PRADO, 2018, p. 156) que estabelece os objetivos e atualiza as atividades e ações que podem ser adaptadas ao problema em questão.

Ainda na discussão de Libiane (2019), o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas foi implementado em 2008, pelo Decreto nº 6.347, com o intuito de "prevenir e combater o tráfico de pessoas, levar os infratores à justiça e assegurar o atendimento às vítimas" (BRASIL, 2018), o plano teve uma duração de apenas dois anos.

Foi o primeiro esforço nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas, anunciando a criação de uma Rede Nacional de Combate ao Tráfico, um modelo de cooperação entre a União, estados e municípios, a fim de definir um plano de ação para cada estado, com uma estrutura adequada para reconhecer o fenômeno local e desenvolver as medidas cabíveis a serem aplicadas conforme a realidade de cada estado brasileiro, levando em conta que as necessidades das vítimas variam de acordo com a região em que estão localizadas (LIBIANE, 2018, p. 28).

Em fevereiro de 2013, o Decreto Presidencial nº 7.901 criou a Coordenação Tripartite de Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP), sob a qual o Ministério da Justiça, a Secretaria de Políticas para as Mulheres e a Secretaria de Direitos Humanos colaboram na implementação do Segundo Plano Nacional de Combate ao Tráfico de Pessoas, em vigor de 2013 a 2016. O artigo 3º, § 1º do Decreto em comento, constitui os objetivos do II PNETP. Eles são os seguintes:

I - Expansão e aperfeiçoamento das instituições e órgãos envolvidos na luta contra o tráfico de pessoas, na prevenção e combate a este crime, no julgamento dos autores, no atendimento às vítimas e na proteção de seus direitos; II - Promoção e fortalecimento da cooperação entre órgãos governamentais, organizações da sociedade civil e organismos internacionais, no Brasil e no exterior, envolvidos na luta contra o tráfico de pessoas; III - Redução das situações de vulnerabilidade ao tráfico de pessoas, levando em conta a identidade e as características específicas da sociedade (BRASIL, 2013).

Assim, o II Plano Nacional de Combate ao Tráfico de Pessoas representa a segunda fase da mobilização do Brasil contra esta organização criminosa. É importante ressaltar que estes planos nacionais são desenvolvidos periodicamente, a fim de melhorar e reforçar os objetivos estabelecidos, para que o combate a este crime não perca sua eficácia.

5 CONCLUSÃO

Com base nos fatos descritos acima e em tudo o que foi revelado neste estudo, pode-se dizer que o tráfico internacional para exploração sexual não é uma atividade criminosa recente e que ela ocorreu ao longo da história humana, com diferentes atitudes, fluxos e vítimas ao longo dos anos. Porque é um crime muito lucrativo, organizado por uma rede criminosa bem articulada. E, por ser um crime transnacional, ele está longe de ser erradicado.

Entretanto, existe cooperação entre agências internacionais e forças policiais para prevenir e combater este crime hediondo. Há uma clara distinção entre prostituição voluntária e forçada, e a questão do consentimento já foi muito bem definida pela ONU, ou seja, que o consentimento da vítima é irrelevante para o crime. Este debate ressurgiu no Brasil após a aprovação da Lei 13.344 de 2016, que trouxe o crime de tráfico a um quadro que pune crimes contra a liberdade individual e não contra a dignidade sexual.

Os fatos são irrefutáveis. A grande maioria dos estrangeiros que exercem a prostituição no exterior é controlada pela máfia que movimenta bilhões e bilhões de dólares por ano, enriquecendo os bolsos dos traficantes.

Campanhas de informação, reuniões nacionais para discutir o tema, popularização dos métodos de sedução, por mais variados que sejam, são uma importante medida preventiva para que jovens, crianças, homens, travestis e, sobretudo, mulheres não sejam enganados pela gloriosa vida estrangeira.

Portanto, em todo lugar existe o tráfico de pessoas, até mesmo na seara jurídica internacional, em virtude disto foram criados vários instrumentos internacionais que antecederam o Protocolo Palermo, com o intuito de promover à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças.

REFERÊNCIAS

AGNOLETI, Michele Barbosa. Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil: Apontamentos sobre a Lei 13.344/2016 e seus precedentes. Michele Barbosa Agnoleti. 2021. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** | vol. 175/2021 | p. 41 – 67 | Jan / 2021 DTR\2020\15211.

ANJOS, Fernanda Alves dos; ABRÃO, Paulo. **Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil: Perspectivas e Desafios**. 2018. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BAEB1FCB8-E>>. Acesso em: 23 de outubro de 2014.

ARY, Thalita Carneiro. **O Tráfico de Pessoas em três dimensões**: Evolução, Globalização e a rota Brasil-Europa. Programa de pós-graduação em Relações Internacionais. Universidade de Brasília. Brasília, 2019.

BARRETO, Daniel Brandão. O papel do Estado no tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. **Conteúdo Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51370/o-papel-do-estado-no-trafficointernacional-de-pessoas-para-fins-de-exploracao-sexual>. Acesso em: 19 de julho de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. protocolo de palermo. disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm> Acesso em: 13 de fevereiro de 2022.

BRASIL. **III Plano Nacional de Enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Decreto nº. 9.440, de 3 de julho de 2018. Brasília, DF: Senado, 2018.

CUNHA DIAS, Claudia Sérvulo. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília: OIT, 2019. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDCArquivosComunsProgramasProjetosNETPtrafico%20de%20pessoas%20para%20fins%20de%20exploracao%20sexual.pdf>>, Acesso em: 07 de fevereiro de 2022.

LEAL, Maria Lúcia. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil. Relatório Nacional**. Brasília, CECRIA, 2020.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil** (Pestraf). 2022. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-rotecao/traficodepessoas/publicacoes/anexos-pesquisas/2003pestraf.pdf>. Acesso em: 18 maio de 2021.

LIBIANE, Danielle. **Tráfico internacional de pessoas e exploração sexual**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53473/trafico-internacional-de-pessoas-e-exploracao-sexual>>. Acesso em: 15 de fev. 2022.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

OLIVEIRA, Rafael da Silva. **Um olhar sobre as redes de prostituição e tráfico de mulheres na fronteira Brasil-Venezuela a partir das rodovias BR-174 e Troncal 10**. Barcelona, 2018. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/222.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

PAULA, Cristiane. **Tráfico internacional de pessoas com ênfase no mercado sexual**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 36, jan 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1640>. Acesso em: 25 nov. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. V. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RASSI, João Daniel. **Comportamento da vítima no direito penal sexual**. 2006. 173 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2016.

RODRIGUES, Thais de Camargo. **O Tráfico Internacional de Pessoas para Fim de Exploração Sexual e a Questão do Consentimento**. 2021. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-30102012-102346/pt-br.php>>. Acesso em: 30 de nov de 2021.

SIFUENTES, Mônica. Críticas a Lei nº 13.344/2016 – Tráfico de Pessoas. Estudos, São Paulo: **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, v.25, n.143, p.15-29, out./dez.2019.

A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO

MARIANA ARAUJO VERRI LOUREIRO:

advogada especialista em Direito e Processo do Trabalho. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas – PUC. Pós-graduada em Direito e Processo do trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Mestranda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Resumo: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre os reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho. O avanço exponencial da tecnologia permitiu a coleta de dados pessoais de forma massiva, tornando-se uma matéria-prima dos tempos atuais. Assim, a Lei Geral de Proteção de Dados representa um grande marco regulatório da proteção de dados no Brasil, haja vista que há a previsão de institutos, regras e princípios próprios, sistematicamente organizados. Nas relações de trabalho notamos que há um intenso fluxo de dados entre empregado e empregador, desde o momento do preenchimento de um formulário de candidatura ao emprego até o período pós-contratual, motivo pelo qual é essencial investigar as causas legitimadoras do tratamento de dados nas referidas modalidades de relações jurídicas.

Palavras chaves: Lei Geral de Proteção de Dados, relações de trabalho, quarta revolução industrial, hipóteses autorizadoras dos tratamento de dados, consentimento.

Sumário: 1 Considerações Iniciais. 2 As transformações decorrentes da quarta revolução industrial. 3 A Lei Geral de Proteção de Dados. 4 A proteção de dados na relação de emprego. 5 Hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais e contextualização com o Direito do Trabalho. 6 A questão do consentimento nas relações de trabalho. 7 Considerações Finais. 8 Referências.

1. Considerações iniciais

O tema escolhido para o presente artigo consiste no estudo nos reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho.

O desenvolvimento das tecnologias levou à necessidade de regulamentação específica acerca da coleta e tratamento de dados, e com o avanço das discussões, foi promulgada a Lei 13.709/18, publicada em 14/08/2018, que apresenta um grande marco regulatório da proteção de dados no país.

Apesar da Lei Geral de Proteção de Dados não prever a regulamentação de proteção de dados no âmbito das relações de trabalho, é essencial investigar as causas legitimadoras do tratamento de dados nas referidas modalidades de relações jurídicas, bem como a forma de operacionalizá-los, considerando-se as necessidades decorrentes da dinâmica das relações de trabalho.

O objetivo do presente artigo consiste, portanto, em verificar alguns impactos da Lei Geral de Proteção de Dados no direito do trabalho.

2. As transformações decorrentes da quarta revolução industrial

Vivemos em um mundo da hiper conectividade e de uma sociedade da informação, identificada como Quarta Revolução Industrial que, por meio do avanço exponencial de novas tecnologias, permitiu a coleta de dados pessoais de forma massiva, tornando-se a matéria-prima dos tempos atuais.⁴

Nesse sentido, temos a informação como o elemento central da economia. Sob este cenário, torna-se imprescindível a tutela da privacidade e da intimidade, como mecanismo de proteção aos titulares dos dados.⁵

Assim, diante da revolução propiciada pela célere troca e disseminação de conteúdo entre indivíduos, enaltecendo o processo de globalização, relativizando as fronteiras geográficas entre as comunidades dos diversos países e culturas, há de se tutelar os direitos fundamentais dos titulares dos dados, representados pelos avanços da era digital⁶.

Sobre o tema, Mauricio Requião afirma:

“O mundo, especialmente ao longo da última década foi moldado para extrair dados dos usuários da Internet em escala massiva. Estes dados, reunidos e processados através do que se convencionou de Big Data, que permite a obtenção das informações e o poder de influenciar condutas, em escalas até o presente momento ainda não esclarecidas. Assim, os dados pessoais são transformados em importante ativo comercial das

4 CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no direito do trabalho*, Salvador: Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Número 239. 2020. p. 29.

5 CONI JR., Vicente Vasconcelos. *A cibercidadania como consequência de um novo modelo de governança da gestão de políticas públicas*. Florianópolis: Empório e direito, 2019, pág. 117.

6 CONI JR., Vicente Vasconcelos. op. cit. p. 98.

grandes empresas de tecnologias do mundo, com o claro objetivo de obtenção de capital, além de outros até o momento não tão claros assim.”⁷

Observa-se, portanto, que o acesso aos dados pessoais passa a ter relevância, nos mais diversos campos, especialmente no que diz respeito à exploração econômica de tais informações e, sobretudo, como fonte relevante de poder e controle social, jamais imaginado nos tempos de outrora.”⁸

Destaca-se que a coleta de informações pessoais não é consequência da sociedade da informação,⁹ e sim uma prática milenar, mas a sua relevância e preocupação jurídica atual são devido à grande agilidade da manipulação, notadamente pelo fato de que, na maioria das vezes, o cidadão não tem conhecimento do funcionamento e processamento dessa atividade, bem como da sua extensão e destino, tornando-a uma invasão.¹⁰

Neste contexto, surgem preocupações quando aos dados pessoais utilizados para a circulação de informações extremamente íntimas, haja vista que através da coleta, do tratamento e transferências destes é possível conhecer o perfil, a personalidade e as atividades, muitas vezes, invadindo a esfera de direitos de seu titular.¹¹

3. A Lei Geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de Dados inspirou-se nos marcos legais europeus da Convenção para a Proteção de Indivíduos com Relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais (Convenção 108 de 1981), sucedida pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR - General Data Protection Regulation) que entrou em vigor de 25/05/2018.

Cumprir mencionar que a eficácia plena do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia, que unificou a legislação de privacidade de dados em todos os países do bloco, tornando-se um marco legislativo e incentivou diversos países,

7 REQUIÃO, Maurício. *Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-covid-19-protecao-dados-pessoais-antes-agora-depois>. Acesso em 27/09/2021, 19:24.

8 CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra 2016, v.1. pág. 96.

9 DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul.dez. 2011, p. 92.

10 CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo op. cit. p. 79.

11 CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo op. cit. p. 80.

inclusive o Brasil, a acelerar os seus regramentos acerca do tema, eis que a GDPR trouxe uma séria de restrições para o tráfego internacional de dados pessoais.¹²

Isto porque, como bem observado por Tarcísio Teixeira e Ruth Maria Armelin, aqueles países que não possuírem a proteção segura e específica dos dados pessoais terão dificuldades nas operações comerciais e investimentos com outros países. Confira-se:

“Os dados pessoais são considerados o novo petróleo da sociedade informacional, a base de um gigantesco mercado, já que através deles é possível identificar perfis de consumo, potenciais mercado, além de inúmeras possibilidades altamente lucrativas.”¹³

No Brasil, com o avanço das discussões, promulgou-se a Lei 13.709/18, publicada em 14/08/2018, que apresenta um grande marco regulatório da proteção de dados no país. A partir dela está pavimentado o caminho rumo à autonomia dogmática de um verdadeiro direito da proteção de dados, na medida em que se nota a previsão de institutos, regras e princípios próprios e sistematicamente organizados.¹⁴

Deste modo, verifica-se que a Lei Geral de Proteção de Dados tem por finalidade garantir a privacidade e transparência no tratamento dos dados das pessoas físicas, gerando para todas as pessoas jurídicas, tanto de direito público, como privado, independentemente do porte e atividade empresarial, o dever de atender e cumprir os novos comandos legais.

Importante destacar que em razão do elevado fluxo de dados nas relações de trabalho entre empregado e empregador, desde o momento do preenchimento de um formulário de candidatura ao emprego até o período pós contratual, a Lei Geral de Proteção de Dados assume grandes proporções e atrai especial atenção sobre a questão.¹⁵

Em que pese a Lei Geral de Proteção de Dados tenha sido omissa com relação a sua aplicação no âmbito das relações de trabalho, é essencial investigar as causas legitimadoras do tratamento de dados correspondentes, bem como a forma de operacionalizá-los, considerando-se as necessidades decorrentes das dinâmicas das relações de trabalho.

12 CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo op. cit. p. 85

13 TEXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Salvador: JusPodivm, 2019. Pág. 26.

14 PIERONI, Verissa Coelho Cabral *Noções Gerais sobre Proteção de Dados nas Relações de Emprego*. 1ª. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 31

15 PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus Impactos nas Relações de Trabalho*. 1ª. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 50

4. A proteção de dados na relação de emprego

Conforme supramencionado, a Lei Geral de Proteção de Dados não trouxe regras explícitas para a proteção e tratamento dos dados referente as relações de trabalho, mas não é possível conceber uma relação de emprego na qual inexistam tráfego de dados pessoais.

Ao analisar os dados coletados do empregado, desde a fase pré-contratual, tem-se todas as informações de sua personalidade, aptidões técnicas, saúde, e tais dados colados sob a ótica da informação, tem-se um perfil fidedigno daquele empregado. 16

Logo, é de suma importância a proteção dos dados dos empregados, sob pena de afronta aos direitos fundamentais, previsto no artigo 5^a da Constituição Federal.

Na seara trabalhista, portanto, os impactos dos direitos dos titulares dos dados pessoais serão bastante relevantes, haja vista que englobam os seguintes momentos:17

Na fase pré-contratual, ou seja, durante um processo seletivo ou que antecede a celebração do contrato de trabalho, o empregador recebe diversas informações sobre os candidatos, sendo necessário uma revisão quanto aos dados solicitados e sua relevância. A propósito, exatamente nesta fase, é importante, solicitar o consentimento do candidato para eventual armazenamento dos currículos em bancos de dados para futuros processos seletivos.

Já na fase de formalização do contrato, ou seja, quando da celebração do contrato de trabalho, são coletados diversos dados cadastrais. E mesmo durante o contrato de trabalho, fase contratual, há fluxo gigantesco de dados pessoais, inclusive para atender as determinações legais.

Quando da rescisão contratual, fase pós-contratual, novamente há grande tráfego de coleta e tratamento dos dados pessoais do empregado.

Por fim, cumpre mencionar a necessidade de tratamento de dados em relação aos empregados terceirizados, tais como prestadores de serviço, caracterizando assim, o tratamento de dados das relações interempresariais.

16 CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus Reflexos nas Relações Jurídicas Trabalhistas*. 1^o. Ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 102

17 AGUIAR, Antonio Carlos. *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos no direito do trabalho*. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 82, n 6, p. 655-661, jun. 2018.

Nota-se que há de se ter muita cautela nos dados que serão exigidos durante todas as fases da relação de trabalho, a fim de evitar a solicitação dos dados pessoais sensíveis, previsto no artigo 5º, inciso II da Lei 13.709/18.

Apenas a título de esclarecimento, o dado pessoal sensível consiste no dado sobre origem racial, étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização religiosa, filosófico ou político, dado referente a saúde e a vida sexual, dado genético ou biométrico, sendo que no artigo 11 da Lei Geral de Proteção de Dados, prevê tratamento diferenciado com proteção mais rígida dos referidos dados. 18

Sob a ótica dos dados pessoais sensíveis, verifica-se que diversos dados coletados pelos empregadores retratam a intimidade, a vida privada e a imagem do empregado. Assim, deve-se sempre consignar a finalidade da coleta dos dados para propósitos efetivamente necessários, legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular dos dados.

Deste modo, deve ocorrer uma profunda adequação nos procedimentos dos empregadores com relação aos dados dos seus empregados e/ou prestadores de serviço para garantir a observância aos princípios e dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados.

5. Hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais e contextualização com o Direito do Trabalho

De plano, é importante afirmar que a Lei Geral de Proteção de Dados cataloga as hipóteses autorizadoras do tratamento dos dados pessoais. É o que se infere do art. 7º da 13.709/18, que estipula as bases legais para o tratamento de dados pessoais, e do seu artigo 11, que enumera as hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais sensíveis.

Conforme já mencionado, dada a relevância dos dados pessoais sensíveis, a Lei Geral de Proteção de Dados prevê hipóteses mais restritas para o seu tratamento. Assim, os dados pessoais sensíveis apenas podem ser tratados quando há o consentimento de forma específica e, quando não houver o fornecimento do consentimento do titular, o inciso II do artigo 11 da 13.709/18 autoriza o tratamento em algumas hipóteses em um rol menor do que o previsto para os dados pessoais comuns, nos termos do artigo 7º da 13.709/18.¹⁹

No âmbito das relações trabalhistas, as principais hipóteses que legitimarão o tratamento de dados pessoais em que o consentimento do titular dos dados será

18 BRASIL. Lei nº 13.709/2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10/10/2021.

19 GASPAR, Gabriela Curi Ramos *LGPD e o Tratamento de Dados Sensíveis nas Organizações de Tendência*. 1º. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 216-217.

dispensado são: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória; b) execução de contrato ou procedimentos relacionados ao contrato; c) exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; d) legítimo interesse do empregador-controlador.

A primeira hipótese autorizadora de tratamento de dados pessoais é aquela na qual o controlador possuiu uma obrigação legal ou regulatória, e para cumpri-la necessita tratar dados pessoais. Imaginemos a situação em que o empregador precisa transmitir os dados pessoais de seus empregados ao Ministério do Trabalho e Previdência para fins da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais).²⁰

A segunda hipótese em que o tratamento de dados pessoais é permitido é aquela necessária para a execução de contratos ou de diligências pré-contratuais. Vejamos, dados sobre salários, registros de ausências injustificadas ao trabalho, anotações referentes a acidentes do trabalho e demais informações sobre a saúde do empregado, valor das verbas rescisórias, entre outras.²¹

Outra possibilidade de manuseio lícito de dados pessoais se for necessário para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.¹⁷

Esta hipótese se aplica na situação em que o empregador armazena os dados de seus ex-empregados para fins de defesa em um eventual ajuizamento de reclamação trabalhista. Nesse sentido, necessário observar os prazos prescricionais antes de promover a eliminação dos dados pessoais.

Por fim, a última hipótese de tratamento a ser abordada neste artigo é aquela que diz respeito ao legítimo interesse do empregador-controlador e de terceiros.²²

Referida hipótese é aplicada ao direito do trabalho em razão do empregador assumir os riscos das atividades. Deste modo, em situações específicas, o empregador-controlador está apto a realizar o tratamento de dados dos empregados utilizando como fundamento o legítimo interesse.¹⁸

6. A questão do consentimento nas relações de trabalho

²⁰ GASPAR, Gabriela Curi Ramos op. cit. p. 212-213.

²¹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 80-81.

²² ZAVANELLA, Fabiano; MAISTRO Jr., Gilberto Carlos. *Utilização dos Dados Pessoais do Trabalhador e o Legítimo Interesse do Empregador a partir do Poder de Direção*. 1º. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 249-254.

No tocante à hipótese justificadora acima mencionada do fornecimento do consentimento do titular dos dados de forma específica e destacada para o tratamento de seus dados, insta salientar que é um instituto de suma importância introduzido pela Lei Geral de Proteção de Dados.¹⁹

Isto porque o artigo 5^a, inciso XII da LGPD, dispõe que o consentimento deve ser entendido como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.²³

Nesse sentido, a expressão “livre” tem por finalidade a verdadeira opção do titular dos dados em autorizar o tratamento de seus dados pessoais, pressuposto cuja satisfação pode gerar dúvida, pois a relação de trabalho é marcada pelo desequilíbrio de poder e, em regra, pela dependência econômica do empregado.²⁰

A relação de emprego é marcada por um desequilíbrio de poder, em que praticamente em todas as ocasiões, o empregado depende economicamente do empregador. Assim, há a condição de hipossuficiência do empregado, e um receio de sofrer represálias, e por isso, não se opõe a certas decisões de tratamento dos seus dados pessoais. Por isso, afirma-se que não há validade de consentimento se o empregado-titular dos dados assim proceder por temer consequências negativas. Logo, não havendo a liberdade no consentimento, não há que se falar em validade.

Entretanto, não podemos afirmar que o consentimento jamais poderá ser utilizado nas relações de trabalho. Na hipótese do tratamento de dados trazer vantagens ao empregado, o consentimento poderá sim ser utilizado como fundamento.²⁰

Segundo Nicolau Olivieri, a presunção de validade do consentimento se impõe, nos casos dos empregados enquadrados na hipótese do artigo 444, parágrafo único, da CLT, que trata da figura do trabalhador “hipersuficiente”.²⁴

Deste modo, em relação aos trabalhadores hipersuficientes, que possuem diploma de nível superior e que o salário mensal seja igual ou superior a duas vezes o teto do INSS, o ordenamento jurídico garantiu a legitimidade ainda maior das manifestações de vontade.²⁵

23 PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia op. cit. p. 67 e 68.

24 OLIVIERI, Nicolau. LGPD e sua Necessária Adequação às Relações de Trabalho: Lei de dados não foi pensada para as peculiaridades do tramite de informações entre patrão e empregado. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>. Acesso em: 20/09/2021.

25 GASPAR, Gabriela Curi Ramos op. cit. p. 220.

Nesse sentido, caso o empregador pretenda obter o consentimento, é necessário observar o artigo 8^a, caput e §1^o, da LGPD, que prevê que o consentimento deve ser fornecido por escrito ou qualquer outro meio que demonstre o consentimento expresso.²⁰

Além disso, o empregador deve observar o artigo 8^a, §4^a, da LGPD que proíbe o consentimento generalista. Logo, quando for necessário o tratamento de diversos dados, deve ser assegurado ao empregado-titular a indicação pontual e específica de quais dados ele deseja consentir e a finalidade específica.²⁰

E ainda, outro aspecto importante que o empregador deve observar é que a obtenção do consentimento não permite compartilhar dados com outros controladores sem o consentimento específico para tanto, conforme preconiza o artigo 7^o, §5^o, da LGPD.²⁰

Por fim, importante mencionar que o empregado-titular pode revogar o consentimento ao tratamento de determinado dado a qualquer momento, mediante manifestação expressa.

7. Considerações finais

Para a análise dos reflexos da Lei Geral de Proteção de Dados nas relações de trabalho, iniciamos por uma abordagem histórica da Quarta Revolução Industrial e da análise de pontos introdutórios da Lei Geral de Proteção de Dados.

Ato contínuo, analisamos a proteção de dados na relação de emprego, e ainda, as hipóteses autorizadoras do tratamento de dados pessoais e contextualização com o direito do trabalho.

Ademais, verificamos as diversas obrigações do empregador-controlador com relação a proteção de dados, sendo necessário mencionar que os empregados também tem responsabilidades quando se trata na proteção de dados do seu empregador, desde que este último se constitua em pessoa natural.

Por fim, estudamos a questão do consentimento nas relações trabalhistas, que poderá se apresentar em algumas situações específicas, mas não constitui a base legal de tratamento que deve ser priorizada, tendo em vista o desequilíbrio existente entre a figura do empregador e do empregado, aspecto que pode macular o consentimento do trabalhador.

Assinalamos que, em razão das novas tecnologias, as relações de trabalho estão diante de uma nova realidade, sendo imprescindível o elevado fluxo de dados pessoais dos trabalhadores. Por isso, verifica-se a necessidade de uma profunda adequação nos

procedimentos das empresas com relação aos dados dos seus empregados para garantir a observância aos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados. E dentre esses cuidados podemos destacar a necessidade de cumprimento dos princípios da própria Lei 13.708/2018, com a indicação da finalidade da coleta dos dados para propósitos efetivamente necessários, legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular.

8. Referências

AGUIAR, Antonio Carlos. *A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos no direito do trabalho*. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 82, n 6, p. 655-661, jun. 2018.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de Outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 07 agosto 2021.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Palácio do Planalto Presidência da República. Acesso em: 07 agosto 2021..

BRASIL. Lei 13.467 de 13 de Julho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Palácio do Planalto Presidência da República. Acesso em: Acesso em: 10/10/2021.

BRASIL. Lei 13.709 de 14 de Agosto de 2018. Palácio do Planalto Presidência da República. Acesso em: 07 agosto 2021..

CASTELLS, M. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra 2016, v.1. pág. 96.

CONI JR., Vicente Vasconcelos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no direito do trabalho*, Salvador. Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual. Número 239. 2020. p. 29.

CONI JR., Vicente Vasconcelos. *A cibercidadania como consequência de um novo modelo de governança da gestão de políticas públicas*. Florianópolis: Empório e direito, 2019, pág. 117.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 80-81.

DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul.dez. 2011, p. 92

GASPAR, Gabriela Curi Ramos *LGPD e o Tratamento de Dados Sensíveis nas Organizações de Tendência*. 1º. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 216-217.

OLIVIERI, Nicolau. LGPD e sua Necessária Adequação às Relações de Trabalho: Lei de dados não foi pensada para as peculiaridades do tramite de informações entre patrão e empregado. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>. Acesso em: 20/09/2021.

PIERONI, Verissa Coelho Cabral Noções Gerais sobre Proteção de Dados nas Relações de Emprego. 1º. Ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 31

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia A Lei Geral de Proteção de Dados e seus Impactos nas Relações de Trabalho. 1º. Ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 50

REQUIÃO, Mauricio. Covid-19 e proteção de dados pessoais: o antes, o agora e o depois. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direito-civil-atual-covid-19-protacao-dados-pessoais-antes-agora-depois>. Acesso em 27/09/2021, 19:24.

TEXEIRA, Tarcísio; ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Salvador:JusPodivm, 2019. Pág 26.

ZAVANELLA, Fabiano; MAISTRO Jr., Gilberto Carlos. *Utilização dos Dados Pessoais do Trabalhador e o Legítimo Interesse do Empregador a partir do Poder de Direção*. 1º. Ed. São Paulo:Thomson Reuters Brasil, 2020. Pág. 249-254.v

UNIÃO HOMOAFETIVA: DA ADI Nº 4277 E A ADPF Nº 132 AOS DIAS ATUAIS

ANA LUIZA EVA DE SOUSA E SILVA

Acadêmica do Curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho
- UNIFSA.²⁶

LUANA COSTA DE LUCENA²⁷

(Coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA²⁸

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo foi elaborado conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em maio de 2011, na qual os ministros da Suprema Corte, ao julgarem a ADI nº 4277 e ADPF nº 132, reconheceram, por unanimidade, a união homoafetiva como um núcleo familiar como qualquer outro. Dessa forma, o núcleo familiar sofreu diversas mudanças sob o aspecto social e jurídico, pois com a nova interpretação do artigo 226, § 3º a luz da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade, da busca pela felicidade, o STF estabeleceu que não compete ao Estado decidir como as pessoas vão se relacionar. Diante disso, objetivo principal deste trabalho é analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que atualmente é utilizada para proteger o reconhecimento da família homoafetiva no Brasil, garantindo, assim, os direitos e deveres básicos aos casais do mesmo sexo. Para isso, adotou-se como métodos de procedimentos metodológicos, no âmbito da pesquisa dedutiva de cunho bibliográfico, com o objetivo de analisar a veracidade do direito que a união homoafetiva dispõe juridicamente por intermédio das pesquisas e análises doutrinárias, jurisprudenciais, artigos científicos e leis vigentes.

Palavras-chave: União Homoafetiva; Família; ADI nº 4277; ADPF nº 132.

²⁶Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* sousaanaluiza699@gmail.com

²⁷Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* lucenalua464@gmail.com

²⁸ Professora Mestre do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* evaristojuliana40@gmail.com

Sumário: 1. Introdução; 2. Evolução Histórica da União Homoafetiva. 3. Família: Pluralidade Familiar na Constituição Federal de 1998: 3.1 Família homoafetiva; 3.2 Aspectos jurídicos para o reconhecimento da união homoafetiva. 4. ADPF nº 132 e a ADI nº4277. 5. Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta ao estudo da decisão histórica do Supremo Tribunal Federal – STF que há 10 (dez) anos reconheceu a União Homoafetiva no Brasil, assim, o termo homoafetivo foi criado com a finalidade de diminuir a conotação pejorativa que se dava aos relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo e, tornou-se uma expressão jurídica para tratar dos direitos relacionados a união desses casais.

Dessa forma, tem-se por delimitação do tema o objeto analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, referente a decisão sobre a ADI nº 4277 e a ADPF nº 132, no que atualmente é utilizada para proteger o reconhecimento da família homoafetiva no Brasil, garantindo, assim, os direitos e deveres básicos aos casais do mesmo sexo.

Nesse sentido, será demonstrada a evolução da entidade familiar em um contexto histórico social e histórico-evolutivo, onde a família é uma acepção em constante mutação.

Deste modo, eis o problema de pesquisa: os avanços ocorridos entre o período de 2011 aos dias atuais, no qual o casamento homoafetivo começou a ganhar visibilidade na constituição familiar entre pessoas do mesmo sexo é acobertada pelo regramento jurídico de forma satisfatória?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base na revisão da legislação e normas bibliográficas em Direito Civil sobre o determinado tema, como também através de coletas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, visando comprovar que, a ausência de legislação pertinente ao assunto ora abordado corrobora para que as relações homoafetivas são encaradas pela sociedade de maneira preconceituosa e, muitas vezes, de forma receosa pelo comportamento e reação dos espectadores.

É incontroverso o fato de não haver evidências concretas acerca da homoafetividade, visto que são diversas as especulações a esse respeito. Indaga-se se suas origens e causas advêm de condições genéticas ou psicossociais. Não obstante as inúmeras inquirições, a ciência, por meio de estudos, vem reafirmando a originalidade biológica para a homoafetividade, isto significa que o sentimento afetivo e desejo sexual por pessoa do mesmo sexo, é inerente ao ser humano.

Desta feita, o Supremo Tribunal Federal, em decisão histórica, deu uniformidade ao entendimento da lei, e assegurou o direito constitucional à igualdade e à não discriminação, reconhecendo aos casais do mesmo sexo, o direito básico e milenar de constituir uma família.

Diante disso, o artigo será desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva, tendo como finalidade metodológica analisar o reconhecimento da união homoafetiva nos últimos 10 (dez) anos após a decisão do julgamento proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de ADI nº 4277 e ADPF nº 132.

Por fim, de forma a aprimorar a compreensão acerca do tema, serão desenvolvidas considerações sobre a união estável homoafetiva, os segmentos jurisprudenciais, bem como a análise jurídica sobre os avanços de direitos adquiridos pelas uniões desses casais.

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA UNIÃO HOMOAFETIVA

A relação afetiva entre indivíduos do mesmo sexo é uma realidade que sempre irrompeu. A existência da homoafetividade, seja por ato instintivo ou não, remonta desde os primórdios da humanidade. Sabe-se que muita polêmica gira em torno deste tema, do qual se questiona se é um desvio comportamental, uma doença ou, até mesmo, uma questão biogenética. Em verdade, a homoafetividade não é algo novo criado pela sociedade contemporânea, afere-se que é um comportamento já existente há muito tempo, mesmo antes de Cristo, há evidências que relações entre pessoas do mesmo sexo era prática comum.

Na Antiguidade, as alusões históricas relativamente à homoafetividade são mais comumente encontradas na Grécia Antiga e no Império Romano. É costumeiro que muitos acreditem que nessas civilizações a homossexualidade fosse algo integralmente tolerável, no entanto não era bem assim.

Da mesma forma que a heterossexualidade estava ligada à procriação, a homoafetividade na Grécia tinha funções específicas que a afastavam da noção de diversidade sexual que temos hoje. Os cidadãos gregos se comportavam tanto heterossexual como homoafetivamente em determinados contextos sociais e, apenas dentro desses contextos, sua sexualidade era plenamente respeitada (FERRERE, 2019).

As relações homoafetivas são encaradas pela sociedade de maneira preconceituosa e, muitas vezes, este fato causa receio pelo comportamento e reação dos espectadores. Isto deve-se à ausência de legislação pertinente ao assunto, vez que os legisladores se omitem relativamente à regulamentação da união homoafetiva.

É cediço que ao longo dos anos a concepção de família passou por diversas transformações, com a finalidade de acompanhar a evolução social. Diante disso, a família tradicional abandonou o antigo estereótipo de pai, mãe e filhos e passou a ser composta por entes, na qual o vínculo de parentesco não prevalece, mas sim a afetividade e o amor. Em razão de certas mudanças, (GONÇALVES, 2021) explica que: “o direito de família no Brasil experimentou interferência, principalmente, da família romana, canônica e germânica, e apenas pouco tempo atrás é que passou a seguir diretrizes próprias, com adaptações à realidade brasileira”.

Nesse sentido, Paulo Lobo (2020), ressalta que na atualidade é julgado um ato jurídico negocial solene, público e complexo, por meio do qual uma mulher e um homem, manifestando suas vontades, montam uma família que é confirmada pelo Estado.

Portanto, percebe-se que as relações de afeto e amor entre pessoas do mesmo sexo têm origem na antiguidade, este fato destoia da suposição de muitos indivíduos, visto que acreditam que a homoafetividade seja um comportamento criado pela sociedade moderna. Esta linha de pensamento é um tanto ultrapassada, haja vista a ascendência de diversos estudos que comprovam a ancestralidade destas relações.

3 FAMÍLIA: PLURALIDADE FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

As relações humanas com o passar dos anos vêm se multiplicando de várias modalidades e com esse avanço, no decorrer do tempo, a palavra “família” acarretou o surgimento de várias novas ramificações. Atualmente, o clássico centro familiar que era caracterizado pela “família padrão”, constituída pelo liame do pai, mãe e filho, teve uma quebra no modelo do ordenamento jurídico brasileiro.

Graças à atual Carta Maior houve uma ruptura com os paradigmas clássicos de família consagrada pelo casamento e admitiu a existência e a consequente regulação jurídica de outras modalidades de núcleos familiares. De tal modo, essa temática foi de grande repercussão e ganhou notoriedade no nosso ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, só foi possível esse reconhecimento através das normas contidas no ordenamento jurídico, que foram de encontro com a interpretação contida no Código Civil Brasileiro que impediam o casamento homoafetivo.

A Carta Magna reconheceu a família como a base da sociedade desde os tempos imemoriais, assim, tem como escopo a proteção e as garantias fundamentais do Estado. Logo, a família contemporânea vem se resguardando nos princípios constitucionais, inclusive, foi colocada em debate pelo Poder Judiciário brasileiro, garantindo ao ser

humano o reconhecimento da realidade devido à flexibilização da sociedade civil brasileira em atenção ao condicionamento da Constituição Federal.

O modelo familiar, no século XXI, é formado pelo elemento propulsor das maiores felicidades e, é muito mais do que o DNA, pois o importante é o amor que existe entre o laço familiar e, ao mesmo tempo, é onde vivenciamos as maiores dores, frustrações, traumas, medos e dramas (GAGLIANO, 2019). O reconhecimento do direito à preferência sexual é uma garantia fundamental tutelada do ser humano, sendo que independentemente de qual sexo a pessoa seja, não serve de fator para desigualdade jurídica, especialmente, quando se trata de matrimônio com o intuito de constituir uma família.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 ocorreram diversas mudanças no âmbito jurídico, como também no quesito social, religioso, cultural e afetivo, portanto, estruturando, assim, novos conceitos conforme os valores morais e costumes sociais da coletividade, nos quais se desenvolveram ao decorrer dos anos. Logo, “[...]consagrou a concepção da multiplicidade de modalidades de arranjos familiares, não sendo taxativo o rol constante do art. 226 (composto do casamento, união estável e família monoparental), mas, sim, meramente exemplificativo” (GAGLIANO, 2019).

Neste passo, é impossível aceitar somente a família patriarcal ou a família imposta pelo poder do Estado e da Igreja, pois com os avanços e atualizações das leis, a sociedade, passou a reconhecer várias conceituações sobre família. De tal modo, “o pluralismo das relações familiares provocou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família. Já não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação” (DIAS, 2021, p. 444).

Por fim, o reconhecimento da pluralização familiar, a partir da Constituição Federal de 1988, garantiu o avanço na formação de entidades familiares, repercutindo-se na forma de tratamento das relações interindividuais familiares na sociedade brasileira e garantindo o direito democrático, protegendo, assim, as garantias fundamentais impostam pela Carta Magna.

3.1 Família homoafetiva

A família homoafetiva é a união de pessoas do mesmo gênero com a finalidade de constituir o mesmo núcleo familiar. Entretanto, as relações de casais homoafetivos, por muito tempo, ficaram excluídas do ordenamento jurídico devido ao preconceito e o estigma existente na sociedade.

De fato, as uniões homoafetivas sempre existiram, contudo era algo muito sigiloso, pois não era permitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo na Igreja Católica, sendo, assim, a família era vista como algo sagrado, onde para a Igreja era constituída apenas na relação entre um homem e uma mulher.

Dessa forma, a Igreja Católica aplicava penas para os cristãos que não seguiam conforme os dogmas católicos. Assim, “em face do repúdio social, fruto da rejeição de origem religiosa, as uniões de pessoas do mesmo sexo receberam, ao longo da história, um sem-número de rotulações pejorativas e discriminatórias” (DIAS, 2021).

Ainda de acordo com Maria Berenice Dias, após a Constituição Federal, assegurar o direito da proteção à família, independente do matrimônio, “Foi no âmbito do Judiciário que, com o nome de uniões homoafetivas, o relacionamento entre iguais mereceu reconhecimento. Esta expressão insere também no conceito de família, as constituídas independentemente da identidade de gênero dos seus integrantes”.

Diante desse cenário, a sexualidade de cada indivíduo é um direito fundamental decorrente do princípio básico que é a dignidade da pessoa humana, nesse sentido, umas das proteções básicas são os direitos da minoria diante do arbítrio ou do descaso das majorias. Além disso, existem outros princípios constitucionais, sendo eles: princípio da igualdade, da não discriminação, da liberdade e da proteção à segurança jurídica, que conferem e protegem o reconhecimento do casamento com o intuito de constituir uma família.

“A família homoafetiva ganha espaço na sociedade com discussões acaloradas e reconhecimento cada vez mais amplo de nossos tribunais em todos os níveis, seguido pela legislação” (VENOSA, 2017). Corroborando com tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal julgou conjuntamente a ADPF nº 132 e ADI nº 4277 reconhecendo, assim, a legalidade da união homoafetiva. A decisão do STF, vai de encontro com o que dispõe o artigo 1.723, do Código Civil, pois esse dispositivo aduz que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Deste modo, a decisão do julgamento não configura Lei, mas é uma conquista de grande valia para os casais homoafetivos, pois garante aos casais do mesmo sexo que vivem em união estável, usufruindo de todas as garantias, proteção e direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, todas as pessoas merecem ser felizes, independentemente de qual seja a sua preferência sexual.

3.2 Aspectos jurídicos para o reconhecimento da união homoafetiva

A omissão legislativa no tocante às uniões homoafetivas é silente, face a inexistência de regramento jurídico que trate de maneira adequada a matéria. No entanto, aludida lacuna não fará com que tais relações jurídicas sejam excluídas relativamente à tutela jurisdicional adequada. A atual propensão de ampliar os veículos afetivos, consagrando um modelo de família menos tradicionalista, preterindo o casamento a outro nível, com a criação de diversas estruturas de convivência, associado aos princípios constitucionais, conduz-se a uma moderna visão sobre a entidade familiar, fato que abrange o relacionamento homoafetivo. Pronuncia-se Pierre Bourdieu sobre a quebra do paradigma familiar conservador:

Sabe-se que, como o casamento é um instituto que abrange diversas questões do campo da moral, principalmente relacionadas à religião, a união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo não é expressamente prevista na legislação brasileira¹³. Isso não impede, contudo, que o instituto seja aplicado a essas situações, com isonomia e razoabilidade, pois atualmente o Estado não é mais guiado pelos princípios religiosos, mas sim pelos princípios constitucionais.

Conforme supracitado, a supressão legislativa não representa ausência de direito e muito menos evita a produção de efeitos jurídicos deste tipo de situação fática, fazendo com que a omissão do legislador seja suprida por meio da analogia, costumes e princípios gerais do direito. Conforme a Lei de Introdução ao Código Civil “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Há preceito análogo no Código de Processo Civil, ao dispor em seu artigo 126 que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”. Nessa perspectiva, a acepção encontra contornos essenciais, visto que terá por objeto deslindar a maneira e os meios de assegurar juridicamente o interesse desse agrupamento vítima da exclusão social.

Ao operador do direito cabe decifrar a lei na sua integralidade, procurando adequar as lacunas existentes entre as normas constitucionais e adequá-las à impertinência da realidade, porquanto a aceção de um mandamento amplo jamais pode suprimir de seus efeitos situações e tipos comuns, restringindo direitos subjetivos, até porque não se pode perder de vista a comutação do desígnio da norma que presentemente não é mais a família, como préstimo independente, mas sim as pessoas que a compõem.

À vista disso, Paulo Luiz Netto Lobo, aponta a dinamicidade das entidades familiares como um progresso constitucional, por conceber o artigo 226 da Constituição Federal uma disposição geral de inserção, jamais sendo razoável excluir qualquer entidade que complete os pressupostos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

A eminência das uniões homoafetivas à categoria de entidade familiar igualmente se assenta no emprego manifesto dos princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da segurança jurídica. Consoante preceitua Ronald Dworkin:

Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão de moralidade.

Ao internalizar o ambiente familiar Daniel Sarmiento elucida que a regulamentação das relações familiares passa a ser efetiva pela principiologia constitucional mediante os princípios da paternidade consciente; da afetividade; da igualdade; da supremacia dos interesses dos filhos e, primordialmente, da dignidade da pessoa humana que, por ser um valor nuclear, confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais.

Um preceito normativo concreto que contempla a concepção de união homoafetiva, conferindo um imenso avanço para o reconhecimento destas relações, está inserido no artigo 5º, da Lei nº 11.340/06, que dispõe:

Art.5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e de dano moral ou patrimonial:

I – (...)

II – no âmbito familiar, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – (...) Parágrafo único. As relações enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. Maria Berenice Dias enfatiza posicionamento doutrinário referente a legislação: O reconhecimento da união homoafetiva como família é expresso, pois a Lei Maria da Penha incide independentemente da orientação sexual. Assim, lésbicas, travestis, transexuais e transgêneros, que têm identidade feminina, estão ao seu abrigo quando a violência ocorre entre pessoas que possuem relação afetiva no âmbito da unidade doméstica ou familiar.

Na esfera jurisprudencial, certifica-se que o Judiciário não se omitiu e ao decorrer dos últimos tempos tem reconhecido as uniões homoafetivas. Decerto, é primordial uma integração do direito, enquanto inexista no Direito Brasileiro uma legislação específica que tutele as relações homoafetivas. Esse litígio foi resolvido parcialmente pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira, interessante avultar que o Brasil não tomava conhecimento das relações homoafetivas perante a ausência de lei específica e, portanto, não lhe dava corroboração plena e exatamente por isto é necessária a regulamentação do tema para que as relações não fiquem à mercê de análises subjetivas do Poder Judiciário, tampouco disposto à margem pela insuficiência de normatização.

4 ADPF nº 132 e a ADI nº 4277

A Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, nº 4.277 de 2009, foi proposta pela Procuradoria – Geral da República, inicialmente como APF 188, com o objetivo de reconhecer o casamento homoafetivo como entidade familiar, e a equiparação dos direitos garantias constitucionais em relação aos casais entrem homens e mulheres. Já a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, nº 132, foi apresentada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, em 2008, com a finalidade de afrontar o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado, Decreto-Lei nº 220/1975, com base a interpretação à Constituição Federal, no que diz respeito a equiparação da união homossexual à união estável heterossexual.

Nessa esteira, o Relator do julgamento, Ministro Ayres Britto, em seu voto discorreu que “merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família”.

Desta feita, o “[...] julgamento cuja procedência foi proferida por unanimidade e que conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Diante do teor do artigo 102, § 2º, da CF, fica vedada qualquer desobediência das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, que produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em suas esferas federal, estadual e municipal” (MADALENO, 2020, p. 88).

Nesse contexto, a Suprema Corte reconheceu por unanimidade, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a união homoafetiva como entidade familiar, garantindo todos os direitos fundamentais tanto para a família homoafetiva quanto à família heteroafetiva e, ao mesmo tempo, quebrando as mazelas que a Justiça dificultava no reconhecimento na união de casais com a orientação sexual ambos iguais. Atualmente, é perceptível a discriminação das pessoas em razão do sexo, pois a sociedade brasileira ainda demonstra rejeição na relação de pessoas do mesmo sexo.

Após o entendimento jurisprudencial, as ADI’s, ocasionaram uma nova concepção no que diz respeito ao conceito família, no âmbito do Direito das Famílias, portanto, união de duas pessoas do mesmo gênero pode constituir uma família matrimonializada na sociedade, alterando, então, paradigmas societários e avançando no que dispõem sobre os institutos familiares.

Nesse sentido, “como a decisão tem efeito vinculante e erga omnes, não se pode admitir outra forma de interpretação que não seja o enquadramento da união homoafetiva como família, com a incidência dos mesmos dispositivos legais relativos à união estável, por analogia” (TARTUCE, 2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise deste artigo teve como finalidade abordar a entidade familiar à luz da Constituição Federal, do Código Civil e da jurisprudência, sobretudo, a do Supremo Tribunal Federal em sede de ADI (4277) e ADPF (123), na qual foi reconhecida a união estável homoafetiva e, conseqüentemente, uma nova concepção de família.

Reiterando o supracitado, após o entendimento jurisprudencial, as ADI's, ocasionaram uma nova concepção no que diz respeito ao conceito família, no âmbito do Direito das Famílias, portanto, união de duas pessoas do mesmo gênero pode constituir uma família matrimonializada na sociedade, alterando, então, paradigmas societários e avançando no que dispõem sobre os institutos familiares.

Em que pese a omissão legislativa no tocante às uniões homoafetivas, face a inexistência de regramento jurídico que trate de maneira adequada a matéria, a aludida lacuna não fará com que tais relações jurídicas sejam excluídas da proteção jurisdicional, visto que essas relações devem ser englobadas pela legislação, de forma a concretizar os preceitos constitucionais balizadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, a atual propensão de ampliar os veículos afetivos, consagrando um modelo de família menos tradicionalista, preterindo o casamento a outro nível, com a criação de diversas estruturas de convivência, associado aos princípios constitucionais, conduz-se a uma moderna visão sobre a entidade familiar, fato que abrange o relacionamento homoafetivo, necessitando ser resguardado pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Dispõe sobre o **Código Civil**. Publicado em dia 1º de janeiro de 1916, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, Relator Ministro Ayres Britto**. Tribunal Pleno, 05 maio 2011. DJe-198. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em 20 de out. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 out. de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. 1056 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2017.

FERRERE, Victor Matheus Silva. **Família, sucessão e preconceito: a evolução e os desafios do direito homoafetivo no Brasil**. 2019. 89 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família** / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 9. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família. Direito civil brasileiro** vol. 6 – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia do trabalho científico: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso**. 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

LÔBO, Paulo. **Coleção Direito civil**. volume 3 – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. **Metodologia do Trabalho Científico: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2 ed. Novo Hamburgo: FEEVALE, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: família** / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

A IMPORTÂNCIA DOS FUNDOS PÚBLICOS PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

ROOSEVELT OLIVEIRA DE MELO NETO:

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus, Pós-graduado em Direito Público: constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade Estácio de Sá. 29

RESUMO: O presente estudo tem a intenção de fornecer uma visão geral a respeito das modalidades de Intervenção do Estado na Propriedade e no domínio econômico. A Intervenção do Estado na Propriedade é atividade estatal que tem como finalidade ajustar o interesse da propriedade de um particular ao bem comum, ao interesse público da sociedade. Portanto, o Estado, com base na Constituição federal, restringe ou suprime o direito individual em prol da comunidade. Por sua vez, a Intervenção do Estado no Domínio Econômico está efetivamente autorizado a intervir graças ao art. 170 da Constituição Federal onde estão elencados todos os princípios da ordem econômica. Nele está previsto o respeito à livre iniciativa ao mesmo tempo em que é necessária a manutenção do status quo.

Palavras-chave: Intervenção. Estado. Propriedade. Domínio Econômico.

Abstract: This study intends to provide an overview of the modalities of State Intervention in Property and in the economic domain. State Intervention in Property is a State activity whose purpose is to adjust the interest of a private person's property to the common good, to the public interest of society. Therefore, the State, based on the Federal Constitution, restricts or suppresses the individual right in favor of the community. In turn, State Intervention in the Economic Domain is effectively authorized to intervene thanks to art. 170 of the Federal Constitution where all the principles of the economic order are listed. It provides for respect for free enterprise while maintaining the status quo.

Keywords: Intervention. State. Property. Economic Domain.

Noções Iniciais

Fundo financeiro, segundo Hely Lopes Meirelles, "é toda reserva de receita para a aplicação determinada em lei. No dizer de Cretella Júnior, "é a reserva, em dinheiro, ou o patrimônio líquido, constituído de dinheiro, bens ou ações, afetado pelo Estado, a determinado fim". Ainda, nos termos do Art. 71 da Lei 4320/64, a qual cuida das normas

29 E-mail: Rneto_melo@hotmail.com.

gerais de Direito Financeiro, fundo é “o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam a realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”.

No dizeres de Sanchez:

Embora os fundos de natureza orçamentária só tenham se tornado populares no contexto da administração federal a partir dos anos setenta – com fundamento na flexibilização das normas sobre fundos realizada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, nas disposições do Art. 71 da Lei nº 4.320/64 e na norma do Art. 172 do Decreto-lei 200/67, as vinculações de receitas e os fundos especiais são relativamente antigos no setor público brasileiro. São evidências materiais dessa situação, além de sua previsão no Código de Contabilidade Pública, de 28 de Janeiro de 1922, o fato do Decreto nº 23.150, de 15 de Setembro de 1933, ter proibido, pelo seu art. 24, “a criação de fundos especiais...” e a existência, já à essa época, de pelo menos três fundos: o Fundo de Amortização dos Empréstimos Internos (criado pelo Decreto nº 4.382, de 8 de Abril de 1902), o Fundo Naval (criado pelo Decreto nº 20.923, de 8 de Janeiro 1932) – o mais antigo fundo programático do Brasil – e o Fundo Especial de Educação e Saúde (criado pelo Decreto nº 21335, de 29 de Abril de 1932). Curiosamente, já nesse limitado universo podemos identificar instrumentos de distintas naturezas: o primeiro, um Fundo Contábil – na acepção atual –, destinado a acumular recursos para a amortização da dívida interna; o segundo, um Fundo De Reequipamento, para a aquisição de embarcações, equipamentos e meios de sinalização naval; e o terceiro, o primeiro a incluir o termo “Especial”, um Fundo Programático vinculado a um setor e fundado num tributo especialmente criado.

No âmbito constitucional, a ideia de vincular receitas a determinados fins e de instituir fundos para realizar a gestão de tais vinculações foi tratada, precipuamente, na Constituição de 1934. Nela, os artigos 141, 157 e 177, previram o emprego desses meios para os fins de amparo à maternidade e à infância (Art. 141), de desenvolvimento da educação (Art. 157, §1º e §2º) e de defesa contra a seca nos Estados da Região Norte (Art. 177).

Hodiernamente, os fundos são regidos pela Lei 4320/64, que trata das normas gerais de Direito Financeiro, tendo sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, conforme se verá adiante. Além disso, a própria Carta Magna traça regras de delineamento dos fundos, principalmente no que se refere às restrições a sua

criação e funcionamento.³⁰

Há uma certa discussão na doutrina quanto à existência ou não de personalidade jurídica e personalidade judiciária pelos fundos. Entende Régis Fernandes Oliveira³¹ que:

A corrente que entende da inexistência, seja de personalidade jurídica, seja de personalidade judiciária é a correta. Em primeiro lugar os fundos não são titulares de direitos, nem sujeitos de obrigações. Ser pessoa jurídica significa estar no centro de imputação normativa, isto é, ter vontade, praticar atos, interferir no centro imputativo de outra pessoa jurídica, poder firmar contratos, ir a juízo, etc, mas nada disso faz o Fundo. De outro lado, não pratica atos jurídicos e, pois, não pode ser sujeito ativo ou passivo em relação processual.

Classificação

Os fundos podem ser divididos, precipuamente, em fundos especiais ou fundos atípicos. Os primeiros possuem características definidas no ordenamento pátrio, enquanto os últimos, muito embora sejam criados por normas de ordem superior, não encontram características definidas na lei.³²

Os fundos atípicos, segundo Osvaldo Maldonado Sanchez³³, se enquadram em cinco categorias, quais sejam: a) fundos de repartição de receitas; b) fundos de redefinição de fontes; c) fundos de instrumentalização de transferências; d) fundos de incentivos fiscais; e) fundos por designação.

Fundos de repartição de receitas, de que são exemplos o Fundo de Participação dos Estados (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), são instrumentos de repartição de recursos entre os entes federados, segundo critérios estabelecidos na Constituição Federal.³⁴

Os fundos de redefinição de fontes são excepcionados (pelo próprio texto constitucional) da observância às normas que regem a instituição e operação de fundos, possuindo, assim, as seguintes singularidades: a) não constituem unidades orçamentárias;

30 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 284

31 *ibidem*, p. 289.

32 SANCHEZ, Osvaldo Maldonado, *op. cit.*, p. 09

33 *idem*

34 OLIVEIRA, Régis Fernandes de, *op. cit.* p. 285.

b) não possuem uma programação própria sujeita a um gestor determinado; c) não se vinculam a um órgão determinado da Administração. Em resumo, tais “fundos” são mais uma forma de particularizar recursos nos orçamentos, por meio de fontes diferenciadas, do que instrumentos especiais de programação e de gestão de recursos. São exemplos o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, criados pelas Emendas Constitucionais nºs 10 e 31.35

Os Fundos de instrumentalização de transferência são uma categoria constituída pelos Fundos Difusos, ou seja, por itens de programas de trabalho que sem constituir um fundo, transferem recursos para fundos estaduais com vistas ao cumprimento de disposições constitucionais ou legais.

Constitui exemplo típico deste tipo de fundo as transferências previstas na Lei Orçamentária Anual para os Fundos de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), criados nos Estados. Como fundos contábeis, em obediência ao que estabelece o Art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (EC nº 14/96). As finalidades desses fundos e os critérios de distribuição do recursos constam do próprio ato legal que os institui. Ao que parece, também o fundo derivado do Fundo de Erradicação da Pobreza deverá se enquadrar nessa categoria.³⁶

Fundos de incentivos fiscais são aqueles que não operam diretamente com o orçamento, utilizando-se, na verdade, dos recursos provenientes de benefícios fiscais. São exemplos o Fundo de Investimentos do Nordeste (FINOR) e o Fundo de Investimentos da Amazônia (FINAM), criados pelo Decreto-lei nº 1.366, de 1974.³⁷

Por último, têm-se os fundos de designação, que são aqueles fundos que, rigorosamente, não são fundos, sendo na realidade entidades da Administração Indireta formalmente designadas ou chamadas de fundos. São exemplos o Fundo Nacional De Desenvolvimento Da Educação (FNDE) – criado em 21 de Novembro de 1968, pela Lei nº 5.537, como autarquia federal – e o Fundo Nacional De Desenvolvimento (FND) – instituído em 1974 pela Lei nº 6.093 e recriado pelo Decreto-lei nº 2.288/86, como autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda.³⁸

Como dito alhures, os fundos podem ser especiais ou atípicos. Acima foram

35 SANCHEZ, Osvaldo Maldonado. Fundos Federais: origem, evolução e situação atual na Administração Federal. Revista De Administração Pública. Rio de Janeiro: FGV, pag 10, jul./ago. 2002

36 idem

37 idem

38 idem

destacadas as principais características das categorias de fundos atípicos, cabendo agora a análise dos fundos especiais.

Os fundos especiais, como visto, possuem características definidas no ordenamento jurídico. A primeira definição legal dos fundos especiais foi prevista no Código de Contabilidade Pública, cujo art. 83 dispunha como fundo especial “o produto das fontes de renda a que, em virtude de preceitos de lei e de estipulações contratuais, houver sido determinada aplicação especial”. Tal definição foi aprimorada pela Lei 4.320/64, cujo art. 71 estabelece: “constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que, por lei, se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normais peculiares de aplicação.”³⁹

Os fundos devem integrar, obrigatoriamente, a lei orçamentária. Nesse sentido a lei 4320/64, em seu art. 3º, estabelece que “ a Lei do orçamento compreenderá todas as receitas, inclusive as operações de crédito autorizadas em lei”. No mesmo rumo o art.165, parágrafo 5, I, da CF/88 aduz que “a lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

A partir da caracterização legal dos fundos especiais pode-se destacar como seus atributos: a) receitas especificadas (o fundo especial deve ser instituído com base em receitas específicas determinadas em lei, como por exemplo tributos e contribuições); b) gastos vinculados à realização de determinados objetivos (a aplicação das receitas deve vincular-se à realização de investimentos, serviços ou ações claramente conexos com os programas de interesse da Administração que levaram à instituição do Fundo); c) vinculação a órgão da Administração Direta de um dos Poderes; d) aplicação dos recursos por meio de dotações consignadas na Lei Orçamentária, seja por alocação originária ou mediante créditos adicionais (os fundos constituem meios para a execução orçamentária de despesas); e) utilização de contabilidade particularizada no âmbito do sistema contábil setorial (ou seja, esta não existe em separado, mas como parte da contabilidade do órgão orçamentário a cuja programação o Fundo se integra na Lei Orçamentária; f) normas peculiares de aplicação (a lei que instituir o fundo especial poderá estabelecer ou dispor sobre condições e exigências para aplicação dos recursos); g) emprego de meios adicionais de controle (fundos requerem orçamentos detalhados, contabilidade particularizada e prestações de contas específicas); h) preservação dos saldos do exercício (ou seja, salvo disposição em contrário na lei que instituir o Fundo, os saldos apurados no Balanço de final de exercício se convertem em disponibilidade deste para gastos futuros).⁴⁰

³⁹ ibidem

⁴⁰ ibidem

Os fundos especiais podem ser divididos em fundos de natureza contábil e fundos de natureza financeira. Os primeiros são fundos que distribuem recurso por meio de dotação específica na lei orçamentária ou em créditos adicionais, tendo seus saldos controlados em contas. Os fundos de natureza financeira, por sua vez, são fundos que realizam execução orçamentária e financeira de despesas que gerenciam, por meio de dotações orçamentárias detalhadas no orçamento fiscal.⁴¹

Os fundos contábeis são aqueles cujos atos de instituição explicitam a sua natureza. Quando não há menção o fundo será financeiro.

A Constitucionalidade dos Fundos Públicos

Não obstante a ocorrência passada e com alguns resquícios nos dias atuais de discussão quanto à constitucionalidade dos fundos, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se decidiu sobre a matéria na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) número 1726-542.

Julgou o Supremo que a exigência de prévia lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o Art. 165, § 9, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4320, de 17 de Março de 1964, recepcionada pela Constituição com *status* de lei complementar. Entendeu ainda o Pretório Excelso que embora os fundos especiais não estejam previstos constitucionalmente, eles estão disciplinados nos Arts. 71 a 74 da Lei nº 4320/64.

Como se pôde observar, a discussão girou em torno justamente da não existência de lei complementar definidora das condições gerais dos fundos, o que ocasionaria, supostamente, a sua inconstitucionalidade. No entanto, com o reconhecimento do *status* de lei complementar para a Lei nº 4320/64, parece não haver mais dúvida nesse sentido. Com efeito, dispõe o art. 165⁵⁷ da Constituição Federal, em seu parágrafo nono:

§ 9º - Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a

41 55Taxonomia dos fundos públicos. Disponível em:

<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/contabilidade_governamental/download/relatorios/Apresentacao_Taxonomia_Fundos_Publicos.pdf.

42 BRASIL, STF – ADIN nº1726-5, Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 30.04.2004, pp. 431-449. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347237>>

instituição e funcionamento de fundos. O relator da ADIN, ministro Maurício Corrêa⁵⁸, entendeu que:

Equivocou-se o requerente, pois não tendo sido editada lei complementar que disciplinasse o preceito constitucional invocado, a Lei 4320, de 17 de Março de 1964, que institui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos da União, está recepcionada pela Constituição Federal, com status de lei

complementar, visto que do contrário restaria de braços cruzados e em pânico, a Administração Pública, impedida que estaria de realizar as suas atividades institucionais.

Votou ainda o eminente relator no sentido de que “embora a Constituição não se refira a fundos especiais, contudo estão eles disciplinados na Lei 4320/64, que foi recepcionada pela Carta Política Federal vigente.”

O posicionamento do Supremo nos remete então, claramente, à constitucionalidade dos fundos instituídos com base na Lei nº 4320/64, recepcionada como lei complementar.

Exemplos de Fundos Bem-sucedidos

Como se disse antes, países que dispuseram (e ainda dispõe) de algum recurso mineral em abundância ao longo de sua história adotaram a estratégia da criação de diversos tipos de Fundos. Os fundos, em geral, surgiram a partir da constatação de que a grande exploração e produção de petróleo (ou outro recurso) não correspondia a um necessário e conseqüente crescimento e desenvolvimento econômico. Muitos desses países produtores possuíam educação, saúde e saneamento totalmente precários, não obstante a “riqueza do petróleo”.

Talvez o grande motivo seja a já comentada “Doença Holandesa”, uma verdadeira maldição para os grandes exploradores de petróleo. Os fundos aparecem, nesse contexto, como mecanismos de gestão dos recursos provenientes dessa atividade, buscando atenuar os efeitos da Doença Holandesa, gerando desenvolvimento econômico.

Dois Fundos aparecem em destaque no cenário mundial, pelo seu caráter exitoso: o da Noruega e o do Alaska (EUA).

Em 1990, a partir das receitas obtidas com a exportação do petróleo, o parlamento norueguês criou um fundo de reservas, o *Government Petroleum Fund*. Em 2006, o fundo foi renomeado de *Government Pension Fund - Global*. Este compõe, juntamente com o *Government Pension Fund - Norway* (GPF-N), um fundo ainda mais amplo que lhes dá

nome, o *Government Pension Fund* (GPF), cujo objetivo é facilitar a formação de poupança pelo setor público, necessária para, no futuro, fazer frente à rápida expansão dos gastos com seguridade social (pensões e aposentadorias), assim como garantir a gestão de longo prazo das receitas provenientes do petróleo. Os ativos do *Government Pension Fund* chegaram a US\$ 382,2 bilhões em março de 2008.

O *Government Pension Fund Global* tem como objetivos: proteger a política fiscal e monetária de desdobramentos das oscilações do preço do Petróleo, transformar recursos naturais de ativos reais em ativos financeiros, a fim de permitir que as gerações futuras.

Referências

ATHAR, Raimundo Aben. Despesas com pessoal e os royalties do petróleo. A legislação e o efeito no caixa dos municípios do Estado do Rio de Janeiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2539, jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15019/despesas-com-pessoal-e-os-royalties-do-petroleo/2>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Atuação do Brasil na questão do pré-sal. Disponível em: <<http://www.pegengenhariajr.uff.br/noticias/63-atuacao-do-brasil-na-questao-do-pre-sal.html>> Acesso em: 10 fev. 2018.

BECK, Martha. Melhoria do IDH reflete os investimentos sociais dos últimos anos, diz secretário-executivo do MDS. 2011. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/melhoria-do-idh-reflete-os-investimentos-sociais-dos-ultimos-anos-diz-secretario-executivo-do-mds-3215247>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: SENADO FEDERAL. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.shtml>. Acesso em: 5 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: SENADO FEDERAL. Legislação Republicana Brasileira. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_29.03.2012/CON1988.shtml>. Acesso em: 7 jan. 2018

BUCHÉB, José Alberto. **Direito do Petróleo: a Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio; FERREIRA, Renata Marques. **Tutela Jurídica da água, do petróleo e do biocombustível**. 1ª ed. Editora Saraiva, 2009.

JUSTUS, Paulo. Brasil é a sexta maior economia do mundo. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/brasil-a-sexta-maior-economia-do-mundo-4233033>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Finanças Municipais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1979.

MORAES, Alexandre. Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: RT, n. 36, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMOS, Arthur; PIGORINI, Paolo. Pré-Sal: A Produção de Petróleo como Base para um Novo Ciclo de Desenvolvimento. *Booz & Company*, 2009. Disponível em: <http://www.booz.com/media/file/22_PRE_SAL_vf_140509.pdf>. Acesso em: 14 out. 2011.

SANCHEZ, Osvaldo Maldonado. Fundos Federais: origem, evolução e situação atual na Administração Federal. **Revista De Administração Pública**. Rio de Janeiro: FGV, p. 02, jul./ago. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: SBDP, 2006.

TERRA, Lygia; COELHO, Marcos de Amorim. **Geografia Geral - O espaço natural e socioeconômico**. 5ª ed. São Paulo: Moderna, 2005.

VASCONCELOS, Marco Antonio; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DE JÚRI

RAFAEL REIS DELATIM:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil

ELOISA DA SILVA COSTA

(orientadora)

RESUMO: Este artigo vem com a finalidade de Analisar de forma clara as possíveis interferências causadas pela mídia na veiculação de notícias que tragam casos a serem julgados pelo Tribunal do Júri e os fatores de convencimento e de senso de justiça em outros ramos que não sejam aqueles voltados ao Direito. Faz-se ainda uma pequena explanação de alguns julgados do Tribunal do Júri que podem ter sido influenciados pela mídia, considerando o choque de princípios entre a liberdade do indivíduo versus a liberdade de imprensa. O artigo aqui proposto pretende responder, o mais precisamente possível, as questões seguintes, constituintes do problema, quais sejam: Quais são os prós e contras da força midiática? Como assegurar as garantias fundamentais do réu? Como podemos falar em imparcialidade diante de um corpo de jurados influenciados pela mídia? Quais os mecanismos de controle diante de uma sentença desfavorável? Quais os direitos assegurados ao réu? Como assegurar que o réu tenha ampla defesa? Com isso, visa-se contribuir para a maior proporção de conhecimento, para que se reflita sobre o “poder” da mídia sobre esses julgamentos.

Palavras-chave: Mídia, Tribunal do Júri, Justiça, Direito, Réu.

ABSTRACT: This article aims to clearly analyze the possible interference caused by the media in the broadcasting of news that bring cases to be judged by the Jury and the convincing factors and a sense of justice in other areas that are not those aimed at Right. There is also a small explanation of some judgments of the Jury Court that may have been influenced by the media, considering the clash of principles between individual freedom versus press freedom. The article proposed here intends to answer, as precisely as possible, the following questions, which constitute the problem, namely: What are the pros and cons of media force? How to ensure the defendant's fundamental guarantees? How can we talk about impartiality in front of a media-influenced jury? What are the control mechanisms in the face of an unfavorable sentence? What rights are guaranteed to the defendant? How to ensure that the defendant has ample defense? With this, the aim is to contribute to a greater proportion of knowledge, so that the “power” of the media over these judgments is reflected.

Keywords: Media, Jury Court, Justice, Law, Defendant.

SUMARIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. TRIBUNAL DE JURÍ, MÍDIA E SUAS RELAÇÕES. 3. A INFLUÊNCIA NEGATIVA DA MÍDIA. 4. PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA. 5. MÍDIA E LIBERDADE DE IMPRENSA. 6. PSICOLOGIA E OPINIÃO PÚBLICA. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A má influência da mídia na decisão dos jurados é um tema polêmico e relevante para o direito penal, principalmente às partes envolvidas no processo. É simples reconhecer a importância dos meios de comunicação e aceitar que temos dependência direta ou indireta, a exemplo da internet que propaga informações, entretenimento, notícias em tempo real. Sem desprezar a máxima popular “notícia ruim vende mais”, nesse caminho ganancioso e na urgência de publicar em primeira mão, alguns profissionais da área de comunicação acabam sendo inescrupulosos, provocando a curiosidade mórbida da sociedade, e até incitando à violência, logo, acaba sendo inevitável que as partes envolvidas no processo serão atingidas.

Desde o momento em que é publicada a notícia, até a necessidade de ressocialização do condenado/réu, a pesquisa com embasamento doutrinário e constitucional pretende tratar sobre a evolução do Tribunal do Júri, seus princípios constitucionais, procedimentos, passando pelo desenvolvimento e composição do corpo de jurados, delineando um paralelo entre a influência midiática e o veredicto. Vale apontar os caminhos a serem seguidos para a recuperação do ex detento.

No primeiro capítulo analisar-se-á o conflito entre a liberdade de imprensa e o direito a um julgamento imparcial, com base em princípios constitucionais e doutrinários e suas divergências no tocante a esse tema.

No segundo capítulo iremos aprofundar sobre o direito a ampla defesa do réu, como diversas vezes esse direito é ferido por influência midiática, ademais cumprimento de pena do réu também será analisado neste capítulo.

No terceiro capítulo serão relacionados os prejuízos advindos dessa influência midiática no tocante a recuperação e ressocialização desse réu, iremos elencar os diversos danos psicológicos que isso pode causar dificultando a aceitação desses indivíduos em sociedade.

Por fim, serão utilizados todos os dados colhidos para demonstrar a mídia realmente pode influenciar uma decisão no Tribunal do Júri. Ademais, o presente projeto pretende explicar algumas questões formadoras de senso comum e fazer uma pequena explicação de alguns julgados do Tribunal do Júri que podem ter sido influenciados pela

mídia, considerando o choque de princípios entre a liberdade do indivíduo versus a liberdade de imprensa.

2. TRIBUNAL DE JURÍ, MÍDIA E SUAS RELAÇÕES

O Tribunal do Júri, com previsão constitucional no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, inciso XXXVIII), é uma das instituições que mais manifestam o Estado Democrático de Direito com base na soberania popular, tendo em vista a efetiva participação do povo na atividade de um dos poderes estatais, logo, do Poder Judiciário.

O tribunal é composto, em sua maioria, por cidadãos alistados previamente, sorteados e selecionados, que irão decidir sobre a condenação ou não do acusado/réu. A justificativa jurídica se materializa uma vez que estes jurados muitas vezes não possuem conhecimento jurídico e tão pouco a necessária aptidão para as notícias sensacionalistas veiculadas pela mídia das razões factuais de determinado delito.

Diz sobre o assunto Guilherme de Souza Nucci:

[...] na prática, muitos juízes preferem reeditar a lista dos jurados, anos após anos, terminando por estabelecer a figura do jurado profissional. Como já referido, não é o ideal manter alguém muito tempo atuando no júri, sem renovação, uma vez que os vícios e prejulgamentos podem terminar prejudicando a ideal imparcialidade do jurado.

Ademais, a dimensão pública da justiça, portanto, foi e continua sendo objeto de natural interesse dos meios de comunicação de massa, porque é realizada num espaço simbólico onde se evidenciam as contradições da vida dos indivíduos e da sociedade.

Portanto, a mídia que excede ao informar apresenta-se como um poder tirano na formação da opinião pública e impõe-se como proprietária de uma verdade construída, ultrapassando a sua verdadeira função social.

Em nosso dicionário brasileiro, a palavra mídia significa:

Toda estrutura de difusão de informações, notícias, mensagens e entretenimento que estabelece um canal intermediário de comunicação não pessoal, de comunicação de massa, utilizando-se de vários meios, entre eles jornais, revistas, rádio, televisão, cinema, mala direta, outdoors, informativos, telefone, internet etc.

Diante de tais considerações pode-se afirmar que a sociedade é atraída e influenciada pelas informações e acontecimentos que geram maior desconforto com os valores de cada indivíduo, levando em consideração que ao saber de seu grande poder, muitas

vezes a mídia altera partes dos acontecimentos como forma de tentar manipular a sociedade, podendo causar problemas tanto na sociedade em geral como até mesmo dentro do Poder Judiciário.

Afirma a Promotora de Justiça Ana Lúcia Menezes Vieira quanto ao assunto:

A linguagem sensacionalista, caracterizada por ausência de moderação, busca chocar o público, causar impacto, exigindo seu envolvimento emocional. Assim, a imprensa e o meio televisivo de comunicação constroem um modelo informativo que torna difusos os limites do real e do imaginário. Nada do que se vê (imagem televisiva), do que se ouve (rádio) e do que se lê (imprensa jornalística) é indiferente ao consumidor da notícia sensacionalista. As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional.

Por sua vez, a justificativa social para o tema se materializa na existência de um poder/dever do Estado em punir e em sua necessidade de fundamentar tal poder/dever para sociedade.

3. A INFLUÊNCIA NEGATIVA DA MÍDIA

Sendo o Tribunal do Júri competente para julgar crimes dolosos contra a vida, por meio do juiz leigo (corpo de jurados) e pelo juiz togado, é possível observarmos a insegurança jurídica e sensação de impotência do réu.

A influência negativa midiática contamina o filtro do júri diante de um réu que antecipadamente fora "condenado", ou seja, teve a figura demonizada pela mídia. Não podemos descartar os riscos fora dos tribunais. Hoje em dia é comum postarem e compartilharem informações distorcidas que podem vitimizar um inocente por linchamento de populares.

4. PRINCÍPIO DA PLENITUDE DE DEFESA

Em relação ao Tribunal do Júri, aplica-se o princípio da plenitude da defesa. Esta é mais do que a ampla defesa, perante o conselho de sentença, pode-se invocar além de aspectos técnicos questões de ordem moral e religiosa, ou seja, o dito princípio tem objetivo de conscientizar o jurado sobre todos os meios que a defesa possa se utilizar para defesa do acusado (CAPEZ, 2009)

Nesse contexto Nucci (2008) ainda entende que além de ser um princípio da instituição do Tribunal Popular é também uma garantia humana fundamental que protege particularmente os réus. Ao acusado, em geral, assegura-se a ampla defesa significando uma atuação do defensor de maneira vasta, extensa e abundante; porém, não necessariamente completa, integral, perfeita.

Ao realizar a análise de tais princípios, Nucci (1999) conclui que:

Quis o legislador constituinte, além da ampla defesa geral de todos os acusados, assegurar ao acusado do júri mais, ou seja, a defesa plena, levando em conta o fato principalmente o fato de que, diferentemente das decisões judiciais nos processos em geral, a decisão dos jurados não é motivada. Pode o juiz, no seu julgamento, de ofício, admitir em favor do acusado tese não apresentada pela defesa, mas os jurados não podem. Assim, há que se exigir mais do advogado do júri, e, daí a necessidade de que se garanta ao acusado a plenitude da defesa, ou seja, uma defesa completa. Trata-se de garantia especial e que se aplica à fase do plenário.

Ainda segundo Dezem (2017), a plenitude de defesa possui caráter distinto da ampla defesa, o que significa dizer que, a defesa no Tribunal do Júri deve ser mais efetiva, sob pena de nulidade do ato caso o julgador entenda que o Réu não foi devidamente, em outras palavras, amplamente defendido.

5. MÍDIA E LIBERDADE DE IMPRENSA

A mídia nada mais é que, um meio de transmissão de mensagens e informações, ou seja, é um meio de comunicação social tendo como objetivo principal levar tal mensagem ao receptor para que o mesmo passe a ter conhecimento da mesma.

Vale ressaltar que apesar do uso da palavra “liberdade”, deve ser observado também quanto a responsabilidade do indivíduo que está propagando tal informação, pois, a partir do momento em que o homem exerce livremente o seu direito, seja ele de expressão ou qualquer outro, o mesmo deve se responsabilizar sobre os resultados por ele gerado.

Na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 220 a 224, capítulo V, trata-se especificadamente de matérias sobre comunicação social, estando assegurado então a liberdade de imprensa e os direitos a liberdade de expressão, pensamento, informação, comunicação, entre outros.

A liberdade de imprensa trata-se então de uma possibilidade atribuída a mídia de propagação de acontecimentos e notícias de forma livre, sejam eles os pensamentos, ideias e até mesmo suas opiniões para um número indeterminado de pessoas.

Ademais, a imprensa com um pensamento egoísta e pouco empático, tenta atrair de forma apelativa e exagerada os telespectadores com notícias sensacionalistas e o uso de palavras inapropriadas com a utilização ilimitada e irrestrita da liberdade de imprensa, principalmente nos casos resolvidos e que ainda estão sendo analisados pelo Poder Judiciário.

O tribunal do Júri é considerado o maior alvo do sistema jurídico por suas controvérsias e incoerências, sendo uma delas: o julgamento de crimes cometidos contra a vida por pessoas desprovidas de conhecimento jurídico para que não haja qualquer influência. Porém, devido os casos serem os de maiores repercussões acaba havendo um julgamento pela sociedade antes mesmo de irem a júri, influenciando desta forma de maneira direta ou indireta nas decisões.

Victor Gomez Martin ressalta:

[...] a imprensa é responsável por elevar a dimensão das desgraças e da violência, haja vista que ao informar dramatizando notícias negativas, a todo tempo faz com que o destinatário tenha a impressão de que estas ocorrem com mais frequência que antes, visto que anteriormente somente tinha notícias este destinatário. O Marketing do Terror provoca a convivência com a iminência de riscos superiores à existência objetiva destes. Tudo isto causa a vulnerabilidade e se traduz uma pretensão social em se obter uma resposta através do Estado e do Direito Penal.

Sendo assim, cabe ao poder judiciário lutar contra a atuação sensacionalista da mídia para que não chegue ao ponto de influenciar fortemente para com a decisão dos jurados, devendo assim garantir todos os direitos do acusado, não deixando nenhuma outra instituição a não ser o Júri, realizar o julgamento de alguém, seja para condená-lo ou para absolvê-lo.

Enfatiza Fernando Luiz Ximenes Rocha:

O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O

desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário. 40 Tem sido comum os meios de comunicação condenarem antecipadamente seres humanos, num verdadeiro linchamento, em total afronta aos princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, quando não lhes invadem, sem qualquer escrúpulo, a privacidade, ofendendo-lhes aos sagrados direitos à intimidade, à imagem e a honra, assegurados constitucionalmente. Aliás, essa prática odiosa tem ido muito além, pois é corriqueiro presenciarmos, ainda na fase da investigação criminal, quando sequer existe um processo penal instaurado, meros suspeitos a toda sorte de humilhação pelos órgãos de imprensa, notadamente nos programas sensacionalistas da televisão, violando escancaradamente, como registra Aduino Suannes, o constitucionalmente prometido respeito à dignidade da pessoa humana. Não foram poucos os inocentes que se viram destruídos, vítimas desses atentados que provocam efeitos tão devastadores quanto irreversíveis sobre bens jurídicos pessoais atingidos.

A imprensa na busca de lucro, benefícios próprios e audiência, dá preferência para os casos de maior indignação e casos mais graves que causam um enorme interesse no público alvo, gerando desta forma um enorme prejuízo para o Judiciário. Onde seu dever era ajudar, acaba gerando ineficácia aos princípios trazidos em nossa própria Constituição Federal, com ressalva ao direito de intimidade, à honra, presunção de inocência, entre outros.

6. PSICOLOGIA E OPINIÃO PÚBLICA

Atualmente é muito claro que a sociedade está cada dia mais subordinado e dependente da tecnologia onde notícias e informações são obtidas de forma veloz e fácil. Devido a esta gigante evolução tecnológica para buscarmos informações, notícias ou qualquer outro assunto basta apenas um clique, uma pesquisa rápida ou basta apenas ligarmos a televisão, rádio ou qualquer outro meio de informação e lá estará um turbilhão de informações, tendo atualmente a mídia um papel muito destacado que jamais havia tido.

Como já comprovado pela Psicologia, os acontecimentos do cotidiano, as vivências rotineiras contribuem de forma significativa para a formação de cada pessoa, ajudando desta forma na formação de sua personalidade. Devido a tecnologia ter se

tornado algo comum e de acesso a quase toda a população, deve-se levar em consideração que ela também contribui fortemente para a influência psicológica do ser humano quanto a sua opinião e pensamento sobre cada assunto por ele conhecido.

Pierre Bouedieu analisa a questão:

A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população. Ao insistir nas variedades, preenche-se esse tempo raro com vazio, com nada ou quase nada, afastam-se as informações pertinentes que deveria possuir o cidadão para exercer seus direitos democráticos.

O indivíduo está em constante aprendizado e mudança de opinião, e isso ocorre pelos fatos que são ocorridos ao seu redor. O tempo dedicado por cada um em determinados empreendimentos acabam contribuindo para a formação do caráter dele. Desta forma, a formação de cada ser humano se dá em particular, de acordo com o vivido e absorvido por ele.

Logo, pode-se concluir que a mídia afeta e influencia diretamente na formação da opinião do cidadão comum, de acordo com seus costumes e subjetividades exclusivas de cada indivíduo e sendo assim, contribuindo com a influência do sistema social, o que pode ser realizado por meio da opinião pública nos casos onde a opinião da sociedade é o que será analisado, como por exemplo, nos julgamentos pelo tribunal do júri.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os meios de comunicação são muito importantes nos dias de hoje, desenvolvem papel primordial na sociedade, e deve ser assim já que atualmente ela é exercida sem censura, garantindo cada vez mais a democracia.

Ressalta-se que o direito à liberdade de expressão, a qual garante a liberdade de imprensa, deve respeitar a imparcialidade. Sendo assim, compete a imprensa apenas informar o fato, sem tomar partido de um lado ou de outro, respeitando assim a dignidade da pessoa humana e os demais princípios do Tribunal do Júri.

A fim de solucionar tal problema enfrentado pelo Poder Judiciário devem ser tomadas atitudes que regulamentem, que adaptem e que controlem em especial a legislação vigente do Tribunal do Júri, porém, também de todo o nosso ordenamento jurídico, prevalecendo sempre os princípios essenciais como a honra, imagem e intimidade e em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

E para que o sensacionalismo da mídia diminua ou em uma visão otimista se encerre, faz-se necessário a ajuda e o apoio de toda a população conhecida como

consumidora final, os telespectadores, para que todos nós não compartilhem as inverdades e a teatralização dos acontecimentos que é nos passada dia a dia pela imprensa, gerando uma visão unilateral, sem que possamos ter o conhecimento real dos fatos e possamos olhar para o lado do réu. Somente dessa forma, a mídia, abrangendo todos os meios de comunicações possíveis, reverá os seus conceitos e talvez assim realizar mudanças na forma de transmissão de informações, sendo essas claras e integralmente verdadeiras.

Diante do exposto, conclui-se que a mídia deve exercer seu papel com responsabilidade e cautela, controlando as informações repassadas à sociedade; simplesmente informando a população, não ferindo assim direitos fundamentais e, o mais importante, não transformando o fato jurídico em entretenimento; garantindo assim o devido processo legal no tribunal do júri, para que os jurados se convençam pelo que foi exposto em plenário, não se deixando influenciar pela opinião pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 571.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal: tradução de José Antônio Cardinalli. Campinas: Brookseller, 2002.

Código de Processo Penal- Decreto Lei 3689/1941. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10672662/artigo-79-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>>. Acesso em: 27 abr. 2018.

Dicionário Online. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/m%C3%ADdia/>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

ESTEFAM, André. O Novo Júri: Lei n. 11.689/2008. 3.ed. Local: Editora Damásio de Jesus, 2009,p 9.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p.764.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.779.

PORTO, Hermínio Alerto Marques. Júri. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996

VENTURA, Paulo Roberto Leite. O Tribunal do Júri: Indagações, Questões, Jurisprudência. Rio de Janeiro: Editora Lumen, 1990. p. 1.

LEGISLAÇÃO ADJETIVA CRIMINAL: PRINCÍPIOS RECURSAIS

VICTOR FIGUEIREDO SOTERO:

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Guanambi/BA.⁴³

RESUMO: Objetiva o presente artigo expor, em detalhes, os princípios recursais que têm aplicação no âmbito do processo penal, de modo a demonstrar os pontos em que há aproximação com o processo civil e, outrossim, aqueles em que há distanciamento. Para tanto, buscar-se-á, primeiramente, evidenciar a função essencial que a principiologia cumpre em sede recursal, para só então, em um segundo momento, adentrar-se na análise específica de cada recurso.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal. Princípios. Recursos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to expose, in detail, the principles of appeal that are applied in the context of criminal proceedings, in order to demonstrate the points where there is approximation with the civil process and, also, those in which there is distance. To do so, we will seek, first, to highlight the essential function that principiology fulfills in appeals, and only then, in a second moment, to enter into the specific analysis of each.

KEYWORDS: Criminal proceedings. Principles. Appeals.

1 INTRODUÇÃO

Sob os influxos do movimento neoconstitucionalista e a correlata superação (ou, ao menos, releitura) do positivismo jurídico, os princípios passaram a adquirir posição de destaque nos ordenamentos nacionais.

Se antes eram entendidos apenas como ferramentas de interpretação ou, no máximo, como instrumentos de colmatação de lacunas, no pós-positivismo os princípios se tornaram protagonistas do processo de construção da normatividade.

Assim é que o conceito de norma jurídica se transmutou, passando a designar o gênero de que são espécies as regras e os princípios, ambos em igual medida dotados de incontestável força normativa.

43. E-mail: v_sotero@hotmail.com

Quanto a esse fenômeno, eis a lição da doutrina:

Vários juristas vão pôr em relevo a construção de um ordenamento jurídico com base não só em regras, mas também em princípios jurídicos. Essa perspectiva vai ter como objetivo central superar a concepção positivista atrelada a um sistema jurídico fechado, preso a um modelo de regras.

Ao longo da história do direito, os princípios jurídicos percorreram um longo caminho até se desgarrarem totalmente da noção de Direito Natural e alcançarem uma leitura que lhes atribuisse normatividade. Nesse sentido, deixaram de ser vistos como elementos de uma racionalidade especial e atemporal (divina ou universal), para pertencerem ao conceito de norma jurídica, passando essa a ser formada agora por duas espécies distintas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos.⁴⁴

Sob essa perspectiva, a análise da principiologia aplicável à legislação processual penal cresce em relevância, pois os efeitos de sua observância ou não implicam, não raro, na definição do destino a ser dado ao apelo.

É possível, por exemplo, que determinado recurso seja considerado inadmissível em virtude do descumprimento de princípio do processo penal que funciona, ele próprio, como condição de admissibilidade, ou então que, quanto ao mérito, seja a demanda julgada improcedente em razão de princípio que, por guardar conexão com o direito material, leva por necessário à absolvição.

O exame detalhado da principiologia pertinente, inclusive, por vezes se mostra imprescindível à esmerada identificação do recurso cabível e, também, dos efeitos que produzirá em relação à decisão que visa atacar.

Demais disso, no campo da legislação adjetiva penal, o desconhecimento de suas especificidades procedimentais comumente decorre da incompreensão dos princípios que lhe são aplicáveis. O contrário também é verdadeiro: a incompreensão da principiologia própria do processo penal leva, com frequência, ao entendimento ora equivocado, ora incompleto daquilo que o *iter* do CPP tem de específico.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS RECURSOS

⁴⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. JusPODIUM, 2017, p. 230.

Para o correto entendimento dos princípios que lhes são aplicáveis, necessária se faz a conceituação de “recursos”, bem como a definição de sua natureza jurídica.

Quanto ao tema, há extensa divergência doutrinária, sobressaindo-se três posições: a) mera decorrência do direito exercer a ação penal; b) inauguração de nova ação dentro da mesma demanda processual; c) forma de obtenção de reforma de decisões judiciais.

Nesse sentido, transcreva-se o que explica Renato Brasileiro de Lima, *in verbis*:

Quanto à natureza jurídica dos recursos, são encontradas várias correntes doutrinárias:

- a) o recurso funciona como desdobramento do direito de ação que vinha sendo exercido até o momento em que foi proferida a decisão: a nosso ver, o recurso é uma fase do mesmo processo, um desdobramento da mesma ação. Ao ser interposto, o procedimento desenvolve-se em nova etapa da mesma relação processual;
- b) o recurso funciona como nova ação dentro do mesmo processo;
- c) o recurso funciona apenas como um meio destinado a obter a reforma da decisão, não importando se provocado pelas partes ou se determinado ex officio pelo juiz nas hipóteses em que a lei o obriga a adotar esta medida.⁴⁵

3 PRINCÍPIOS RECURSAIS EM ESPÉCIE

3.1 PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

No processo penal, prevalece que vigem dois sistemas quanto ao efeito devolutivo dos recursos, quais sejam, o da proibição da reforma para pior (*non reformatio in pejus*) e o do benefício comum.

Tem-se, na proibição da reforma para pior, a vedação de prolação de decisão que quantitativa ou qualitativamente agrave a situação do recorrente. Trata-se de sistema com aplicação nos casos em que apenas a defesa haja recorrido, quando então o órgão julgador, no mérito, não poderá prejudicá-la. Tão importante é a sua importância para o

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação especial criminal comentada. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1729-1730.

desenvolvimento democrático do processo penal que, com o tempo, passou a ser tratado como princípio específico desse ramo do direito.

Quanto ao benefício comum, consiste na possibilidade de, mesmo na hipótese de apenas o órgão acusatório ter recorrido, o juízo *ad quem* reconhecer, em prejuízo do recorrente e, no entanto, em favor do réu, matérias que não tenham sido objeto de impugnação no apelo.

No benefício comum, portanto, o órgão julgador pode prolatar decisão que favoreça tanto a parte recorrente quanto a parte recorrida, ainda que esta nada tenha objetado quanto à sentença, em evidente relativização *pro reo* da própria extensão (horizontalidade) do efeito devolutivo e da regra do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Apesar de não previsto em dispositivo específico, entende-se que o Código de Processo Penal prevê o princípio da *non reformatio in pejus* em seu art. 617, que, apesar de relativo aos processo e julgamento do recurso em sentido estrito e da apelação, estende-se a todas as demais espécies recursais:

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Em virtude de fixar um efeito inicial e inafastável de recurso exclusivo da defesa – assegurar que, sob o prisma do réu, o conteúdo decisório da sentença representa o máximo de gravame que a ele poderá ser imposto, a doutrina afirma que o *non reformatio in pejus* configura o efeito prodrômico da sentença.

De origem grega (“pródromos”, é dizer, “aquilo que anuncia”), em termos processuais, o efeito em referência leva à fixação inicial e, se apenas a defesa houver recorrido, em regra imutável das consequências que a prática de determinado delito terá para o acusado na eventualidade de, ao final, ser definitivamente condenado.

Quanto ao tema, transcreva-se, abaixo, a explicação doutrinária:

Na *reformatio in pejus* indireta, o “efeito prodrômico” subsiste com base na sentença penal condenatória anulada, haja vista não ter sido impugnada pelo Ministério Público ou pelo querelante de forma específica. Transitando em julgado ponto que se formou em favor do acusado, ele terá o direito de não ver emitida contra si, em um segundo julgamento, uma sentença com conteúdo condenatório mais gravoso que o primeiro, seja em relação ao tipo penal e

circunstâncias acolhidas, seja em razão do quantitativo da pena, que deve ter por limite àquele da sentença anterior.

O direito, não raras vezes, busca termos em outras ciências para melhor explicar seus fenômenos. Uma dessas ciências inspiradoras é a biologia. Também a medicina empresta termos aos juristas. Na medicina, *prodrômico* refere-se a uma fase que precede o desenvolvimento de uma doença ou os sinais e sintomas que antecedem a manifestação clínica característica de uma doença. De tal forma, *prodrômico* indica um antecedente que é determinante para os seus consequentes efeitos ou atos sucessivos. Algo como uma introdução, preâmbulo, que evidencia relação entre antecedente e consequente, entre prótese e apódose.⁴⁶

Em sede jurisprudencial, inicialmente os Tribunais Superiores entendiam que, respeitado o *quantum* da pena, não haveria ofensa ao sistema em questão caso o órgão *ad quem*, por exemplo, reformasse a sentença para fins de condenar o recorrente não mais por furto simples, mas por furto qualificado.

Na atualidade, todavia, prevalece na jurisprudência que a proibição de reforma para a pior deve ser aplicada de modo amplo, envolvendo não só modificações quantitativas, mas também qualitativas.

Nesse sentido, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Apelação exclusiva da defesa. Dosimetria da pena. Configuração de *reformatio in pejus*, nos termos do art. 617, CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de *reformatio in pejus*. Exame qualitativo. 3. O aumento da pena-base mediante reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença monocrática gera *reformatio in pejus*, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP. 4. Recurso provido para que seja refeita a dosimetria da pena em segunda instância.⁴⁷

46 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. - 14. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, pg. 1027-1028.

47 STF - RHC 126763, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

Nessa linha, igualmente, o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INCONSISTÊNCIA DO FUNDAMENTO DECLINADO NA SENTENÇA PARA O SEU AFASTAMENTO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA MOTIVAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. REFORMATIO IN PEJUS VEDADA. AGRAVO PROVIDO. RECURSO ESPECIAL MINISTERIAL DESPROVIDO. 1. Na sentença condenatória, o magistrado singular deixou de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 apenas em razão dos maus antecedentes da agravante. 2. O tribunal de origem, por sua vez, constatando que as anotações constantes na folha de antecedentes criminais não seriam idôneas para negativar tal circunstância, não só operou a diminuição da pena-base, mas, desconstituindo o único fundamento invocado para o afastamento da minorante, aplicou a redução do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a despeito da condenação pela prática do delito de associação para o tráfico. 3. Sob o ponto de vista qualitativo, diante da inércia do órgão ministerial no tocante à fundamentação da negativa de aplicação da causa de diminuição de pena declinada na sentença condenatória, a substituição do fundamento inconsistente por outro idôneo em recurso exclusivo da defesa, seja pelo tribunal de origem, seja por esta corte superior de justiça, implica a configuração da repudiada reformatio in pejus. Precedentes do STF. 4. Agravo regimental provido para reformar a decisão agravada, negando-se provimento ao Recurso Especial interposto pelo ministério público do estado de minas gerais.⁴⁸

Nessa linha de argumentação, faz-se mister destacar que se fala também no princípio da vedação da reforma para pior indireta (*non reformatio in pejus* indireta), segundo a qual em eventual revisão criminal, ação autônoma que apenas pode ser manejada em benefício do réu, a anulação do decreto condenatório anterior não autoriza que o juízo *a quo* a quem competir julgar o caso possa, na nova decisão, piorar a situação do réu.

É dizer: mesmo com o reconhecimento da nulidade da condenação primeira, essa condenação, ainda que nula, produz o efeito (prodrômico) de obstar que aquele que

⁴⁸ STJ - AgRg-REsp 1.382.376; Proc. 2013/0158315-6; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 30/03/2016.

ingressou com a revisão criminal possa se ver prejudicado pelo uso de ação destinada, em essência, à tutela dos interesses do acusado.

Tamanha é a relevância que doutrina e jurisprudência pátrias emprestam a tal princípio que mesmo em casos de nulidade absoluta, matéria que pode ser reconhecida inclusive *ex officio*, a posição prevalente é no sentido da impossibilidade de prolação de decisão quantitativa ou qualitativamente pior à anterior, em que pese eivada de nulidade.

Tem-se, aí, o peculiar caso em que, em benefício do acusado, a legislação permite que sentença absolutamente nula continue a produzir efeitos no mundo jurídico.

Há respeitável corrente doutrinária, todavia, que advoga que essa posição representa flagrante violação constitucional.

Para essa corrente, minoritária, não se pode admitir que disposição constante apenas da legislação infraconstitucional (art. 617 do CPP) e que, frise-se, em termos literais sequer se aplicaria a todo e qualquer recurso, prevaleça sobre o princípio do juiz natural, por exemplo, que possui previsão expressa no art. 5º, XXXVII, da CF/88.

Afinal, a inobservância de normas de competência quanto à matéria, por exemplo, é tema relativo ao princípio do juiz natural e, consoante pacificamente se entende, matéria cujos preceitos, caso inobservados, levam à nulidade absoluta do feito.

Estar-se-ia, assim, a admitir o desenvolvimento de interpretação da Constituição à luz da legislação infraconstitucional, em ofensa à logicidade hermenêutica basilar⁴⁹.

Em que pese a força de tais argumentos, deve ser reforçado que majoritariamente e sem maiores embargos, com base na ideia de que na persecução criminal se devem buscar interpretações em *favor libertatis*, o réu não pode ser prejudicado pelo manejo de instrumento processual por ele utilizado de modo exclusivo.

Trata-se de princípio que, inclusive, aumenta a responsabilidade do órgão acusatório, que deve atuar sempre de modo a zelar que, durante a persecução criminal, toda e qualquer matéria potencialmente passível de recurso seja objeto, de modo tempestivo, da impugnação correspondente.

De igual sorte, o princípio da *non reformatio in pejus*, seja direta ou indireta, impede que o órgão julgador possa, sem anterior manifestação da defesa ou pleito recursal da acusação, promover a correção de erros materiais. Trata-se de matéria que, tal como as

49 Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 499.

nulidades absolutas, podem ser reconhecidas de ofício e que, todavia, também da mesma forma como ocorre com as nulidades absolutas, não podem fundamentar eventual reforma para a pior.

Ademais, mesmo no âmbito do Tribunal do Júri, em que tem aplicação o princípio constitucional da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, "c", da CF/88), o princípio em comento tem prevalência.

Forte na ideia de que a soberania dos veredictos, não obstante concretizadora do direito fundamental de participação popular no julgamento de crimes dolosos contra a vida, possui natureza relativa (assim como os demais direitos dotados de fundamentalidade), de modo majoritário se entende que, uma vez anulada em virtude de recurso exclusivo da acusação anterior decisão prolatada pelo Júri, a sentença que lhe sobrevinha não pode agravar a situação do recorrente.

Isto porque a soberania dos veredictos é princípio cuja gênese remonta à garantia do direito do acusado pela prática de crimes de especial gravidade de ser julgado por outros cidadãos, seus pares, em reforço do caráter democrático dessa forma de julgamento.

Trata-se da firme posição jurisprudencial:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. CONFIGURAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. TRIBUNAL DO JÚRI. CONDENAÇÃO POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E LESÕES CORPORAIS. NOVA PRONÚNCIA. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. AUSÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. CARACTERIZADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO PACIENTE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A soberania relativa do veredicto do conselho de sentença não enseja o agravamento da pena com base em novo julgamento pelo tribunal do júri em consequência de recurso exclusivo da defesa. 2. O Supremo Tribunal Federal tem admitido o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva derivada de contagem de prazo adstrito a pena fixada em condenação posteriormente anulada quando questionada exclusivamente por recurso da defesa. 3. A Constituição da República impõe a necessária motivação de decisão judicial, principalmente em providência restritiva de direito, não se admitindo exceção à observância desse dever. 4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reconhecer a extinção da

punibilidade do paciente e determinar o trancamento da ação penal.⁵⁰

3.2 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Tendo em vista o próprio conceito de recurso e sua natureza jurídica, apenas se admite a interposição daquele que tenha expressa previsão em lei editada por ente com competência para tanto – no caso, a União, *ex vi* do art. 22, I, da Constituição Federal.

Diz-se, assim, que os recursos se submetem ao princípio da taxatividade, de modo que é vedado às partes ou mesmo ao magistrado, de modo casuístico, promover a criação de instrumento recursal não previsto na legislação de regência.

É o princípio da taxatividade, inclusive, que fundamenta a forte divergência existente no que toca à existência, ou não, da correição parcial.

Isto porque, em que pese tratada pela doutrina enquanto espécie de recurso voltado ao ataque de atos tumultuários do processo, nas ações de competência da justiça estadual a correição parcial não encontra previsão em qualquer diploma normativo, sendo por vezes utilizada com base em disposição das leis de organização judiciária de cada Estado ou, então, em aplicação extensiva da Lei 5.010/66, que, todavia, é voltada apenas às lides da Justiça Federal em primeira instância.

Importante destacar, ademais, que a taxatividade recursal não impede o uso da interpretação extensiva ou mesmo da aplicação analógica de outros dispositivos legais, a exemplo do que comumente ocorre com o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581 do CPP, com fundamento no que autoriza o art. 3º do mesmo Códex.

3.3 PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE

Assim prevê o art. 593, §4º, do Código de Processo Penal:

§ 4º Quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.

Do dispositivo supratranscrito se extrai, com clareza, o princípio da unirrecorribilidade, segundo o qual contra as decisões judiciais caberá a interposição de

⁵⁰ STF - HC 165376, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25-06-2019 PUBLIC 26-06-2019.

apenas e tão somente um recurso, ainda que haja, em seu conteúdo, matérias impugnáveis por diferentes espécies recursais.

Trata-se de princípio que visa assegurar o regular curso do *iter* processual, de modo a reduzir a possibilidade de tramitação concomitante de recursos submetidos a ritos procedimentais distintos. Busca-se, assim, evitar o tumulto do processo.

Registre-se, por imperioso, que a unirrecorribilidade não significa que o impedimento de utilização de um único recurso para combater duas decisões judiciais distintas. Embora não se trate de prática comum, inexistente qualquer vedação no ordenamento quanto ao tema, sendo inclusive medida que, atendidos os pressupostos recursais objetivos e subjetivos, favorece a celeridade e a efetividade processuais.

Demais disso, em casos de sucumbência recíproca, além do recurso adesivo (que, em verdade, funciona como meio/técnica de interposição e não propriamente como um recurso específico, ante a taxatividade), entende-se que não há de se falar em violação à unirrecorribilidade.

Isto porque, sendo ambas as partes reciprocamente sucumbentes em relação ao quanto decidido em uma mesma decisão judicial, faculta-se às duas, obviamente de modo separado, a utilização da mesma espécie recursal para atacá-la. Por possuírem os recursos igual natureza jurídica, não há de se falar em violação à unirrecorribilidade, pois somente caberá o manejo do apelo expressamente previsto na legislação para combater, em específico, aquele *decisum*.

3.4 PRINCÍPIO DA VOLUNTARIEDADE

Também extraível do conceito exposto no tópico primeiro, o princípio da voluntariedade corresponde à necessidade de a parte, de forma livre, fazer uso da opção de interpor o recurso que se entenda cabível ao caso. É ínsito a todo e qualquer recurso que a decisão de recorrer seja expressão de manifestação da vontade da parte ou de seu procurador, sendo vedado ao Estado, enquanto responsável pelo exercício da jurisdição, a intervenção no *animus* dos potenciais recorrentes no particular.

Tanto é assim que o chamado recurso de ofício não se encaixa, em termos técnicos, no conceito de recurso, funcionando em verdade como condição de eficácia de certas decisões judiciais. Eis, aí, a *ratio* do entendimento sumular n. 160 do Supremo Tribunal Federal:

É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.

Deve ser destacado, ademais, que a voluntariedade funciona como reforço do princípio dispositivo, assegurando que o Estado-juiz não decida além do que as partes, no uso de suas faculdades processuais, pleiteiem junto ao Poder Judiciário.

É essa noção de dispositividade, lado outro, que deixa evidente que a interposição ou não de recursos é, em essência, claro ônus das partes sucumbentes, que, optando por não o exercer, devem se submeter aos efeitos correspondentes.

Ao não recorrer de sentença que condenou o réu sem a qualificadora requerida na peça de ingresso, o Ministério Público, por exemplo, assume o ônus de, em virtude do *non reformatio in pejus*, ver obstada toda e qualquer hipótese de agravar a situação do acusado.

De igual forma, ao optar por não recorrer contra sentença que tenha imposto condenação com base em argumentos frágeis, o condenado opta por não levar ao conhecimento do órgão julgador argumentos outros capazes, por si sós, de alterar o resultado do julgamento, assumindo o risco de manutenção do *decisum*.

Vê-se, assim, que há manifesto diálogo entre os princípios recursais, com possibilidade de os efeitos de um, como o princípio da proibição de reforma para a pior, guardarem relação com as consequências de outro, a exemplo da voluntariedade.

3.5 PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE

Após o regular exercício da ampla defesa, com a correspondente apresentação da peça defensiva e, assim, a instauração da controvérsia, deve o magistrado se debruçar sobre as alegações das partes e, igualmente, o acervo probatório dos autos para fins de prolatar a decisão pertinente.

Assim é que, com base no princípio da consubstanciação e na prova produzida nos autos, o quanto decidido pelo julgador é delimitado pelos fatos narrados pela acusação e pela manifestação da defesa em relação a eles.

Com a prolação do *decisum*, deve-se examinar a eventual ocorrência de sucumbência para, então, definir se os pressupostos subjetivos de admissibilidade (interesse e legitimidade) estão presentes, pois à parte que não é sucumbente, por óbvio, não é facultada a possibilidade de recorrer.

Nessa ordem de ideias é que exsurge o princípio da dialeticidade, segundo o qual os argumentos de fato e de direito do recurso devem guardar pertinência dialética com o quanto decidido pelo órgão julgador.

É dizer, as alegações do recorrente, expostas com vista a levar o órgão *ad quem* a reformar, invalidar ou complementar a decisão de piso, necessariamente precisam rebater, de modo específico, aquilo que constou na *ratio decidendi* da sentença, pois, do contrário, o apelo sequer será conhecido.

Discute-se, em sede doutrinária e jurisprudencial, se o recurso que se limita a repetir a literalidade do texto da defesa preliminar ou mesmo das alegações finais anteriormente apresentadas observa, ou não, o princípio da dialeticidade.

Apesar de não sem críticas da doutrina, a jurisprudência trilha no sentido da possibilidade da mera reprodução na apelação, por exemplo, do conteúdo das peças de defesa que lhe precederam, o que é admitido com fundamento nos direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição.

Nesse sentido:

(...) a reprodução, na apelação, dos argumentos contidos na petição inicial não impede, por si só, o conhecimento do recurso, mormente quando da fundamentação se extraia irresignação da parte com a sentença prolatada (...)51

(STJ - AgRg no AREsp 207336 SP 2012/0152659-4)

Em que pese o recorrente ter se limitado a reproduzir o conteúdo dos argumentos deduzidos em sede de Réplica, os motivos de fato e de direito encontram-se evidenciados nas razões de recurso, de modo que não se verifica a violação ao Princípio da Dialeticidade Recursal."

(TJDFT - Acórdão 1111624, maioria, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 21/6/2018)

Trata-se de posição, todavia, que se limita aos recursos de natureza ordinária, uma vez que, para o Tribunal da Cidadania e para o STF, não se admite que no recurso especial ou no recurso extraordinário o recorrente adote semelhante proceder:

O simples repisar de alegações recursais, sem apresentação de tese jurídica capaz de infirmar a decisão agravada, viola o princípio da dialeticidade e o disposto no § 1º do art. 1.021 do CPC/2015, torna o

51 STJ - AgInt no REsp 1623353/RS.

recurso inadmissível e atrai a incidência da multa prevista no § 4º do mesmo artigo.

"O princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente o ônus de evidenciar os motivos de fato e de direito suficientes à reforma da decisão objurgada, trazendo à baila argumentações capazes de infirmar todos os fundamentos do decisum que se pretende modificar, sob pena de vê-lo mantido por seus próprios fundamentos, a teor do que dispõem as Súmulas 284 e 287 do STF."52

Tendo em vista possuírem requisitos de admissibilidade específicos, bem como que a cognição que é exercida em seus julgamentos é restrita, limitando-se à verificação de questões de direito e não de fato, tanto no "Resp" quanto no "RE" é imprescindível que os recorrentes indiquem os pontos do acórdão recorrido sobre os quais recaem suas irresignações.

4 CONCLUSÃO

Face ao exposto, resta claro que no processo penal se aplicam princípios específicos e, ainda, que aqueles que também têm incidência no processo civil sofrem, no *iter* da legislação adjetiva criminal, manifesta releitura, de modo a se adequarem às especificidades do CPP.

A compreensão da principiologia do processo penal no que toca aos recursos criminais é, pois, tema de importância evidente, uma vez que possibilita a identificação do que foi objeto de sucumbência e, por conseguinte, daquilo que pode ou não ser levado ao conhecimento do órgão julgador em sede recursal.

Diferentemente do processo civil, onde em regra os interesses em litígio são de natureza eminentemente disponível, no processo penal o bem jurídico em cotejo é sempre, ao final, o direito à liberdade individual, que, forte nas premissas da Constituição, é dotado de máxima fundamentalidade.

A principiologia recursal do CPP tem como base a proteção do *status libertatis* do indivíduo, ao qual deve ser assegurada a regularidade do andamento de processo voltado a aplicar a legislação substantiva em marcos estritamente democráticos, tudo com vista a garantir a força normativa dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

52 STF - RMS 30842 AgR/DF.

AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado – 7ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05/01/2022, 09:20:37.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1111624, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 21/6/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1623353/RS.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 207336 SP 2012/0152659-4.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg-REsp 1.382.376; Proc. 2013/0158315-6; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; DJE 30/03/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 165376, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138 DIVULG 25-06-2019 PUBLIC 26-06-2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 126763, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. JusPOOIVM, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação especial criminal comentada. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2020.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. - 14. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TRÁFICO DE CRIANÇAS

MICHELE FERREIRA COSTA MARTINS:

Acadêmica do curso de Direito na
Universidade de Gurupi - UNIRG.
Gurupi/TO⁵³.

JORGE BARROS⁵⁴

(orientador)

RESUMO: O crime de tráfico de pessoas é considerado como uma grave violação de direitos humanos, ocorrendo no mundo todo. Dentre as vítimas encontra-se as crianças, que tem se tornado as principais vítimas desse crime. No Brasil, essa temática também vem gerando forte impacto nos meios sociais e jurídicos, principalmente depois de que o país ratificou em 2004, do Protocolo de Palermo, principal instrumento internacional sobre o tema. Desse modo, o objetivo desse estudo foi realizar um estudo de revisão de literatura a respeito do tráfico de crianças analisando detalhadamente os artigos que criminalizam tal ação. Para melhor embasamento desses estudos, o trabalho se utiliza de metodologias analíticas e com fundamentação teórica baseada em referências bibliográficas, com a releitura de obras de importantes doutrinadores jurídicos, além de pesquisas feitas pela internet de artigos e reportagens virtuais e também de jurisprudências. Nos resultados, ficou claro constatar que devido ao constante crescimento do tráfico de crianças, é necessário a instituição de normas e fiscalização mais rígidas, a fim de sanar essa prática. As atuais normas penais, ainda que busquem a penalização dos seus agentes, precisam de maior efetividade e rigor para que se façam cumprir as normas.

Palavras-chave: Crianças. Tráfico. Legislação brasileira. Penalização.

ABSTRACT: The crime of trafficking in persons is considered a serious violation of human rights, occurring all over the world. Among the victims are children, who have become the main victims of this crime. In Brazil, this issue has also had a strong impact on social and legal circles, especially after the country ratified the Palermo Protocol in 2004, the main international instrument on the subject. Thus, the objective of this study was to carry out a literature review study on child trafficking, analyzing in detail the articles that criminalize such action. For a better foundation of these studies, the work uses analytical methodologies and with theoretical foundations based on bibliographic references, with the re-reading of works by important legal scholars, in addition to research made on the internet of articles and virtual reports and also of jurisprudence. In the results, it was clear

⁵³ E-mail: fcostamichele@gmail.com.

⁵⁴ Advogado e docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG E-mail: @hotmail.com.

that due to the constant growth of child trafficking, it is necessary to establish stricter rules and supervision in order to remedy this practice. The current penal norms, although they seek to penalize their agents, need greater effectiveness and rigor in order to enforce the norms.

Keywords: Children. Traffic. Brazilian legislation. Penalty.

Sumário: 1. Introdução. 2. Tráfico de pessoas: aspectos gerais. 2.1 O crime de tráfico de pessoas no Brasil: legislação. 2.2 A Lei nº 13.444/2016. 3. O tráfico de crianças. 4. Efeitos jurídicos do Tráfico de Crianças. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O tráfico de drogas e de armas estão entre os crimes mais cometidos pela sociedade global nas últimas décadas. Dentre esses, há ainda o tráfico humano. Esse último é representado no geral, por mulheres que são exploradas sexualmente e escravizadas. Para além delas, há também o tráfico de crianças, que tem tido índices de crescimento alarmante nos últimos anos.

De acordo com o Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas, lançado em Viena, apontou que houve um aumento na proporção de crianças traficadas no mundo, onde cerca de 50 mil vítimas foram detectadas e denunciadas em 148 países em 2018 (MORAES, 2019).

Vários são o destino das crianças traficadas. Algumas são destinadas para trabalhos escravos, outras para exploração sexual ou ainda para terem seus órgãos removidos. Do mesmo modo, o *modus operandi* também é diversificado, indo desde o sequestro até a adoção ilegal e partos clandestinos.

O que fica claro é que o tráfico de crianças é um crime que afeta não apenas às vítimas, mas também a toda uma sociedade. Por essa razão, é preciso que o Direito, enquanto ciência social, não se ausente nesse problema. Para isso, é importante mencionar a Lei nº 13.344/2016 que traz orientações e estratégias a serem desenvolvidas para enfrentar o tráfico de crianças (e também de adolescentes) em território nacional e internacional.

Frente a esse cenário, surgem alguns apontamentos que devem ser levados em consideração, tais como: qual a finalidade do tráfico de crianças? e; qual a penalização para aqueles agentes envolvidos no tráfico de crianças na legislação brasileira?

Com base nestes questionamentos, este estudo tem como objetivo central discorrer sobre o tráfico de crianças, apresentando a sua conceituação, normatização e efeitos

jurídicos e sociais. Para isso, esta pesquisa buscará subsídios dentro do direito penal, ou seja, irá apresentar a atual penalização dos agentes causadores do crime em comento.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

Esta pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de março e abril de 2022.

2. TRÁFICO DE PESSOAS: ASPECTOS GERAIS

Antes de adentrar no tema específico desse estudo é preciso discorrer antes, a respeito do tráfico de pessoas, para em seguida apresentar a sua discussão relacionada às crianças.

Historicamente, o tráfico de pessoas possui raízes na escravidão. Como relata Maciel (2015, p. 01) “da antiguidade se têm relatos do tráfico para comercialização de pessoas, com fins de trabalho escravo, para atuar na construção de cidades e na realização de serviços domésticos, dentre outras atividades”.

E complementa:

Durante os séculos das grandes navegações e das colonizações, o trabalho escravo se tornou fundamental, pois os navios europeus aportavam em terras e conquistavam novos espaços. Faziam isso visando lucro alto e rápido ao menor custo, o que só era possível pela utilização do trabalho escravo de povos africanos que eram capturados em suas terras e comercializados em países da Europa ou em suas colônias (MACIEL, 2015, p. 01).

Devido à escravidão, o tráfico de pessoas começou a se expandir, uma vez que os escravos eram transportados de um lugar, ou mesmo de um país para outro, como mercadorias. Assim, essa movimentação de escravos foi a primeira ação a se constituir como tráfico de pessoas.

No entanto, foi com a exploração sexual que o tráfico de pessoas começou a chamar a atenção. De acordo com Gabriel (2018, p. 01) “se a exploração sexual constitui a principal matriz para o tráfico de pessoas, a face desta exploração é feminina. Ou seja, é a mulher adulta o principal alvo deste crime”.

Desse modo, o tráfico de pessoas para cunho sexual tem na figura feminina o seu principal alicerce. É a mulher quem mais sofreu com o tráfico de pessoas. E isso há séculos atrás, conforme se cita:

Em meados do século XIX, rejeições ao tráfico de pessoas negras africanas para práticas escravistas tomaram fôlego. Junto a essa urgência, não mais humanitária que econômica, agregou-se a preocupação com o tráfico de mulheres brancas para prostituição. Apesar de podermos estabelecer relações entre tais fenômenos, é preciso ficar claro que são acontecimentos distintos, pois são movidos por preocupações diversas. A elaboração da categoria tráfico de mulheres brancas, além de trazer consigo um racismo latente, se fez com base no empenho em proteger o ideal de pureza feminina. Inventou-se a prostituição num tempo marcado por teorias eugenistas e evolucionistas. No século XIX, marco da constituição de uma ciência sexual, a prostituição foi tratada como objeto do saber médico, entendida como doença, como desvio social. As prostitutas foram muradas fora das cidades, consideradas um empecilho à civilização e à moralidade. Naquela época, já se falava de prostituição atravessando fronteiras nacionais (VENSON; PEDRO, 2017, p. 04).

Como aduz Maciel (2015, p. 01) “a exploração de mulheres nos negócios do sexo não era uma atividade nova pelos anos de 1900, mas havia adquirido uma nova caracterização à medida que o capitalismo e a expansão europeia haviam redesenhado o mundo e a vida urbana”.

A mulher, transformada em simples mercadoria, transformou-se em um dos produtos que a Europa exportou para outros continentes, em um novo tráfico de escravos – o das brancas – tal qual ele ficou consagrado nas conferências e convenções internacionais na época realizadas (MACIEL, 2015).

Conceitualmente, o tráfico de pessoas pode ser entendido como “ato de comercializar, escravizar, explorar, privar vidas, ou seja, é uma forma de violação dos direitos humanos” (FRANCISCO, 2016, p. 01).

Ainda dentro dos dados históricos, o conceito de tráfico de pessoas sofreu algumas mudanças ao longo das décadas no Brasil, mas majoritariamente ligado à prostituição, ao qual será analisado no tópico seguinte.

2.1 O CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL: LEGISLAÇÃO

A Lei 2.942 de 1915 que alterou a redação dos artigos 277 e 278 do Código Penal de 1890 foi a primeira norma que trouxe uma espécie de definição de tráfico, em seu artigo 278, em jogo com o artigo 277. Este previa como crime “induzir alguém, por meio de engano, violência, ameaça, abusos de poder, ou qualquer outro meio de coação a satisfazer os desejos desonestos ou paixões lascivas de outrem. Excitar, fornecer, ou facilitar a prostituição de outrem” (BRASIL, 1915 *apud* VENSON; PEDRO, 2017, p. 08).

Com a entrada em vigor do novo Código Penal de 1940, pela primeira vez o tráfico ganhou um artigo específico, localizado no título VI que tratava dos “Crimes contra os costumes”, e estava composto por seis capítulos: “dos crimes contra a liberdade sexual; sedução e corrupção de menores; do rapto; disposições gerais; do lenocínio e do tráfico de mulheres; do ultraje público ao pudor”.

Todavia, foi pelo Protocolo de Palermo (acolhido pelo Brasil) que se definiu de fato o tráfico de pessoas. Tal protocolo, que fora negociado durante uma assembléia geral da ONU em 2000, que objetivava em discutir formas de combater o crime organizado transnacional. Foram deliberados três tratados adicionais específicos: um sobre tráfico de pessoas, especialmente mulheres e crianças; outro sobre contrabando de pessoas, para lidar com pessoas que atravessam fronteiras nacionais sem documentação; e outro sobre tráfico de armas e munição.

Por esse Protocolo, o tráfico humano (ou de pessoas) pode ser entendido como:

[...] o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração (BRASIL, 2000 *apud* FRANCISCO, 2016, p. 01).

Por exploração entende-se “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, escravaturas ou práticas similares à escravidão, a servidão ou a remoção de órgãos” (VENSON; PEDRO, 2017, p. 11).

Por fim, em âmbito brasileiro, surgiu em 2009 a Lei nº 12.015, que trouxe significativas mudanças em relação ao presente tema. Em seu texto, mais especificamente no artigo 231 e 231-A, passou-se a tratar de tráfico interno e internacional de pessoa – no singular – para fim de exploração sexual, bastando uma única vítima (ou mesmo nenhuma, nos casos de tentativa) para que se possa operacionalizar o conceito (GABRIEL, 2015).

Atualmente, existe no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.444 de 06 de outubro de 2016 que trata sobre a prevenção e repressão do tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. A respeito dessa lei, apresente-se no tópico seguinte.

3.1 A LEI Nº 13.444/2016

Conforme citado anteriormente, a Lei nº 12.015/2009 trouxe em seu texto os arts. 231 e 231-A, que tratam, entre outras coisas, do tráfico de pessoas. Assim, estes artigos trazem o seguinte texto:

Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – A vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – A vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – Há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

(BRASIL, 2009)

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – A vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II – A vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III – se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV – Há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

(BRASIL, 2009)

No entanto, esses artigos supracitados foram revogados pela Lei nº 13.444/2016 que em seu art. 149-A traz o seguinte texto:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

(BRASIL, 2016)

Essa mudança fora necessária, pois com a nova lei trouxe para essa temática uma mais rigidez sobre o tráfico internacional de pessoas. Por exemplo, antes do advento da Lei nº 13.344/2016, contava com duas figuras incriminadoras cujas condutas limitavam-se a reprimir o tráfico nacional e internacional de pessoas tão somente com a finalidade de exploração sexual.

Sobre esse tema, cabe citar:

O tráfico de pessoas já estava localizado nos arts. 231 e 231-A, ambos do CP, restrito à finalidade de exploração sexual. Lendo – e relendo – os documentos internacionais assinados pelo Brasil, percebe-se que a proteção era insuficiente, pois o comércio de pessoas tem um espectro bem maior, abrangendo outros tipos de exploração, que não a sexual (CUNHA; PINTO, 2017, p. 25).

Buscando adaptar o Código Penal Brasileiro à legislação internacional, a nova lei introduziu um novo tipo penal, mais amplo, previsto no artigo 149-A (citado anteriormente) do Código Penal, presente no Título I – dos crimes contra a pessoa – Capítulo IV – dos crimes contra a liberdade individual –, tendo como foco não apenas a exploração sexual, mas, incluindo a remoção de órgãos, trabalho em condições análogas à de escravo, servidão e adoção (PUREZA, 2017).

Soma-se a essas mudanças, o período de pena. Se nas normas anteriores, o crime de tráfico de pessoas interno (nacional), previsto no revogado art. 231-A do Código Penal, tinha pena de reclusão, de dois a seis anos e no crime de tráfico de pessoas externo (internacional), previsto no revogado art. 231 do Código Penal, contava com pena de reclusão, de três a oito anos, no texto atual a pena do crime de tráfico de pessoas quando praticado dentro do território nacional passou a ser de reclusão, de quatro a oito anos, e multa, mantendo o afastamento de aplicação de quaisquer dos benefícios da Lei nº 9.099/95 (PUREZA, 2017).

No que tange ao tráfico de pessoas transnacional (entrada ou saída do território nacional), "ao invés de figura criminosa autônoma, o legislador fez constar causa de aumento de pena" (PUREZA, 2017, p. 01). Para melhor entendimento desse crime, apresenta-se abaixo o que o caracteriza:

IMAGEM 1 - ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO TRÁFICO DE PESSOAS

AÇÃO

Recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas.

*O consentimento da vítima é irrelevante.

MEIO

Ameaça, uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade, entrega ou aceitação de pagamento ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra.

*Em caso de criança e adolescente, o meio é elemento desnecessário.

FINALIDADE

- Exploração sexual
- Trabalho ou serviços forçados
- Escravatura ou práticas similares a escravatura
- Servidão
- Remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo
- Outras formas de exploração

Fonte: Ministério da Cidadania (2020)

Para melhor entendimento do novo texto penal, serão abordados os elementos jurídicos do tráfico de pessoas, tais como: o bem jurídico tutelado e objeto material, os sujeitos do crime, o tipo objetivo e subjetivo, a consumação e tentativa, a classificação doutrinária e a ação penal.

Devido à mudança do crime ao Título I – dos crimes contra a pessoal – Capítulo IV – dos crimes contra a liberdade individual, o principal **bem jurídico protegido** agora é a liberdade individual (PUREZA, 2017).

O **objeto material** do delito “é a pessoa (sexo masculino ou feminino) que tem promovido ou facilitado a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual” (AGUIAR, 2013, p. 01).

Em relação aos **sujeitos do crime**, cabe destacar:

O tráfico de pessoas é crime comum, assim, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (homem ou mulher). Sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, bem como a coletividade. O consentimento do ofendido é irrelevante para a configuração do delito em estudo, pois o bem jurídico protegido é indisponível e ligado à coletividade em geral – Decreto 5.017/2004, art. 3º, alínea *b* (MAGGIO, 2016, p. 01).

No que se refere aos **tipos objetivo e subjetivo**, admite-se duas modalidades em seu núcleo do tipo, que são:

a) *Promover* a entrada no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro ou o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual;

b) *Facilitar* a entrada no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro ou o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual.

(AGUIAR, 2018, p. 01).

O tipo subjetivo se caracteriza pelo dolo, consistente na vontade dirigida à prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Como explica Maggio (2016), exige-se ainda, o elemento subjetivo específico (finalidade específica), consubstanciado na expressão “com a finalidade de: (1) - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; (2) - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; (3) - submetê-la a qualquer tipo de servidão; (4) - adoção ilegal; ou (5) - exploração sexual”. O tipo penal não admite a modalidade culposa.

Dando prosseguimento, tem-se a consumação e tentativa. Na consumação há divergência doutrinária, onde uma corrente defende a natureza de crime formal e outra corrente defende a natureza de crime material. Na primeira corrente, há o entendimento de que “sua consumação ocorreria tão somente com o ingresso de pessoa estrangeira em território nacional, bem como a saída” (AGUIAR, 2018, p. 01).

Para Maggio (2016, p. 01) “o tráfico de pessoas é crime formal (ou de consumação antecipada), cuja consumação não depende do resultado naturalístico, consistente na efetiva remoção de órgãos da vítima ou qualquer outro resultado decorrente das finalidades previstas no tipo penal.”

Por outro lado, há quem defenda a natureza de crime material. Aqui, entende-se que ao narrar o comportamento proibido a lei penal utiliza as expressões: “Venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, e irá exercê-la no estrangeiro, pressupondo a necessidade do efetivo exercício da prostituição ou outra exploração sexual para que se reconheça a consumação do delito”. Portanto, trata-se de crime material e não formal.

Na tentativa, “é possível por se tratar de crime plurissubsistente (costuma se realizar por meio de vários atos), permitindo o fracionamento do *iter criminis*” (MAGGIO, 2016, p. 01).

Em relação à classificação doutrinária, apresenta-se o seguinte resumo:

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 “agenciar”, “aliciar”, “recrutar”, “transportar”, “transferir”, “comprar”, “alojar” e “acolher” 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: grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso,

Formal: se consuma sem a produção do resultado naturalístico, consistente na efetiva remoção de órgãos da vítima ou qualquer outro resultado decorrente das finalidades prevista no tipo penal;

Instantâneo: uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga;

Monossubjetivo: pode ser praticado por um único agente;

Doloso: não há previsão de modalidade culposa;

Transeunte: praticado de forma que não deixa vestígios, não havendo necessidade, em regra, de prova pericial.

(MAGGIO, 2016, p. 01)

No que tange a ação penal, trata-se de infração penal de alto potencial ofensivo, ficando afastados os benefícios da Lei 9.099/1995. A ação penal é pública incondicionada, cujo oferecimento da denúncia para iniciá-la não depende de qualquer condição de procedibilidade. Em regra, a competência é da Justiça Estadual. No entanto, se a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional a competência é da Justiça Federal (CF, art. 109, V).

3. O TRÁFICO DE CRIANÇAS

Até aqui ficou claro constatar que o tráfico de pessoas é um crime penalizado pela norma penal. Para fins desse estudo, foca-se exclusivamente às crianças, que correspondem um numeroso grupo de indivíduos que são diariamente traficados, para os mais diversos fins e sobre as mais variadas formas.

De janeiro de 2020 a junho de 2021, foram registrados pelo Disque 100 301 casos de tráfico de pessoas. Destes, 50,1% são crianças e adolescentes e outros 24,9% mulheres. A divulgação dos dados faz parte das ações do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH). (GOVERNO FEDERAL, 2021).

As razões para esse fato é diversa, mas de acordo com Infante e Violante (2021) a globalização é um fator decisivo para que o tráfico de crianças ocorram.

De acordo com Aguilar e Alonzo (2018) desde meados do século XX, em especial na segunda metade, a globalização se intensificou e se tornou um campo fértil para o progresso das relações transacionais, o que acarretou na prática de ações criminosas, aos quais se destaca o tráfico de pessoas.

De todo modo, o *modus operandi* das quadrilhas e agentes causadores do tráfico são bastante complexos. *A priori*, uma das formas mais praticadas para traficar crianças é por meio do sequestro. Para Vieira (2017) nesses casos, o sequestro ocorre nos municípios

das vítimas, no geral perto dos seus domicílios. No entanto, o sequestro pode se desenvolver para outros estados e até mesmo para outros países.

Almeida (2018) afirma que o sequestro é uma das principais causas de desaparecimento de crianças na atualidade, principalmente em locais aglomerados. Essa autora explica que as quadrilhas de sequestradores se posicionam em locais onde as crianças ficam mais a vontade, como por exemplo, parques, clubes, circos, teatros e shopping centers, justamente por serem locais onde se presume ter segurança, o que faz com que os pais se distraíam e não dediquem a atenção necessária aos filhos.

Ainda dentro desse cenário é preciso destacar que o sequestro de crianças nem sempre é realizado por quadrilhas ou por terceiros. Como bem menciona Puntel (2021), o sumiço também pode ser causado por um dos pais ou familiares de forma proposital, em caso de separação do casal ou disputa pela guarda.

Outra forma de praticar é tráfico de crianças é por meio da adoção ilegal. Com o explica Gironi (2017) uma adoção ilegal é uma adoção feita em violação das leis de adoção. Ou seja, não há um respeito ou cumprimento das norma referentes a essa matéria.

A adoção ilegal representa, em sua maioria, a venda de uma criança com finalidade financeira. Para isso, os aliciadores falsificam documentos oficiais (RG, CPF, etc.) alegando adotabilidade, aos quais sem aprovação dos pais biológicos. Através da adoção é que os traficantes irão transportar as crianças para outras famílias, geralmente em outros países (MORAES, 2019).

Destaca-se que a adoção ilegal, mesmo sem incluir vantagem financeira, pode configurar como crime de tráfico de pessoas, com pena prevista de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão e multa (BRASIL, 2016).

Além da adoção ilegal, há também os partos clandestinos. Estes são feitos fora dos hospitais e clínicas e não possuem o registro correto. Silva e Silva (2021) explicam que mulheres vulneráveis muitas vezes realizam partos em lugares insalubres com o intuito de ter seus bebês sem precisar registrá-los, na busca de obter algum ganho financeiro. Esses bebês, em sua ampla maioria já estão destinados ao mercado negro, que os coloca como mercadorias.

Cabe citar que na situação aqui apresentada, em muitos locais os hospitais públicos estão no meio da operação de tráfico de crianças. A existência de clínicas de rua e em casas abandonadas são frequentes, principalmente em regiões subdesenvolvidas dos grandes centros urbanos. Todo esse esquema, obviamente, gera lucros enormes aos traficantes (MURIMI, GUNTER e WATSON, 2020).

O destino das crianças traficadas são muitos. Grande parte delas são destinadas ao trabalho escravo e a exploração sexual. Ou ainda, para terem removidas partes de seu corpo (culminando também com o crime de tráfico de órgãos).

No caso do trabalho escravo, esta é uma das possíveis finalidades de exploração decorrente do tráfico de crianças. Em 2018, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgou que a escravidão moderna afeta mais de 40 milhões de pessoas em todo o mundo, sendo que um quarto desse total são crianças.⁵⁵

As crianças vítimas de trabalho escravo iniciam a sua jornada com a idade média de 11 anos ou antes. Muitas delas trabalham inicialmente em âmbito familiar, principalmente na zona rural. Uma vez integradas aos seus postos de trabalhos, as crianças tem jornadas exaustivas e sem remuneração, ou quando tem, são de valores ínfimos (MINISTÉRIO DA CIDADANIA, 2020).

Ao lado do trabalho escravo, a exploração sexual são as principais finalidades do tráfico de crianças. Neste tipo de tráfico, a grande maioria ocorre quando as pessoas são levadas a outros países com o intuito de praticar 'sexo', sem seu consentimento. Exemplos disso são os casos de prostituição ou voyeurismo, onde indivíduos dispõem de seu corpo para dar prazer a outro.

A violência sexual contra crianças e adolescentes é uma das formas mais perversas de violência, pois se caracteriza pelo uso da sexualidade desta população, de maneira a violar os seus direitos sexuais e sua intimidade. Esta faceta da violência apresenta-se de maneira desigual e é estabelecida pelas relações de poder, mando e obediência, principalmente quando a vítima é uma criança e/ou um adolescente (ALENCAR, 2018, p. 01).

Garcia (2019) afirma que a exploração sexual de crianças tem crescido justamente pelo fato de que esses indivíduos ainda não possuem plenos poderes sobre si mesmos, sendo considerados vulneráveis. E essa condição acaba facilitando o trabalho dos abusadores.

Nesse cenário, o perfil de vítimas de exploração sexual em geral é majoritariamente de meninas. O fato de serem em sua grande maioria as meninas que são exploradas sexualmente se explica com base no processo histórico que a mulher possui ao longo da história da humanidade, onde é verificado que ela sempre teve uma conotação sexual, ainda que não intencional.

⁵⁵ Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_575482/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20 abr. 2022.

A prostituição pode-se dizer se inicia por meio da exploração do corpo da mulher, portanto, são as meninas que geralmente são as principais vítimas de exploração sexual (GARCIA, 2019).

Mulheres e crianças, juntas, representam 79% das vítimas, o que demonstra um claro recorte de gênero: “mulheres e meninas estão em posição de maior vulnerabilidade, especialmente porque, com frequência, são exploradas sexualmente” (DANTAS, 2017, p. 03).

Com o exposto, fica claro observar que crianças tem sido vítimas de tráfico com os mais diversos fins. Para além de entender essa situação é importante verificar o posicionamento jurisprudencial e as medidas que podem buscar resolver esse problema, o que será discutido no tópico seguinte.

4. EFEITOS JURÍDICOS DO TRÁFICO DE CRIANÇAS

A jurisprudência brasileira, tem ao longo dos últimos anos penalizando aqueles que de alguma forma, direta ou indiretamente, tem participado na efetivação do tráfico de crianças. Em todas as situações expostas pelo regramento normativo atual, já possuem decisões que trazem um pouco de justiça às vítimas.

Importante mencionar que o Poder Judiciário também encontra obstáculos para poder julgar casos de tráfico de crianças (e pessoas). As próprias características das vítimas como a situação social em que se encontram contribuem para a dificuldade de uma solução adequada na esfera judicial no que tange à prevenção de novas condutas violadoras.

De acordo com Rodor (2019) poucos juízes federais se preocupam em saber e conhecer a realidade social em que se encontram as vítimas das ações que julgam sobre tráfico de pessoas, nem tampouco dos trabalhos desenvolvidos em instituições públicas que combatem o problema, ou mesmo como ele é enfrentado no âmbito dos outros ramos da Justiça (seja na seara trabalhista, seja na seara estadual, como nos casos em que o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual se dá internamente no Brasil).

De todo modo, em que pese esses fatos, os tribunais tem julgado os casos onde se verifica o tráfico de crianças. Primeiramente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou entendimento a respeito da consumação do presente crime; a saber:

STJ. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Tráfico internacional de crianças e adolescentes. ECA, art. 239. Crime formal. Efetivo envio da vítima ao exterior. Exaurimento do crime. I- O crime de tráfico internacional descrito no ECA, art. 239, não exige, para a sua consumação, a saída da criança ou adolescente

para o exterior, contentando-se com a execução de qualquer ato de promoção ou auxílio da efetivação de ato destinado ao envio da vítima ao estrangeiro, sem as formalidades legais, ou com o fito de obter lucro. II- Trata-se de crime formal, que se consuma com a simples prática de qualquer ato destinado ao envio de criança ou adolescente ao exterior, com ou sem obtenção de lucro, nas circunstâncias referidas no tipo penal. Precedentes do STJ. III- Agravo improvido (Doc. LEGJUR 138.2970.2003.1000).

No presente julgado, entende-se que o tráfico de crianças, em sede internacional, não precisa necessariamente que a criança saia do país de origem, bastando apenas a configuração de qualquer ato de promoção ou auxílio.

No caso de trabalho escravo infantil, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2096, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) contra a proibição de qualquer tipo de trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos. Na decisão, o ministro Celso de Melo destacou as sequelas físicas, emocionais e sociais decorrentes da exploração e lembrou que os menores de 16 anos podem ser submetidos às piores formas de trabalho infantil, às condições insalubres da mineração, ao esgotamento físico dos serviços rurais e do trabalho doméstico e aos acidentes da construção civil, "sujeitando as pequenas vítimas desse sistema impiedoso de aproveitamento da mão-de-obra infanto-juvenil à necessidade de renunciar à primazia de seus direitos em favor das prioridades da classe patronal". 56

Apesar de já ter uma norma que regule as práticas de tráfico de pessoas, na prática existem diversos problemas que dificultam a sua efetivação. Inicialmente há o despreparo do Estado para identificação e combate específico de crime da maior gravidade. Para muitos, o Estado é quem deve dispor das medidas efetivas no combate a esse crime.

Assim:

É importante frisar que, para solucionar este problema, deve existir o compromisso por parte do Estado em implantar políticas de melhoria socioeconômicas do país, com educação e saúde de qualidade, e aprimorando as oportunidades de emprego digno. Importante destacar a necessária responsabilidade do Estado em assumir

56 **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** Origem: DF - DISTRITO FEDERAL. Relator: MIN. CELSO DE MELLO. NÚMERO ÚNICO: 0004418-29.1999.1.00.0000.

também, uma posição ativa na punição do delito e na defesa dos direitos das vítimas (FAVARIN, 2017, p. 01).

Soma-se a isso outro problema: a falta de profissionalização dos profissionais envolvidos com as vítimas de tráfico. Há uma ausência de sensibilização e preparo dos agentes públicos para lidar com o problema, principalmente quando a vítima é criança ou adolescente (SENADO FEDERAL, 2012).

Dito isto, falta, no âmbito do Poder Executivo, políticas públicas preventivas, para que o problema, que é eminentemente social, não se torne um problema de segurança pública cada vez mais sério.

Na busca por solução, Gironi (2017) afirma que para combater o tráfico de pessoas (principalmente o de crianças) é necessária a institucionalização de uma rede intersetorial composta por políticas públicas, sistema de justiça, sistema de defesa de direitos, organizações da sociedade civil e movimentos sociais, instituições de ensino e pesquisa, dentre outros atores a somar, que devem trabalhar de forma articulada e integrada, desenvolvendo nos territórios grupos de trabalho, processos de trabalho, instrumentos, fluxos, protocolos, etc.

Corroborando com o autor acima citado, Moraes (2019) defende o entendimento de que o combate ao tráfico de pessoas deve abranger várias iniciativas que enfrentem as múltiplas causas e as consequências dessas situações: prevenção do aliciamento e do retorno a essa situação; conscientização e informação sobre o trabalho decente; educação e preparação para o mundo do trabalho; fiscalização das propriedades; responsabilização dos autores; atendimento às pessoas resgatadas, promovendo acesso à direitos, enfrentando os efeitos negativos dos direitos violados; estruturação de coleta de dados; legislação específica; dentre outras ações que contribuam para erradicar essas situações.

Com o exposto pelos autores, firma-se entendimento igualitário de que o tráfico de crianças não pode ficar à mercê de opiniões ou ações governamentais. É preciso também que a sociedade se insira nesse contexto, buscando medidas preventivas para que esse crime não ocorra, vide o fato de que muitas crianças são traficadas tendo como base o seio familiar. Sendo assim, é urgente que se crie mais ações em prol da proteção desses indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tráfico de pessoas vem representando um dos maiores problemas enfrentados pela sociedade e pelo Poder Público, uma vez que trata de vidas humanas e fere integralmente o princípio da Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana. Quando as vítimas são crianças, esse crime ganha contornos ainda mais impactantes.

Sociologicamente o tráfico de crianças chama a atenção, pelo fato de que as vítimas estão na camada social mais vulnerável, onde tampouco podem tomar decisões sobre a própria vida. Essa vulnerabilidade acaba por facilitar o trabalho dos traficantes, que usam dessa sistêmica para explorar e abusar de crianças.

Seja para fins de exploração sexual, trabalho análogo à de escravo, transporte de drogas, comércio de órgãos, etc., o tráfico de crianças é sempre uma forma desumana que se utiliza de meios para coagir os sujeitos que, vivendo em um contexto desprovido de condições dignas de vida – pobreza, desemprego, fome, falta de moradia, etc., colocam-se a caminho para uma sobrevivência futura com melhores opções e recursos – econômicos, políticos, sociais, culturais.

No caso de crianças, é de extrema importância que o Poder Público, juntamente com a sociedade, continuem buscando formas de prevenção ao crime e acolhimento às vítimas.

No campo legislativo, encontra-se a importante Lei nº 13.344/2016 que vem normatizando as punições para os agentes que promovam ou auxiliem no crime em análise. Mas para que ela possa ser efetiva, não basta que seja feita apenas a penalização do agente, mas sobretudo, a prevenção a esse crime.

A violência na assistência ao parto, por agora convertida em “violência obstétrica”, tem sua origem enraizada nos movimentos sociais e feministas. Desta forma, em razão da radicalidade desses movimentos em prol de incorporar novas práticas assistenciais às gestantes, tem-se buscado uma penalidade para as práticas entendidas como violência obstétrica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Alessandra. **Sequestro de crianças: saiba tudo sobre esse tema assustador e descubra como evitar**. 2018. Disponível em: <<https://www.alobebe.com.br/blog/sequestro-de-criancas-saiba-tudo-sobre-esse-tema-assustador-e-descubra-como-evitar.html>,1220>. Acesso em: 10 abr. 2022.

AGUIAR, Reinaldo Pereira de. **O tráfico internacional e interno de pessoas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 08 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41658&seo=1>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz; ALONZO, Isabela Zorat (orgs). **Os desafios da política externa e segurança no século XXI**. Marília: Cultura Acadêmica, 2018.

BRASIL. **Lei Nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da

Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, 2009; Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 04 abr. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.444 de 06 de outubro de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13344.htm>. Acesso em: 05 abr. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Tráfico de Pessoas – Lei 13.344/2016 comentada por artigos**. Salvador: Editora Juspodivm. 2017.

FAVARIN, Ana Paula. **Mulheres são as principais vítimas do tráfico humano**. 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/518949439/mulheres-sao-as-principais-vitimas-do-traffic-humano>>. Acesso em: 06 abr. 2022

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **Tráfico Humano**. 2016. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/traffic-humano.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

GABRIEL, Eduardo. **Tráfico de Pessoas: breve histórico sobre pesquisas e dados**. 2018. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_content&view=article&id=202:traficodepessoasbrevehistoricosobrepesquisasedados&catid=90&Itemid=1208>. Acesso em: 05 abr. 2022.

GIRONI, M.C. **Os mecanismos de repressão ao tráfico de pessoas**. Ministério Público Federal - 2ª Câmara de Coordenação e Revisão: Tráfico de Pessoas, Brasília, v. 2, p. 52- 100, 2017.

GOVERNO FEDERAL. **Crianças, adolescentes e mulheres são 75% das vítimas do tráfico de pessoas, apontam dados do Disque 100**. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/julho/criancas-adolescentes-e-mulheres-sao-75-das-vitimas-do-traffic-de-pessoas-apontam-dados-do-disque-100>>. Acesso em: 10 abr. 2022.

INFANTE, Carla; VIOLANTE, Alexandre Rocha. **Uma discussão teórica sobre a influência da globalização no tráfico de crianças e mulheres no Pós-Guerra Fria**. Revista Hoplos, 5(8), 51-70. 2021.

MACIEL, Ana Paula Silvestri. **Tráfico de Seres Humanos – Parte 1**. 2015. Disponível em: <<http://era.org.br/2012/04/traffic-de-seres-humanos-parte-1/>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Novo crime de tráfico de pessoas**. 2016. Disponível em: <<https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/392610608/novo-crimedetrafico-de-pessoas>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

MORAES, P. S. **Simpósio sobre a prevenção do crime de tráfico de crianças para fins de exploração sexual**. Programa ACT - Ação contra o tráfico. Fortaleza, 2019.

MURIMI, Peter; GUNTER, Joel; WATSON, Tom. **Os bebês vendidos por R\$ 3,8 mil em mercado clandestino no Quênia**. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2020/11/18/os-bebes-vendidos-por-r38milemmercadoclandestinonoqueniam.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 18 abr. 2022.

PUNTEL, Luiz. **Tráfico de Anjos**. 8º ed. Editora: Ática, 2021.

PUREZA, Diego Luiz Victório. **O crime de tráfico de pessoas após a lei nº 13.344/2016**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58265&seo=1>>. Acesso em: 05 abr. 2022.

RODOR, Ronald Krüger. **Ações no CNJ no enfrentamento ao tráfico de pessoas**. Revista Especial - Tráfico de pessoas, 2019.

SENADO FEDERAL. **Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar o tráfico de pessoas no Brasil, suas causas, consequências, rotas e responsáveis no período de 2003 e 2011, compreendido na vigência da Convenção de Palermo**. Brasília: 2012, p. 1724, 1725, 1726, 1743.

SILVA, Taís Cristina da; SILVA, Tays Reinaldo. **Tráfico de crianças para adoção ilegal**. Projeto de pesquisa para elaboração de Trabalho de Conclusão de Curso, a ser apresentado à Faculdade UNA da Unidade de Catalão, como requisito parcial para a integralização do curso de graduação. 2021.

VENSON, Anamaria Marcon; PEDRO, Joana Maria. **Tráfico de pessoas: uma história do conceito**. Revista Brasileira de História, 2017.

VIEIRA, Maria Clara. **Sequestro de crianças e adolescentes: dá para prevenir!** 2017. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Familia/Rotina/noticia/201704/sequestrodecrianças-e-adolescentes-da-para-prevenir.html>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: EFEITOS JURÍDICOS NO PERÍODO DE PANDEMIA

HELLEN BRUNA CONRADO DE SOUSA:

Bacharelanda em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

KITA MACIEL⁵⁷

(orientador)

RESUMO: A violência contra a mulher representa um dos maiores desrespeitos aos Direitos Humanos, porque a coloca no papel de rebaixamento humano e social inaceitável. Ocorre que as práticas violentas contra as mulheres, em que pese a sua legislação pertinente, ainda é bastante praticada na sociedade brasileira. Em razão dessa realidade, o presente trabalho teve como objetivo discutir os efeitos da violência doméstica no âmbito jurídico e social. Para melhor discussão sobre essa temática, limitou-se a sua análise tendo como base o período de pandemia provocada pela Covid-19, instalada desde meados do fim do ano de 2019. Nesse sentido, buscou-se observar os dados referentes ao número de violência doméstica nesse período, assim como avaliar as melhores medidas de prevenção e punição aos agressores tendo em vista a situação excepcional. A metodologia utilizada fora a revisão bibliográfica, a partir de livros e periódicos, nacionais e internacionais, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Nos resultados, ficou claro observar que os agressores puderam se utilizar das restrições recomendadas para controle da pandemia como meio para exercer poder e controle sobre as parceiras, reduzindo ainda mais seu acesso aos serviços e ao apoio psicossocial. Dessa forma, todos os serviços públicos de atendimento à população devem mapear os parceiros intersetoriais, serviços e/ou locais que possam atuar conjuntamente no enfrentamento das violências durante a pandemia.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Pandemia. Restrição. Mulher.

ABSTRACT: Violence against women represents one of the greatest disrespects to Human Rights, because it places them in the role of unacceptable human and social debasement. It so happens that violent practices against women, despite its relevant legislation, are still widely practiced in Brazilian society. Due to this reality, the present work aimed to discuss the effects of domestic violence in the legal and social scope. For a better discussion on this topic, its analysis was limited to the period of the pandemic caused by Covid-19, installed since the middle of the end of 2019. In this sense, we sought to observe the data referring to the number of violence domestic violence during this period, as well as

⁵⁷ Advogado e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: kitamaciel@hotmail.com.

evaluating the best measures to prevent and punish the aggressors in view of the exceptional situation. The methodology used was the bibliographic review, based on national and international books and periodicals, to better describe, argue and outline the research objectives. In the results, it was clear to observe that the aggressors were able to use the restrictions recommended for controlling the pandemic as a means to exert power and control over their partners, further reducing their access to services and psychosocial support. In this way, all public services serving the population must map the intersectoral partners, services and/or locations that can work together to tackle violence during the pandemic.

Keywords: Domestic violence. Pandemic. Restriction. Woman.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Contextualização da temática. 4. A violência doméstica no Brasil. 5. A violência doméstica no contexto da pandemia. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher ainda é existente desde os tempos remotos. Todavia, ainda é perceptível que a mulher ainda é vista como frágil e submissa, perante grande parte da população. Ocorre que até os dias atuais, as mulheres são cada vez mais vítimas de violência, seja dentro de suas casas, nas ruas, no ambiente de trabalho, ou em qualquer outro lugar. A violência contra a figura feminina ainda é uma realidade presente.

No Direito brasileiro, importante mencionar a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) que trouxe, por meio dos seus artigos, um importante passo para a prevenção e punição dos agressores de violência contra a mulher, em especial no espaço doméstico.

Apesar de esta lei ter trazido vários benefícios a essas vítimas de violência doméstica, as mulheres ainda são de certa forma vulneráveis a toda e qualquer tipo de violência, sejam elas físicas, patrimoniais, sexuais, morais e psicológicas (DIAS, 2018).

Limitando a discussão do tema, no ano de 2020 a sociedade global tem sido acometida pelo Covid-19. Fernandes (2020) e Thomaka (2020) afirmam que com a chegada da pandemia Covid-19, houve um aumento significativo de ocorrências de feminicídio e de casos de violência doméstica contra mulheres e crianças.

O Centro Especializado de Atendimento à Mulher (CEAM-Rio das Ostras), ligado à Secretaria Municipal de Bem-estar Social, promove a prevenção ao enfrentamento de violência doméstica contra a mulher. E segundo dados da instituição, dos meses de abril para maio de 2020, houve um aumento de 82% das denúncias.

Em outro dado mais recente, realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) mostrou que em 2021 uma em cada quatro mulheres acima de 16 anos sofreram algum tipo de violência no Brasil no período de pandemia. Isso resulta num total de cerca de 17 milhões de mulheres (24,4%) que sofrem violência física, psicológica ou sexual no último ano (PAULO, 2021).

Com base nesses dados primários, fica evidente que a violência doméstica tem sido ainda praticada no período de pandemia. Isso pode ser explicado pelo fato de que o isolamento e o distanciamento social nesse período foram as principais medidas adotadas para que a Covid-19 não se expandisse ainda mais na sociedade e fizesse mais vítimas.

Com esse cenário, as mulheres se viram trancadas em seus lares acompanhadas de seus pares, que no geral, são os principais agressores. Nesse contexto, explica-se inicialmente, o porquê das mulheres se tornarem ainda mais numerosas nos casos de violência doméstica na pandemia.

Diante desse quadro, esse estudo tenciona analisar esse fenômeno negativo e descrever quais as medidas jurídicas e sociais para solucionar essa situação. No decorrer da análise desse tema procurou-se responder as seguintes indagações: qual o impacto da pandemia provocada pela Covid-19 nos casos de violência doméstica? e; como o sistema jurídico pode coibir essas práticas nesse período?

Diante disso, esse trabalho tem o principal objetivo de trazer conhecimento as mulheres que são vítimas de violência doméstica e demonstrar a sociedade e ao Estado Brasileiro que trata-se não de um problema individual das vítimas, mais um problema social que devem ser tomadas as medidas cabíveis para que evitem mais danos como esses e mantenham as vítimas informadas sobre eventuais problemas e buscarem os seus direitos através da lei.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de fevereiro a abril de 2022.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEMÁTICA

Antes de se adentrar no respectivo assunto deste estudo, se faz necessário tecer algumas linhas gerais sobre a pandemia provocada pela Covid-19, uma vez que ela é a causa geradora da situação encontrada atualmente no âmbito trabalhista no que se refere ao trabalho feito na modalidade *home office*.

A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda surgida através do coronavírus SARS-CoV-2. Contém alta taxa de transmissão entre humanos e é uma doença de nível grave. O seu surgimento se deu na cidade Wuhan, província de Hubei, na China em dezembro de 2019, onde fora encontrado em amostras de lavado broncoalveolar conseguidas de pacientes com pneumonia. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Apesar de ser encontrado em muitas espécies de animais, tem-se afirmado que o animal gerador desse vírus são os morcegos, que estavam situados em laboratórios da supracitada província chinesa (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

O modo de transmissão da Covid-19 se dá pelo contato, gotículas ou por aerossol; a saber:

- **A transmissão por contato** é a transmissão da infecção através do contato direto com uma pessoa infectada ou com objetos e superfícies contaminados.
- **A transmissão por gotículas** é a transmissão da infecção por meio da exposição a gotículas respiratórias expelidas, contendo vírus, por uma pessoa infectada quando ela tosse ou espirra.
- **A transmissão por aerossol** é a transmissão da infecção por meio de gotículas respiratórias menores (aerossóis) contendo vírus e que podem permanecer suspensas no ar, serem levadas por distâncias maiores que 1 metro e por períodos mais longos (geralmente horas).

(MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021)

Os efeitos do Coronavírus são variados, mas os mais comuns são resfriados, febre, tosse e em determinados casos, o surgimento da Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). (ZHANG, 2020).

O fato é que desde que fora propagado ao redor do mundo, a Covid-19 trouxe significativos prejuízos na esfera social, política, cultural, financeira, etc. Pela realidade encontrada e por ainda não ter encontrado a sua cura, entende-se que ainda demorará muito tempo para dimensionar o seu impacto (MEDEIROS, 2020).

O impacto social é o que mais tem sido afetado, uma vez que milhares de cidadãos vem morrendo diariamente em decorrência da Covid-19. Por esse fato, é possível verificar um cenário de calamidade nos centros de saúde, onde se observa hospitais lotados, poucos equipamentos disponíveis, dentre outros problemas. A vacinação nesse âmbito tem sido uma alternativa mais viável para a prevenção da doença (MEDEIROS, 2020).

O impacto da Covid-19 também afetou a rotina diária da sociedade. Nos dias atuais, o que é normal é o uso constante de máscara, a aplicação de álcool em gel, o isolamento e distanciamento entre indivíduos, dentre outras mudanças (CURY; FERREIRA, 2020).

Com tais mudanças, a Covid-19 alterou significativamente as relações humanas. Alguns grupos foram mais afetados do que outros, como por exemplo, os que ficaram desempregados ou aqueles que perderam familiares para o vírus. Apesar disso, ficou claro que os indivíduos tornaram mais dependentes dos meios digitais, seja para trabalhar, estudar ou se comunicar (JACOBOVSKI, 2021).

No campo das relações amorosas, estão também foram impactadas pela pandemia provocada pela Covid-19. De acordo com o Colégio Notarial do Brasil (CNB), o número de divórcios cresceu cerca de 15% no período de pandemia, especialmente no ano de 2020 em comparação ao ano de 2019 (JACOBOVSKI, 2021).

Jacobovski (2021) aponta que várias são as razões para que os divórcios tenham crescido na pandemia. Dentre as causas apontadas pela autora estão a pressão psicológica e a convivência constante em casa o que resultou num desgaste nas relações. O que a autora também enfatiza é que, para além destes motivos, a violência doméstica também pôde ser percebida nesse contexto.

Ou seja, a violência doméstica, que a priori, poderia-se pensar que seria diminuída, ao contrário, aumentou o número de casos. Na pandemia, as mulheres ainda continuaram a sofrer todo tipo de violência, vide o fato de estarem constantemente acompanhadas de seus pares, que são de modo geral, os principais agressores. A respeito desse tema, discute-se nos tópicos seguintes.

4 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

O assunto relacionado à violência doméstica traz à tona um problema que vem sendo cada vez mais debatido. Desde a implantação da Lei que regula esse tipo de crime – Lei Maria da Penha – é fato notório, até pelas frequentes notícias da mídia em geral, a ocorrência crescente de tais casos.

Para entender as razões da ocorrência desse crime é preciso definir alguns pontos. Primeiramente, violência é um termo oriundo do latim *vīs*, que significa força, ou seja,

“violência é o abuso da força, usar a violência contra alguém ou fazê-lo agir contra sua vontade” (VERONESE; COSTA, 2006, p. 25).

Um ponto a ser destacado é que para se falar em violência doméstica, é necessário se fazer uma distinção entre violência familiar e violência doméstica. Na primeira, envolvem-se os membros de uma mesma família nuclear ou extensa, agrupando também os vínculos de consanguinidade e de afinidade. Esse tipo de violência pode ocorrer em qualquer lugar, porém, deve ser praticada por algum familiar (PRESSER, 2014).

Já a violência doméstica é um termo que pode ser entendido, como conceitua Ribeiro (2013, p. 37) “para demonstrar as situações ocorridas dentro de casa, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive esporadicamente agregada”.

Como salienta Souza (2014) a violência ocorrida fora do domicílio, mas praticada por alguém que mantém com a vítima um relacionamento (amizade, parentesco, etc.) e que compartilhem o mesmo ambiente doméstico também é configurado como violência doméstica.

Sendo a mulher a principal vítima da violência doméstica, pode-se entender como violência doméstica contra a mulher “toda e/ou qualquer ação ou conduta que venha lhe causar morte, dano ou sofrimento físico, psicológico, sexual ou moral que acontece dentro da própria casa, em relações pessoais e/ou de convívio, até mesmo em relações de namoro, noivado sem ter ainda a união estável” (RIBEIRO, 2013, p. 38). O estupro cometido dentro ou fora de casa, os maus-tratos, a violação e os abusos também são considerados violência doméstica contra a mulher.

Dentro da conjuntura da violência doméstica, a mulher é de fato a maior vítima. Pesquisas ao longo das últimas décadas mostram que milhares de mulheres são violentadas diariamente em todos os cenários: no trabalho, na sociedade, na família, dentro de casa, na rua, nos estabelecimentos privados, dentre outros.

A mulher, apesar da evolução social, que lhe permitiu estudar, entrar para o mercado de trabalho, tem certa independência até mesmo no âmbito familiar, mas ainda assim há situações de preconceito, discriminação e, conseqüentemente, atos de violência.

Importante frisar que mesmo sendo a mulher a principal vítima desse tipo de crime, a Lei Maria da Penha enfatiza que não se restringe a proteção apenas ao sexo feminino, mas a qualquer gênero e a qualquer parentesco. Ainda de acordo com a retro lei, violência doméstica contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, de acordo o artigo 5º da lei 11.340/2006 (BRASIL, 2006).

A lei explana cinco maneiras de violência doméstica e familiar, mostrando que não ocorre apenas a violência que deixam marcas e evidências. Existe a violência psicológica, que é xingar, humilhar, intimidar ou amedrontar; debochar publicamente, diminuir a autoestima, estes seriam alguns exemplos de violência psicológica. A violência física é bater, espancar, empurrar, torturar, usar arma branca, utilizar arma de fogo, existindo assim inúmeras formas de violentar fisicamente (FRANCO, 2019).

A lei também fala da violência sexual, que é forçar relações sexuais quando a mulher não quer ou estar sem condições de consentir; forçar a mulher a olhar imagens pornográficas quando a mesma não quer ver, forçar a mulher a ter relações sexuais com outras pessoas, impedir a mulher de se prevenir contra uma gravidez e doenças sexualmente transmissíveis, ou mesmo força-la ao aborto (BRASIL, 2006).

A violência patrimonial é quando o agressor quer controlar ou mesmo retirar o dinheiro da vítima, ou mesmo causar dano a objeto, instrumento de trabalho, documentos pessoais ou outros bens que pertençam a mulher. Por fim a violência moral é fazer comentários ofensivos, expor a vida íntima do casal para outras pessoas ou até mesmo em rede sociais, existindo também outras formas de violência moral (FRANCO, 2019).

O fato é que a violência doméstica é um dos crimes mais cometidos socialmente. Em dados mais recentes, destaca-se o divulgado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), ao qual mostra que o índice de violência doméstica com vítimas femininas é três vezes maior que o registrado com homens. Na pesquisa realizada mostram também que, em 43,1% dos casos, a violência ocorre tipicamente na residência da mulher, e em 36,7% dos casos a agressão se dá em vias públicas (PLATONOW, 2019).

Em Minas Gerais, por exemplo, estima-se que a cada hora 16 mulheres serão vítimas de violência doméstica. Os dados da Polícia Civil mostram que, "somente nos seis primeiros meses de 2019, 405 mulheres foram agredidas por dia no Estado, resultando em 73.457 mulheres vítimas de violência motivada por gênero de janeiro a junho" (BAETA, 2019, p. 01).

Verifica-se, portanto que somente com esses dados a mulher é de fato a maior vítima de violência doméstica, se tornando quase que exclusivamente a vítima única. Esses dados aumentaram com a chegada da pandemia, provocada pela Covid-19 conforme explana o tópico seguinte.

5. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Limitando a discussão do tema, no ano de 2020 a sociedade global tem sido acometida pelo Covid-19. Com o cenário da pandemia (Covid-19), as autoridades de saúde e do governo municipal, têm pedido para todos ficarem em sua residência, pois o risco de

se contaminarem fora de suas residências é muito maior. Mais para essas mulheres vítimas de violência doméstica, o perigo está dentro de suas residências.

Fernandes (2020) e Thomaka (2020) afirmam que com a chegada da pandemia Covid-19, houve um aumento significativo de ocorrências de feminicídio e de casos de violência doméstica contra mulheres e crianças.

O Fórum de Segurança Pública divulgou que o número de Feminicídios cresceu 22,2% em março de abril de 2020, durante a pandemia do novo coronavírus, em 12 estados brasileiros, comparado ao mesmo período de 2019. Em algumas cidades como Rio de Janeiro e São Paulo o aumento foi de 50%.

Diversos estudos já publicados recentemente mostram que a violência doméstica tem aumentado durante a pandemia em comparação ao período anterior, quando não se tinha esse quadro. Para comprovar essa afirmação, nos parágrafos seguintes, mostram-se os mais recentes índices que mostra esse fato.

O primeiro dado coletado é a terceira edição da nota técnica exposta pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em 24 de julho de 2020. Este tem como objetivo atualizar os dados sobre violência doméstica durante a pandemia de Covid-19 e a vigência das necessárias medidas de isolamento sociais impostas em decorrência dela. Desde o início do isolamento social, o FBSP tem publicado periodicamente, dados sobre registros oficiais de violência contra meninas e mulheres durante o período, com o objetivo de compreender como a pandemia tem afetado a vida de mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Nos resultados, todas as Unidades da Federação acompanhadas apresentaram redução nos registros de lesão corporal dolosa entre março e maio de 2020 em comparação com o mesmo período no ano anterior. Houve uma queda de 27,2% no período acumulado, com as maiores reduções nos estados do Maranhão (84,6%), Rio de Janeiro (40,2%) e Ceará (26%). (FBSP, 2020).

Outro resultado apontou que no período entre março e maio de 2020 houve um pequeno aumento de 2,2% nos casos de feminicídios registrados em comparação com o mesmo período de 2019 – foram 189 casos em 2020, contra 185 em 2019 (FBSP, 2020).

Importante mencionar, conforme expressa o próprio estudo, que esses resultados se explicam pelo fato de que as mulheres estão encontrando mais dificuldades em denunciar a(s) violência(s) sofridas neste período. A violência letal contra a mulher, por exemplo, pode ser considerada o resultado final e extremo de uma série de violências sofridas. Nesse sentido, as evidências apontam para um cenário onde, com acesso limitado aos canais de denúncia e aos serviços de proteção, diminuem os registros de crimes

relacionados à violência contra as mulheres, sucedidos pela redução nas medidas protetivas distribuídas e concedidas e pelo aumento da violência letal (FBSP, 2020).

É fato que a pandemia acabou por gerar um maior índice de violência doméstica, justamente por ser uma situação excepcional pelo qual concedeu maior facilidade de interação entre os pares, o que tem gerado maiores probabilidades desse tipo de violência ser cometida.

Para ilustrar essa triste realidade, traz-se para esse estudo, alguns dados estaduais. Não buscando delongar esse assunto, limitou-se a busca ao Estado do Tocantins. O primeiro dado apresentado é o coletado pela Secretaria de Segurança Pública. O quadro abaixo mostra o quantitativo de mulheres vítimas de violência doméstica no presente Estado no período de março a dezembro de 2019/2020.

A saber:

TABELA 1 – Mulheres vítimas de violência doméstica no Tocantins

ANO	NATUREZA	Números Absolutos de Vítimas por mês									
		MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SET	OUT	NOV	DEZ
2019	AMEAÇA	505	539	568	495	487	650	588	541	538	591
	ESTUPRO	11	15	14	12	18	13	7	19	10	20
	ESTUPRO DE VULNERÁVEL	29	38	45	47	43	43	40	48	45	43
	FEMINICÍDIO	-	1	1	-	1	-	-	-	1	-
	TENTATIVA DE FEMINICÍDIO	2	3		1		3	2	3		4
	LESÃO CORPORAL	212	234	240	245	232	255	269	260	236	260
2020	AMEAÇA	450	349	397	364	381	434	395	410	422	345
	ESTUPRO	12	12	10	7	13	9	10	12	14	2
	ESTUPRO COLETIVO - AUMENTO DE PENA - CONCURSO DE AGENTES		1			1			1		
	ESTUPRO DE VULNERÁVEL	49	39	36	40	50	48	36	45	50	27
	FEMINICÍDIO	1	-	-	1	-	-	2	2	-	-
	TENTATIVA DE FEMINICÍDIO	4		4	1	3		2	6	4	3
LESÃO CORPORAL	210	222	215	184	189	222	205	198	188	180	

Fonte: Secretaria de Segurança Pública/Núcleo de Coleta e Análise Estatística/Unidades Policiais (2020)

Conforme mostrado acima, é nítido observar que os dados estatísticos são semelhantes. A título de exemplo, nos meses de setembro e novembro de 2020 (período de pandemia) obtiveram-se mais casos de estupro do que nos mesmos meses em 2019. Em outro exemplo, nos meses de setembro e outubro de 2020 os números de feminicídio foram maiores do que o ano anterior. Por fim, detecta-se que os crimes relacionados à

violência doméstica no período coletado mostram dados semelhantes, ou seja, não houve uma queda nos índices de 2019. E quando teve, foi muito pouco.

Apenas por essa informação probabilística, já se fixa o entendimento de que a realidade enfrentada pelas mulheres brasileiras no período de pandemia não é fácil, pois além das limitações impostas pela Covid-19, dentro de casa a violência contra elas se acentuaram. O isolamento social acabou por ser um fator determinante para que mais mulheres fossem violentadas. Isto posto, as mulheres ficaram mais vulneráveis a se tornarem vítimas de agressão em seus lares.

Corroborando com o dado acima mostrado, há também de se expor os resultados encontrados relativos aos atendimentos realizados pela PMTO à mulheres vítimas de violência doméstica. Aqui também é detalhado o período de março a dezembro entre os anos de 2019 a 2020; a saber:

QUADRO 1 – Dados estatísticos relativos a atendimentos realizados pela PMTO à mulheres vítimas de violência*

NATUREZAS	MÊS	2019	2020
FEMINICÍDIO - ART. 121 - INCISO IV	MARÇO	0	1
	ABRIL	1	0
	MAIO	1	2
	JULHO	1	0
	SETEMBRO	0	2
TOTAL		3	5
TENTATIVA DE FEMINICÍDIO - ART. 121 C/CART. 14 INC II DO CP	MARÇO	2	3
	ABRIL	3	0
	MAIO	1	2
	JUNHO	1	2
	JULHO	1	3
	AGOSTO	1	2
	SETEMBRO	1	1
	OUTUBRO	4	2
	NOVEMBRO	0	4
	DEZEMBRO	5	2
TOTAL		19	21

ESTUPRO - ART. 213 CP	MARÇO	1	4
	ABRIL	2	1
	MAIO	3	1
	JUNHO	1	3
	JULHO	2	4
	AGOSTO	5	4
	SETEMBRO	2	2
	OUTUBRO	2	2
	NOVEMBRO	2	7
	DEZEMBRO	4	1
TOTAL		24	29
ESTUPRO DE VULNERÁVEL - ART. 217-A CP	MARÇO	3	7
	ABRIL	3	10
	MAIO	6	3
	JUNHO	3	4
	JULHO	4	3
	AGOSTO	4	2
	SETEMBRO	1	6
	OUTUBRO	5	1
	NOVEMBRO	4	1
	DEZEMBRO	3	5
TOTAL		36	42

NATUREZAS	MÊS	2019	2020
VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA A MULHER - ART. 7º INCISO I - LEI MARIA DA PENHA	MARÇO	152	109
	ABRIL	118	122
	MAIO	106	137
	JUNHO	140	124
	JULHO	114	132
	AGOSTO	142	134
	SETEMBRO	125	143
	OUTUBRO	116	128
	NOVEMBRO	121	113
	DEZEMBRO	136	78
	TOTAL		1270
VIOLÊNCIA PATRIMONIAL DOMÉSTICA CONTRA A MULHER - ART. 7º INCISO IV - LEI MARIA DA PENHA	MARÇO	13	5
	ABRIL	8	9
	MAIO	9	5
	JUNHO	5	12
	JULHO	11	13
	AGOSTO	10	11
	SETEMBRO	8	11
	OUTUBRO	13	19
	NOVEMBRO	10	11
	DEZEMBRO	5	8
	TOTAL		92
VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER - ART. 7º INCISO II - LEI MARIA DA PENHA	MARÇO	42	35
	ABRIL	41	46
	MAIO	55	35
	JUNHO	33	50
	JULHO	30	33
	AGOSTO	50	47
	SETEMBRO	27	38
	OUTUBRO	43	53
	NOVEMBRO	28	43
	DEZEMBRO	47	27
	TOTAL		396

Fonte: Governo do Estado do Tocantins/Secretaria de Segurança Pública/Superintendência de Segurança Integrada (2020).

* A autenticidade deste documento pode ser verificada no site: <<https://sgd.to.gov.br/verificador>>; informando o código verificador: 3E6CA89000B39E76.

Conforme mostra os resultados acima, verifica-se novamente que o período de pandemia fez com que diversos crimes relacionados à violência doméstica fossem ocorridos. Dois dados chamam a atenção; o primeiro é relacionado à violência patrimonial que durante o período de pandemia coletado (março a dezembro) teve um significativo aumento. Isso pode ser explicado pelo fato de que, muitas mulheres acabaram tendo que arcar com muitas despesas domésticas, uma vez que seus companheiros ou perderam o emprego ou teve seus rendimentos mensais diminuídos.

Segundo Gregório (2020, p. 01) há a tentativa de controlar a vida de alguém usando o dinheiro ou bens materiais, além de "ser frequente que vítimas de violência patrimonial sejam desestimuladas a controlar as finanças da casa, quando sentem que têm capacidade cognitiva e emocional para fazê-lo".

Nesse cenário é fácil encontrar agressões verbais e restrições à participação no orçamento familiar e nas decisões de consumo, fazendo com que muitas mulheres se tornem vítimas de violência patrimonial no Brasil durante a pandemia.

Aliado a esse fato, encontra-se a violência psicológica que também cresceu no período aqui estudado. Devido ao isolamento social imposto pela pandemia, muitos casais tiveram que ficar isolados em casa. Nesse contexto, surge todo tipo de violência psicológica. A mulher passa a ser humilhada, manipulada, chantageada, ridicularizada pelo seu parceiro.

Segundo Garcia (2020, p. 01):

[...] isso de estar todo mundo confinado alterou as relações, mas sobrecarregou, ainda mais em relação aos filhos, principalmente a mulher. Até as redes de apoio foram afetadas, como pais ou avós que não podem mais ajudar, por serem de grupos de risco. E, como não raro o homem é o provedor, isso deixou muitas mulheres em situação de maior vulnerabilidade.

Com os dados apresentados nesse estudo, fica nítido observar o quanto a violência doméstica ainda é um crime bastante cometido. O que poderia ser um fator para sua diminuição – distanciamento social, isolamento, etc. – causada pela pandemia, mostrou que isso não afetou em nada a ocorrência de mais violência. Em alguns tipos de crime, o número deu aumentar.

Seja no Brasil ou no Estado do Tocantins, com base nas estatísticas feitas, a violência doméstica se mostra um obstáculo ainda a ser superado. Por mais que as mulheres tenham adquirido diversos direitos sociais, trabalhistas e humanitários, elas ainda são vítimas diariamente de todo tipo de violência dentro dos seus lares. Aqueles que deviam protegê-

las, são justamente os que as agridem e faz com que essas estatísticas não sejam diminuídas.

Ainda que a Lei Maria da Penha tenha trazido em seu bojo, diversos mecanismos de proteção e prevenção, a pandemia causada pelo coronavírus não impediu que as mulheres sofressem violência doméstica. Isso mostra um quadro claro de ineficiência estatal e social, ao qual ainda se deve enfatizar na busca por uma política pública de prevenção e combate a esse crime.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência é uma das manifestações comportamentais mais corriqueiras no dia a dia da sociedade, envolvendo incidentes ocorridos no trânsito, disputas políticas e comerciais, bem como entre familiares e, notadamente, no contexto de relacionamentos entre homem e mulher.

Dentre os diversos tipos de violência, vem ganhando atenção, mediante o impacto social a denominada violência doméstica. Caracterizada por ser realizada dentro do domicílio, esse tipo de violência, em especial no Brasil, é uma das que aparece de modo mais acentuado na sociedade. Nesse contexto, a principal vítima é a mulher, ressaltando-se que, por meio da sua figura nasceu uma legislação específica sobre violência doméstica: a Lei Maria da Penha.

Com base nessa lei, outras se seguiram a fim de trazer mais rigor e proteção às mulheres, que ainda são consideradas as maiores vítimas da violência doméstica. No entanto, em que pese a importância dessa norma e outras similares, o fato é que a violência doméstica não fora sanada.

Em razão disso, escolheu-se esse tema por entender que a eficácia das normas protetivas da mulher diante da violência doméstica ainda não foram suficientes para protegê-las de forma integral. Além disso, o número de mulheres vítimas de atos violentos dentro dos seus lares é crescente no atual período de pandemia.

Desde meados do fim de 2019 o mundo se encontrou em uma pandemia propagada pelo aumento do contágio da Covid-19. Nesse período, o isolamento e o afastamento social se tornaram medidas necessárias para prevenção do contágio. Ocorre que diante desse cenário milhares de mulheres ficaram ainda mais a mercê de seus parceiros ou de parentes, o que acabou por gerar ainda mais a ocorrência da violência doméstica.

Diante desse cenário, se tornou fundamental discorrer sobre a realidade das mulheres vítimas de violência doméstica no período de pandemia. O que ficou claro nesse estudo, é que os agressores podem se utilizar das restrições recomendadas para controle da pandemia como meio para exercer poder e controle sobre as parceiras, reduzindo ainda

mais seu acesso aos serviços e ao apoio psicossocial. Dessa forma, as mulheres podem enfrentar obstáculos ainda maiores para se defenderem ou acionarem medidas de proteção.

Soma-se a isso que o acesso aos serviços de atendimento à mulher em situação de violência pode estar limitado devido aos esforços de enfrentamento à COVID-19, reduzindo o alcance a fontes de ajuda. Dessa forma, todos os serviços públicos de atendimento à população devem mapear os parceiros intersetoriais, serviços e/ou locais que possam atuar conjuntamente no enfrentamento das violências durante a pandemia.

Como bem mostrado nas pesquisas expostas no decorrer desse trabalho, nota-se que a violência doméstica não diminui durante a pandemia (março a dezembro de 2020). No Tocantins, por exemplo, os casos de violência patrimonial e psicológica tiveram significativo aumento.

Diante desse resultado, o que se deve buscar é a ampliação de uma rede de apoio e de segurança, haja vista que esse tema não ataca somente às vítimas, mas toda a comunidade, principalmente a família, berço da sociedade. Desse modo, fica evidente constatar o quanto é necessário que haja mais medidas públicas de prevenção e combate a esse crime, que mesmo tendo regulamentação própria, ainda não tem se mostrado eficaz, vide as pesquisas mostradas.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAETA, Juliana. **Pelo menos 16 mulheres são vítimas de violência doméstica por hora em Minas; 64 morreram este ano.** 2019. Disponível em: <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/pelo-menos-16-mulheres-s%C3%A3o-v%C3%ADtimas-de-viol%C3%A2ncia-dom%C3%A9stica-por-hora-em-minas-64-morreram-este-ano-1.728112>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Lei 10.886, de 17 de junho de 2004. **Acrescenta parágrafos ao art. 129 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, criando o tipo especial denominado "Violência Doméstica".** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2004/Lei/L10.886.htm#art1>. Acesso em: 19 fev. 2022.

_____. **Lei Maria da Penha.** Senadora Lúcia Vânia. Lei Federal nº 11.340, de 07 Ago. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 25 mar. 2022.

CURY, César; FERREIRA, Claudia. **Pandemia da Covid-19 gera reflexão sobre resolução de conflitos online**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/opinioao-covid-19-gera-reflexao-resolucao-conflitos-online>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Nota Técnica Violência Doméstica durante a Pandemia de COVID-19, 16 de abril de 2020**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com Decode. Disponível em: <<http://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP). **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19**. 24 de julho de 2020. Nota Técnica – ed. 3.

FRANCO, Luiza. **Violência contra a mulher: novos dados mostram que 'não há lugar seguro no Brasil'**. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47365503>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

GARCIA, Janaína. **Violência psicológica contra a mulher cresce na pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/08/28/violencia-psicologica-cresce-na-pandemia-alerta-advogada-entenda-o-que-e.htm>>. Acesso em: 16 mar. 2022.

GREGÓRIO, Rafael. **Violência patrimonial cresceu após a pandemia, em especial contra mulheres e idosos**. 2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/mercados/brasilepolitica/noticia/2020/08/20/violencia-patrimonial-cresceu-apos-a-pandemia-em-especial-contra-mulheres-e-idosos.ghtml>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

JACOBOVSKI, Bruna. **Depois do fim**. 2021. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/sextante/depois-do-fim/>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

MARQUES, E. S.; MORAES, C. L de; HASSELMAN, M. H.; DESLANDES, S. F; REICHENHEIM, M. E. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento**. Cad. Saúde Pública, v. 36, n. 4, 2020.

MEDEIROS, Daniel. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19**. 2020. Disponível em: <<https://saudedebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MELO, Bernardo Dolabella et al. **Violência doméstica e familiar na Covid-19**. Ministério da Saúde. FIOCRUZ (Fundação Oswaldo Cruz). 2020. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/41121/2/Sa%C3%BAdeMentaleAten%C3%A7%C3%A3oPsicossocialnaPandemiaCovid19viol%C3%AAnciandom%C3%A9stica-e-familiar-na-Covid-19.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

PAULO, Paula Paiva. **Uma em cada quatro mulheres foi vítima de algum tipo de violência na pandemia no Brasil, aponta pesquisa**. 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao->

paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml>. Acesso em: 25 mar. 2022.

PLATONOW, Vladimir. **Violência atinge mais mulheres que trabalham fora, mostra estudo**. 2019. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-08/violencia-atinge-mais-mulheres-que-trabalham-fora-mostra-estudo>>. Acesso em: 01 mar. 2022.

PRESSER, Tiago. **A violência Doméstica**. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8560/A-violencia-domestica>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

RIBEIRO, Dominique de Paula. **Violência contra a mulher: aspectos gerais e questões práticas da Lei nº 11.340/2006**. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2013.

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos: Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas**. Porto Alegre/RS: AGE Ltda, 2006.

SOUZA, José Alves de. **Lei Maria da Penha e a duvidosa eficácia das medidas protetivas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48978&seo=1>>. Acesso em: 02 mar. 2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry; COSTA, Marli Marlene Morais da. **Violência doméstica: Quando a vítima é criança ou adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

ESTACIONAMENTO. VAGA RESERVADA À PESSOA COM DEFICIÊNCIA. Violação à lei de trânsito. Dano moral coletivo. Não configuração. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ.

LIVIO ARAUJO BRITO: Bacharel em Direito (URCA-CE) e servidor público federal.

Resumo: O estudo ora apresentado cuida da não configuração de dano moral coletivo quando alguém estaciona em vaga de estacionamento reservada para deficientes. De início, será abordada a previsão legal da vaga de estacionamento reservada para deficientes, além do próprio conceito de deficiente. Em seguida, analisará o conceito de dano moral coletivo e seus pressupostos. Por fim, será exarado o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ.

Palavras-chave: Estacionamento. Vaga reservada à pessoa com deficiência. Dano moral coletivo. Não configuração. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ.

1. INTRODUÇÃO

O direito constitucional à acessibilidade para as pessoas com deficiência está assentado, de forma expressa, no art. 227, § 2º, da Constituição Federal de 1988-CF/88, sendo que a lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado para as mesmas.

Ademais, nos termos do art. 2º da Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência-EPD, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Outrossim, o EPD em seu art. 47 prevê ainda que, em todas as áreas de estacionamento aberto ao público, de uso público ou privado de uso coletivo e em vias públicas, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoa com deficiência com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados, sendo que a utilização indevida das vagas reservada sujeita os infratores às sanções previstas Código de Trânsito Brasileiro-CTB.

2. CONCEITO DE DANO MORAL COLETIVO E SEUS PRESSUPOSTOS

O dano moral coletivo é categoria autônoma de dano, independente de atributos da pessoa humana (dor, sofrimento etc.), e que se configura nos casos em que há lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade e fique demonstrado que a conduta agride, de modo ilegal ou intolerável, os valores fundamentais da sociedade, causando repulsa e indignação na consciência coletiva.

Dessarte, preenchidos esses requisitos, o dano configura-se "in re ipsa", dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos ou de efetivo abalo moral.

3. POSICIONAMENTO ATUAL DO STJ

A propósito, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça-STJ exarou o seu entendimento de que o estacionamento de veículo em vaga reservada à pessoa com deficiência não configura dano moral coletivo (AREsp 1.927.324-SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 05/04/2022, DJe 07/04/2022).

No caso julgado pelo STJ, o pedido era de condenação do réu condutor de veículo automotor ao pagamento de compensação por dano moral coletivo, em razão de ter estacionado em vaga reservada à pessoa com deficiência; ausentes peculiaridades do caso, como reincidência ou maior desvalor na conduta da pessoa natural.

Em casos tais, a Segunda Turma do STJ não tem acolhido a pretensão condenatória, considerando a ausência de elementos que, não obstante a relevância da tutela coletiva dos direitos da pessoa com deficiência ou idosa, evidenciem que a conduta agrida, de modo intolerável, os valores fundamentais da sociedade.

Dessarte, para o STJ, não há como afirmar que tal conduta tenha infringido valores essenciais da sociedade ou que possua atributos da gravidade e intolerabilidade.

Portanto, o caso trata, pois, de mera infringência à lei de trânsito, o que é insuficiente para a caracterização do dano moral coletivo.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou demonstrar que o mero ato de estacionar veículo em vaga reservada à pessoa com deficiência não configura dano moral coletivo, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28 Abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.146/2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 28 Abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 28 Abr. 2022.

RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL NAS RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS ALUSIVOS A PARTILHA DE BENS *POST MORTEM*

IZABELLA ARAÚJO PINTO:
Acadêmica do curso de Direito na
Universidade UNIRG. Gurupi/TO⁵⁸.

ALCIVANDO FERREIRA DE SOUSA⁵⁹

(orientador).

RESUMO: A união estável é uma das formas de formação familiar mais debatida das últimas décadas, principalmente pelo aumento da sua prática. Dentro desse contexto, discute-se frequentemente a respeito do reconhecimento da união estável nas relações extraconjugais, cuja situação já tem sido debatido e julgado, inicialmente, nos Tribunais de Justiça, e ainda na sociedade e na doutrina jurídica. Sendo assim, busca-se destaque nas decisões proferidas recentemente, na qual, os referidos Tribunais admite união estável em situações específicas. Portanto, nesta pesquisa teve como objetivo explanar de forma técnica as decisões dos referidos Tribunais de Justiça, os prós e contras de um parecer neste cenário. Para além dessa temática, discutiu-se o presente tema em relação a partilha de bens *post mortem*. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura, tendo como base livros, legislação brasileira e principalmente a jurisprudência pátria. A coleta de dados se deu em base de dados como Google Acadêmico, Scielo, dentre outros. Nos resultados, ficou evidenciado que a partilha de bens *post mortem* nas relações extraconjugais é plenamente possível, desde que no caso concreto, a relação preencha os requisitos inerentes aos da união estável.

Palavras-chave: União Estável. *Post Mortem*. Bens. Reconhecimento.

ABSTRACT: The stable union is one of the most debated forms of family formation in recent decades, mainly due to the increase in its practice. Within this context, there is frequent discussion about the recognition of a stable union in extramarital relationships, whose situation has already been debated and judged, initially, in the Courts of Justice, and also in society and in legal doctrine. Therefore, it seeks to highlight the decisions handed down recently, in which the aforementioned Courts admit stable union in specific situations. Therefore, this research aimed to technically explain the decisions of the aforementioned Courts of Justice, the pros and cons of an opinion in this scenario. In addition to this theme, the present theme was discussed in relation to the sharing of goods *post mortem*. In terms of methodology, it was a review of the literature, based on books,

⁵⁸ E-mail: izabellaraujop@hotmail.com.

⁵⁹ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG E-mail: @hotmail.com.

Brazilian legislation and mainly the country's jurisprudence. Data collection took place in databases such as Google Scholar, Scielo, among others. In the results, it was evident that the sharing of *post mortem* assets in extramarital relationships is fully possible, provided that in the specific case, the relationship meets the requirements inherent to those of a stable union.

Keywords: Stable union. *Post mortem*. Assets. Recognition.

Sumário: 1. Introdução. 2. A união estável no Direito brasileiro. 3. A união estável nas relações extraconjugais. 4. A partilha de bens *post mortem* em contexto. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

É incontestável que o conceito de família vem sendo modificado no decorrer dos anos. Para provar esta afirmação, encontra-se as alterações da Constituição Federal de 1988 que trouxe um novo significado para o que seja uma família, se encaixando no novo padrão familiar.

Uns dos exemplos de mutação constitucional no conceito de família, foi a possibilidade de existência da pluralidade de novos grupos de família, tais como a família monoparental, anaparental, poliafetiva, eudemonista, substituta, composta, homoafetiva, dentre outros, que possibilitou o entendimento de que a família não se resume somente pelos laços consaguíneos.

Dentro dessa seara, encontra-se as relações extraconjugais. Presente desde os primórdios da civilização, esse tipo de relação se caracteriza por não ser estabelecido pelas relações, direitos ou deveres conjugais, ou seja, está fora do matrimônio/casamento. Nas últimas décadas, o número de relações extraconjugais tem crescido significativamente, o que tem causado mudanças não apenas sociais, mas também na esfera do Direito, uma vez que os membros dessas relações vem pleiteando o seu reconhecimento jurídico e as demais garantias reservadas ao casamento.

Fato é que esse tipo de relação ainda não é consenso no âmbito jurídico e principalmente social, fazendo com que as decisões acerca desse tema, seja base para inúmeras discussões.

Diante disso, esse estudo tem como foco a discussão acerca de uma possível união estável nos casos extraconjugais. Busca-se analisar de que forma as relações extraconjugais podem se nivelar ao status de união estável e os efeitos disso. Cabe lembrar, que o reconhecimento desse fato trará como efeito o garantismo dos direitos estabelecidos frente à partilha de bens e a possível divisão deles em relação à família principal do de cujus.

Frente a esse tema surgem alguns apontamentos que devem ser levados em consideração, tais como: existe a possibilidade do reconhecimento da união estável nos casos extraconjugais? e; Quais as consequências jurídicas desse reconhecimento na partilha de bens *post mortem*?

Portanto, a finalidade deste estudo é analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da temática proposta. Insta salientar que a discussão sobre essa situação é de suma importância, uma vez que nas relações extraconjugais, principalmente as duradouras e que tem efeitos patrimoniais e constituição familiar, não pode ficar sem respaldo jurídico.

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de março e abril de 2022.

2. A UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

Para falar de união estável é preciso antes, discorrer sobre a família. A primeira visão de mundo e de pessoas a que um indivíduo possui ao nascer é a família. Primeiro a mãe, pois de forma biológica é ela quem é a responsável a dar a vida a esse indivíduo; em seguida vem o pai e os demais membros da família. Nesse cenário é possível aferir que a família está presente desde os primeiros instantes de vida de uma pessoa.

Sendo a família, um alicerce fundamental para o indivíduo, a sua estrutura é a base para a formação e desenvolvimento humano. É nela que se concentram todos os ingredientes necessários para que o indivíduo possa se tornar um ser pensante e social. Em sua formação é possível verificar que a família é fruto de um processo evolutivo humano e social, originado desde os primórdios da humanidade.

Conceitualmente, família pode ser entendida como um agrupamento de pessoas que “vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular. Em sentido amplo, a família é como o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar” (VENOSA, 2014, p. 26).

Dessa forma, observa-se que a família é acima de tudo um grupo de pessoas ligadas entre si, mantendo assim um vínculo. Pode-se correlacionar que a família é também a fonte natural da sociedade, pois é através dela que o indivíduo se relaciona com o

próximo e difunde-se com os outros grupos familiares, criando assim uma comunidade (VENOSA, 2014).

Pela família pode-se notar a sua nobre importância, pois não recai apenas no desenvolvimento do indivíduo, indo mais além, respingando em todas as camadas sociais e entrando no meio jurídico e acadêmico, como forma máxima de expressão social e evolutiva da espécie humana. Sua essência é a base para variados estudos e pesquisas a respeito do ser humano e da comunidade a qual faz parte.

Em terreno jurídico, tem-se o art. 226, *caput*, da Constituição Federal/88 que afirma: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Verifica-se que o Direito, como ciência social, insere a família como sendo o alicerce de uma sociedade, dando a ela uma importância que vai além da formação grupal de indivíduos.

Com base no texto constitucional há também de se vislumbrar que o afeto é quem designa o que seja uma família. É o elo que liga os indivíduos em determinado grupo, constituindo assim a família. Devido ao fato de que qualquer indivíduo sente afeto, a família acaba por ser múltipla, ou seja, tem variadas formas. A título de exemplo, encontra-se a família monoparental, a homoafetiva, paralela ou simultânea, poliafetiva, anaparental, dentre outros. Para fins desse estudo, analisa-se somente a família oriunda da união estável.

A união estável é amplamente reconhecida pelo Direito brasileiro, vide a sua normatização pelo texto constitucional vigente. Nesse sentido, importante mencionar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Verifica-se, “que a carta magna reconheceu explicitamente em seu texto três tipos de família: a formada pelo casamento, a oriunda da união estável entre homem e mulher

e a monoparental” (SANTOS, 2013, p. 34). Porém, na doutrina majoritária é pacífico o entendimento que o rol apresentado pelo artigo acima mencionado não é taxativo.

No que se refere à união estável – tema central desse estudo – a mesma pode ser entendida como a união baseada na “convivência conjugal, entre homem e mulher, como se casados fossem, diuturnamente, com caráter público e permanente, objetivando a constituição de uma família, ainda que inexistam filhos” (GONÇALVES, 2008, p. 45).

Medeiros Júnior (2014, p. 02) acrescenta ainda que o “que deve restar bem claro é que a união estável, nos moldes como concebemos - qual seja, a união de homem e mulher também se agrupa as homoafetivas de acordo com STF”.

A união estável possui como objetivo claro a coabitação de seus membros, como se fosse casados, tendo como base o respeito mútuo, os direitos e deveres de fidelidade e lealdade, a assistência para com o outro, o domicílio comum, etc.

Para Oliveira (2003, p. 19) “nada mais é a união estável que a visibilidade do contrato de casamento, desprovida de seus requisitos meramente formais, porém, não dispensando, para sua caracterização, os deveres geralmente aceitos na coletividade para convivência conjugal”.

Sendo a união estável uma situação de fato, em relação ao seu prazo, a lei anteriormente exigia o prazo de 5 (cinco) anos ou a existência de prole para se configurar em uma união estável. Mas nos dias atuais, como explica Leitão (2017) esse prazo não existe. O critério dessa avaliação é subjetivo. Ou seja, “de que forma você apresenta essa pessoa à sociedade e a vontade de se constituir família e enfim, os requisitos do art. 1723, do Código Civil e que não haja nenhum impedimento constante do art. 1.521, do Código Civil” (LEITÃO, 2017, p. 01).

Na união estável, no mundo jurídico, é de extrema importância que se tenha um documento formal para que essa união seja de fato reconhecida. Portanto, é importante que o casal tenha um documento, ou seja, de se lavrar uma escritura pública de união estável. Sobre esse aspecto, cita-se:

Apesar de a união estável ser uma situação de fato, a escritura é importante por oficializar alguns aspectos, em especial, o regime de bens aplicável à união. Se os companheiros vivem em união estável sem a elaboração de uma escritura pública ou se nela nada estiver estabelecido em relação ao regime de bens, na hipótese de dissolução da união serão aplicadas as regras da comunhão parcial. Se os conviventes quiserem que valha outro regime, é indispensável a lavratura da escritura com a indicação do regime de bens e de

outros aspectos que os companheiros julguem relevantes. É importante também a escritura como meio de comprovação da existência da união, para fins de concessão de benefícios, inclusão dos companheiros como dependentes perante planos de saúde e órgãos previdenciários, pois a escritura pública é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, de acordo com o art. 215, do Código Civil de 2002 (LEITÃO, 2017, p. 05).

Os requisitos se subdividem em objetivos e subjetivos. Os requisitos objetivos correspondem aqueles que dizem respeito às condições pessoais e eventos que independem dos elementos anímicos dos conviventes da união extra-matrimonial. Com relação aos requisitos subjetivos, que é apreciado pela voluntariedade, é manifestado pela intenção de se conviver maritalmente (MEDEIROS JUNIOR, 2014).

Para melhor entendimento sobre esses requisitos, apresenta-se abaixo o Quadro I:

Quadro 1 – Requisitos objetivos e subjetivos da união estável

REQUISITOS OBJETIVOS	REQUISITOS SUBJETIVOS
Ausência de impedimentos matrimoniais	Convivência more uxória
Comunhão de vida	<i>Affectio maritalis</i>
Lapso temporal de convivência	

Fonte: Medeiros Junior (2014)

O Novo Código deixou o conceito de união estável mais aberto, reafirmando o disposto no art. 1º, da Lei 9.278/96. *In verbis*, o art. 1.723, do Novo Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

§ 3º Poderá ser reconhecida a união estável diante dos efeitos do art. 1.576.

(BRASIL, 2002).

Pelo exposto, foi exaurido o prazo mínimo anteriormente estabelecido para se reconhecer à união estável. Então, para sua configuração, é necessária uma vivência comum, o que é incompatível com a relação momentânea, passageira e acidental, sendo caracterizada pela reunião dos elementos citados como: publicidade, continuidade, durabilidade e estabilidade, tendo como objetivo a constituição familiar (MEDEIROS JUNIOR, 2014).

3. A UNIÃO ESTÁVEL NAS RELAÇÕES EXTRAJUGAIS

Conforme expresso anteriormente, a união estável é amplamente regulamentada no Direito brasileiro. Em que pese a sua importância para o âmbito familiar, a sua inclusão nem sempre abarca as várias formações familiares. Nesse caso, fala-se a respeito das relações extraconjugais.

As relações extraconjugais, também chamadas de famílias paralelas (ou simultâneas), são aqueles vínculos onde não há uma formalização jurídica, ou seja, não existe um documento devidamente formalizado que reconheça tal relação. É nos dizeres de Ghelman (2020) uma relação em que um dos pares (já casado ou que esteja em união estável) cria ligações afetivas com uma terceira pessoa.

De acordo com Buscariolo (2019) esses tipos de relacionamentos, em alguns pontos podem ser confundidos com as famílias concubinas, que em grosso modo é aquela que é originada de indivíduos que nutrem relações concomitantes. De acordo com Albuquerque (2020) o concubinato é o nome usado para designar as relações ocultas, escondidas.

Sabe-se que as relações extraconjugais sempre foram marcadas pela ocultação e pelo segredo, por não serem reconhecidas judicialmente e menos ainda socialmente. Segundo Prado (2019) esse tipo de relação, mesmo que muito frequente na prática, ficam em sua maioria imersas na nebulosidade dos segredos familiares, em razão das reações negativas da moral e da religião. Devido à natureza clandestina, os efeitos dela são nocivos aos seus pares, que são cometidos por angústias e conflitos morais, éticos e sociais, causando assim, dor e sofrimento quando descobertas.

Apesar disso, Prado (2019) também acentua que quando há uma relação harmônica e equilibrada, os vínculos extraconjugais podem ser prazerosos e trazer felicidade e

amorosidade. E são nessas bases de afeto e solidariedade que se baseiam a motivação para a busca do reconhecimento jurídico dessas relações.

O caminho para o reconhecimento é longo e ainda encontra obstáculos. Como bem menciona Araújo et al. (2021) a moralidade ainda é muito presente na sociedade moderna, inclusive no Poder Judiciário. A sociedade ainda possui um enorme bloqueio em relação à aceitação das conexões paralelas familiares. A ideia de amante ainda é vista com maus olhos, principalmente por uma sociedade marcada pelo machismo e pela diferenciação de gênero, que coloca a mulher em segundo plano.

A “amante” nesses casos, como é denominada as mulheres que vivem numa relação extraconjugal, mesmo que tenha constituído patrimônio e tenha sido uma companheira presente e contínua, não perde o estigma de ser “amante”, ou seja, não merece nada além de relações sexuais com homens casados (GHELMAN, 2020).

Cabe lembrar que, como oportunamente esclarece Gagliano (2018) aqueles relacionamentos fugazes e esporádicos não se enquadram numa relação extraconjugal. A “amante” aqui é vista apenas como uma aventura ou algo passageiro, não tendo nenhum tipo de proteção jurídica. O que é formalizado no vínculo paralelo é a relação que se prolonga no tempo, criando raízes sólidas de convivência, ainda que de natureza clandestina. Portanto, o estigma da mulher amante só será sanado quando verificado o vínculo além do aspecto sexual e momentâneo.

Não podendo ser consideradas como um casamento legítimo, as relações extraconjugais buscam no instituto da união estável o seu reconhecimento enquanto vínculo familiar. É por esse caminho, que muitas mulheres (e também homens, ainda que em menor número) pleiteiam no Judiciário o reconhecimento da união estável e os direitos e garantias dele inerentes (GAGLIANO, 2018).

Ocorre que para aqueles que tencionam o reconhecimento da união estável oriundo de uma relação extraconjugal precisam ter conhecimento de determinados requisitos. Como explica Albuquerque (2020), quando a mulher participa da relação afetiva e alega ser inocente, ou seja, afirma que não tinha ciência de que seu companheiro era casado ou tinha união estável anterior, há o reconhecimento da boa-fé, e assim é admitido também o reconhecimento da união estável putativa.

A união estável putativa é entendida, como informa Venosa (2015), como aquela união estável que ocorre quando um dos companheiros, por agir de boa-fé, acreditava que tinha um relacionamento sem impedimentos legais.

Todavia, caso a mulher afirme que tinha ciência do relacionamento anterior do parceiro, o vínculo entre eles passa a ser inexistente, ou seja, a Justiça não o reveste de nenhum valor (ALBUQUERQUE, 2020).

Fato é que essa temática encontra divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Reconhecer a união estável nos vínculos extraconjugais, assim como ocorre na sociedade, ainda é um tabu a ser melhor discutido, porque como o Direito acompanha o pensamento e os costumes sociais, é preciso melhor embasamento teórico e jurídico para a sua aceitação.

No entendimento contrário ao reconhecimento da união estável nos casos de relações extraconjugais, cabe citar as seguintes palavras:

O casamento institui a família e estabelece o início do regime de bens que a norteará. Portanto, se adaptarmos o conceito de família para acolher uma relação extraconjugal, para conceder os mesmos direitos de uma união estável, estaremos revogando o pacto do regime de bens firmado no início, de forma unilateral. Se assim for, na prática, a esposa que efetivamente contribuiu para a constituição do patrimônio comum (regime mais usado), estará sustentando parte não integrante da relação matrimonial, sem contrapartida. Isso é vergonhoso, é um enriquecimento sem causa. E para não dizer que não há solução, o lícito é modificar o regime de bens, incluindo mais um que abarque a relação com terceiro (CANTO, 2020, p. 02).

Entretanto, entende-se pela maioria da doutrina jurídica que as uniões paralelas devem receber o tratamento equiparado à união estável. Como opinam Araújo et al. (2019) reconhecer uma união extraconjugal como união estável é coerente, porque tem-se como base o entendimento de que se trata de uma família idêntica a qualquer outra, ou seja, é constituída por livre escolha, possui o afeto como principal aspecto e que pode gerar filhos oriundos dessa relação. Para os autores, a formalização jurídica da união estável nesses casos assegura à companheira o princípio essencial da Dignidade da Pessoa Humana, o basilar do texto constitucional brasileiro.

No mesmo caminho, Dias (2020) entende que as relações extraconjugais existem porque são criadas no seio da sociedade e conseqüentemente no cenário jurídico, haja vista que as partes - na maioria das vezes - convivem, tem filhos e ainda possuem patrimônio comum. Por essa razão, essa autora defende que essa modalidade não deve ser destrutada, o que configuraria uma injustiça àqueles constituintes.

No campo jurisprudencial, somente nos últimos anos é que de fato os tribunais estão lidando mais efetivamente sobre esse tema. Ainda que tímido, é possível notar um

avanço no entendimento sobre a possibilidade (ou não) do reconhecimento da união estável em sede de relacionamento extraconjugal.

Num contexto mais amplo, tem-se compreendido que não existe a possibilidade de união estável reconhecida em solo de relações extraconjugais. É o que afirma a seguinte jurisprudência:

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM. HOMEM CASADO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU DE FATO NÃO COMPROVADA. IMPEDIMENTO LEGAL À EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. I. De acordo com o artigo 1.723 do Código civil, constituem pressupostos da união estável a convivência pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituição de família, bem como a ausência dos impedimentos matrimoniais contidos no artigo 1.521 da Lei Civil. **II.** Caracteriza concubinato - ou união livre - a relação não eventual entre homem e mulher impedidos de casar, salvo quando comprovada a separação judicial ou de fato do cônjuge. **III.** Na constância do matrimônio, salvo quando se verifica a separação, judicial ou de fato, **não é possível o reconhecimento de união estável paralela.** **IV.** Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n.1167427, 20161010071379APC, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 10/04/2019, Publicado no DJE: 03/05/2019) (grifo meu)

Apesar disso, há julgados com entendimento contrário. A título de exemplo, em 2011, por meio do Agravo nº 0009704-09.2011.8.17.0000, à Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, tratou do caso onde a união concubinária referente se prolongou durante dezessete anos, sendo pública, contínua e duradoura. Mesmo que o companheiro já fosse casado com outra mulher, o relator Desembargador José Ivo de Paula Guimarães em seu voto entendeu que esta situação não mais se trata de uma relação adúlterina, e sim paralela, tendo sido reconhecida a união estável, apoiando-se no pilar da dignidade da pessoa humana, não podendo o Estado desamparar quem vivia amparada.

Em outro julgado, à Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através da Apelação Cível nº 0433726-31.2016.8.21.7000, cujo relator fora o desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgou favorável pelo reconhecimento da união estável numa relação extraconjugal, pelo fato de que ficou caracterizada uma união estável putativa, já que a requerente, teve um relacionamento público e notório, com coabitação e comunhão de interesses e de vida, sem ter conhecimento do impedimento do companheiro.

Pelos julgados acima mostrados, fica claro observar que é possível o reconhecimento da união estável nas relações aqui analisadas. No entanto, é preciso enfatizar que para que ela ocorra é preciso que a união paralela tenha as mesmas características da união estável, que conforme alude Venosa (2015) tenha a finalidade de formar família, tenha vínculo contínuo e duradouro, que se crie projeto de vida em comum, haja construção patrimonial e/ou filhos (não necessariamente).

Ainda que seja possível encontrar outros julgados que tragam decisões favoráveis ao reconhecimento da união estável nesses casos, é necessário frisar, que regra geral, eles não são possível de reconhecimento. O que há atualmente são casos excepcionais, aos quais outros fatores ajudam a fundamentar tal validação. Nesse diapasão, Buscariolo (2019) enfatiza que o direito brasileiro não traz uma proteção ao concubinato, que não deve ser equiparado a um casamento ou união estável. O que existe é uma tolerância com determinados efeitos jurídicos decorrentes do concubinato.

Tais exceções adentram no campo dos direitos patrimoniais, em especial, a partilha de bens *post mortem*, o que será analisado no tópico a seguir.

4. A PARTILHA DE BENS *POST MORTEM* EM CONTEXTO

No tópico anterior ficou entendido que existem na jurisprudência brasileira decisões favoráveis ao reconhecimento da união estável nos casos onde configurado uma relação extraconjugal. Uma vez estabelecida essa decisão, parte-se para outro campo: o da partilha de bens, principalmente no aspecto *post mortem*.

No caso em contexto, para que se tenha a garantia do patrimônio e demais direitos previdenciários é necessário que a união seja devidamente reconhecida. Caso contrário, não há de se falar em partilha de bens. É o que assegura o presente julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO *POST MORTEM* DE UNIÃO ESTÁVEL. CONHECIMENTO PARCIAL. REQUISITOS DA UNIÃO ESTÁVEL. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTITUIÇÃO DE UNIDADE FAMILIAR, PÚBLICA, CONTINUA E DURADOURA. INEXISTENTE COMPROVAÇÃO. HOMEM CASADO. RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. IMPEDIMENTO. 1. Impõe-se o conhecimento parcial do recurso quando ausente, em relação a determinada matéria, impugnação específica aos fundamentos da sentença. 2. Para que se configure a união estável, mostra-se necessário o preenchimento inequívoco dos requisitos legalmente elencados, quais sejam, convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, além da ausência dos impedimentos matrimoniais contidos no artigo 1.521 da Lei Civil. 3.

Nos termos do art. 1.723, §1º, e art. 1.521, inciso VI, do Código Civil, é descabido o reconhecimento da união estável com pessoa casada, quando não comprovada a separação de fato. 4. **Extraíndo-se das provas colhidas no feito a ausência de caráter inequivocamente público e estável da relação**, bem como a existência de relacionamento com homem casado, sem que comprovada a separação de fato, **mostra-se descabido o reconhecimento de união estável**. 5. Apelação parcialmente conhecida e não provida. (07093366720188070007 - (0709336-67.2018.8.07.0007 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. TJDFT. 8º Turma Cível. Relatora: ANA CANTARINO. Data do Julgamento: 10/07/2019. Publicado no DJE: 25/07/2019). (grifo meu)

Nesse contexto, para que se configure a união estável, mostra-se necessário o preenchimento inequívoco dos requisitos legalmente elencados, quais sejam: convivência pública, contínua e duradoura e o objetivo de constituição de família. Logo, não é todo e qualquer relacionamento amoroso, ainda que duradouro, que configura união estável. Somente com esses requisitos preenchidos é que se pode reconhecer a união estável, incluindo as situações de uniões paralelas (GAGLIANO, 2018). As provas contidas neste julgado, contudo, não demonstram, de forma inequívoca, o preenchimento dos requisitos necessários ao reconhecimento da união estável, ao passo que não fora reconhecido a pretensão da autora pela magistrada.

Em decisão semelhante, tem-se:

APELAÇÃO CÍVEL. **RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL 'POST MORTEM'. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS. RELACIONAMENTOS PARALELOS**. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. São requisitos indispensáveis, para a configuração da união estável, a convivência pública, contínua, estável e com objetivo de constituição de família. Não estando demonstrados esses elementos nos autos, não deve ser reconhecida a união estável. No caso, **verifica-se que o falecido mantinha diversos relacionamentos paralelos, não cumprindo com o dever de lealdade que é ínsito a uma união estável**. Dentre os relacionamentos paralelos mantidos pelo falecido, apenas um deles assemelhava-se mais à figura da união estável, pois houve construção de patrimônio comum e coabitação (o endereço informado pelo falecido em seus documentos sempre foi, ao longo do tempo, o endereço de uma de suas namoradas, não sendo o endereço da parte apelada). A jurisprudência do STJ é no sentido de ser impossível o

reconhecimento de duas ou mais uniões estáveis simultâneas, notadamente se apenas um relacionamento - não sendo o retratado nos autos - atende aos requisitos legais. Recurso provido. (TJTO. Apelação Cível 0013367-12.2014.8.27.2706, Rel. ADOLFO AMARO MENDES, GAB. DO DES. ADOLFO AMARO MENDES, julgado em 14/04/2021, DJe 26/04/2021 14:44:26) (grifo meu)

Nota-se que com os exemplos acima mostrados, somente com a configuração dos requisitos da união estável é que se pode arguir uma possibilidade de garantia à partilha de bens *post mortem*. Por essa razão, os tribunais são enfáticos que essa possibilidade não é a regra geral, é simplesmente a exceção.

Ainda assim, não pode a amante (aqui no sentido formal e não pejorativo do termo) quando provada os requisitos de uma união estável ficar desprotegida. Novamente invocam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da boa fé nesses casos, para que a mesma possa ter seus direitos preservados. Assim, é preciso que se analisem cada caso concreto de forma única, para posteriormente validar uma decisão justa.

Com base nisso, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 380 ao qual se reconhece o direito do concubinato como sociedade de fato, garantindo assim uma eventual partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum. Ou seja, nos casos onde a discussão reside na partilha de bens, há a possibilidade de garantir a parte devida às "amantes" (BARCELLOS, 2019).

Recentemente, em 2020, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) julgou procedente, por unanimidade, pedido de reconhecimento de união estável paralela ao casamento. No caso, a autora da ação manteve relacionamento durante 50 anos com um homem casado legalmente. Após o falecimento dele, ela ingressou na Justiça requerendo o reconhecimento da união estável e o direito à partilha dos bens, ao qual também fora atendida.

De acordo com relator do processo, o Desembargador José Antônio Daltoé Cezar, uma vez comprovada a relação extraconjugal "duradoura, pública e com a intenção de constituir família", ainda que concomitante ao casamento, é possível, sim, admitir a união estável "desde que o cônjuge não faltoso com os deveres do casamento tenha efetiva ciência da existência dessa outra relação fora dele, o que aqui está devidamente demonstrado". Segundo o relator, "se a esposa concorda em compartilhar o marido em

vida, também deve aceitar a divisão de seu patrimônio após a morte, se fazendo necessária a preservação do interesse de ambas às células familiares constituídas”.⁶⁰

Lacerda (2021) explica ainda que nesses casos, independe da companheira da família paralela a comprovação de participação na construção patrimonial do de cujus, visto que basta a mesma fazer parte de tal relacionamento e os bens constituídos na constância da união. No caso onde o de cujus não deixou descendentes ou ascendentes, a herança deverá ser dividida entre a viúva e a companheira, em suas respectivas proporções.

Caso como o apresentado acima, mostra, que a depender do caso, pode ser plenamente possível o reconhecimento da união estável e conseqüentemente o garantismo da partilha de bens, ainda que em casos de *post mortem*. O que fica evidenciado é a observância dos requisitos que fazem o magistrado entender que de fato a relação extraconjugal era baseada no afeto, na construção social e patrimonial conjunta e de maneira pública, como ordena nos casos de união estável.

Portanto, para esse estudo, caminha-se no entendimento de que é imprescindível que o Direito, enquanto ciência social busque constantemente acompanhar os avanços sociais ao qual ocorre. As relações pessoais e interpessoais são cada vez mais complexas e dinâmicas, ao passo que o sistema jurídico não pode fechar os olhos para essas mudanças, devendo legislar e julgar todos os casos apresentados de forma humanitária e solidária (LACERDA, 2021).

Dessa forma, entende-se que nos casos apresentados, a partilha de bens post mortem seja devidamente efetuada nos casos de relações paralelas. Dito isto, afirma-se que não pode a concubina, que assim como a legalizada, mantenha uma relação afetiva, pública e de construção de patrimônio, ser desrespeitada ou ignorada diante dos fatos. Cabe à justiça lhe dar o devido crédito ao qual merece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema por ora debatido é de natureza polêmica. Não é aceitável socialmente (e até mesmo no meio jurídico) que um indivíduo devidamente casado ou que tenha união estável tenha mais do que uma família. Para muitos é inconcebível obter mais de uma família e um mesmo provedor.

No entanto, a sociedade e seus costumes e arranjos não acompanha em linha reta as regras de religiões ou opiniões individuais. A complexidade humana faz com que diversos meios de relações amorosas se originem e se constituem uma família, que como

⁶⁰ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/336475/justica-reconhece-uniao-estavel-para-lela-a-casamento>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

o próprio texto constitucional aduz é baseado principalmente pelo afeto. E o afeto pode não representar não somente a uma pessoa, mas a várias.

Sendo assim, as famílias paralelas ou relações extraconjugais tem buscado reconhecimento jurídico em face a sua prática social e sua efetivação nas relações pessoais dos indivíduos. No entanto, o que se encontra é um enorme muro que divide essas relações e as outras já reconhecidas.

Como mencionado no decorrer deste estudo, as famílias paralelas, são marcadas negativamente pela sociedade, onde se vê famílias simultâneas como a família que destrói os relacionamentos "saudáveis", preconceito este que dificulta o seu reconhecimento na esfera judicial.

O que se verificou nesta pesquisa é que essa matéria ainda não é regulamentada, sendo os tribunais superiores responsáveis pelas demandas frequentes que chegam ao seu julgamento, sendo certo que as decisões polêmicas existirão enquanto não houver regulamentação, na tentativa de priorizar os núcleos familiares, sem deixar à margem, mas também sem favorecer injustamente o amante, visando-se respeitar a dignidade da pessoa humana com base na boa-fé.

Nos casos apresentados, ainda que pese os posicionamentos divergentes, a jurisprudência brasileira - assim como a doutrina majoritária - vem reconhecendo a união estável no campo das relações extraconjugais, desde que essas cumprem com os requisitos desta última. Assim, quando provado que houve uma relação de afeto, de construção de patrimônio, de bens em comum, de continuidade e notoriedade, pode-se vislumbrar um reconhecimento jurídico. Isso também se estende aos casos de partilha de bens *post mortem*, tema central deste trabalho.

Destarte, não se pode concluir este trabalho sem mencionar que é necessária a análise de cada caso concreto de acordo com suas características e peculiaridades, uma vez que este é um tema complexo e envolve direitos pessoais e patrimoniais, devendo-se entender que não se deve estagnar em paradigmas concernentes aos conceitos de fidelidade e monogamia, para que quando observada a caracterização da união estável entre os amantes, deva ser julgado pelos direitos do concubino.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Anderson. **Os relacionamentos extraconjugais na visão da lei**. 2020. Disponível em: <<https://www.andersonalbuquerque.com.br/artigo&conteudo=os-relacionamentos-extraconjugais-na-visao-da-lei>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ARAÚJO, Stéfane de Oliveira; MELO, Brena Damasceno; MORAIS, Ivonalda Brito de Almeida; CARVALHO, Genyvana Criseya. **Direito dos Amantes: os efeitos jurídicos das**

relações concubinárias. Research, Society and Development, v. 10, n. 8, e58110817636, 2021.

BARCELLOS, Karoline Malheiros de. **O reconhecimento da união estável em relações paralelas e seus efeitos patrimoniais.** 2019. 46 f. Monografia (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais). Curso de Direito. Universidade de Passo Fundo, Sarandi, RS, 2019.

BRASIL, **Lei nº 10.406 de 2002.** Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.811 de 12 de março de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BUSCARIOLO, K. G. **Os diversos tipos de família no Brasil.** In: ETIC - Encontro de Iniciação Científica, 2019.

CANTO, VALÉRIA. **Reconhecimento de relação extrajudicial.** In: GHELMAN, Débora. Reconhecimento de relação extraconjugal como união estável é ato coerente. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/debora-ghelman-relacao-extraconjugal-uniao-estavel>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13ª ed. e-book. Juspodivm, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direitos da(o) Amante - na Teoria e na Prática.** 2018. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/direitos-dao-amante--na-teoria-e-na-pratica/2387>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

GHELMAN, Débora. **Reconhecimento de relação extraconjugal como união estável é ato coerente.** 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/debora-ghelman-relacao-extraconjugal-uniao-estavel>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro** – direito das sucessões. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LACERDA, Juliana Stephania de Amorim. **Efeitos jurídicos decorrentes da formação de família paralelas.** Artigo apresentado ao Centro Universitário UNIVAG, 2021.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **Tudo que você sempre quis saber sobre a união estável.** 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255268,11049Tudo+que+voce+sempre+quis+saber+sobre+a+uniao+estavel>>. Acesso em: 19 abr. 2022.

MEDEIROS JÚNIOR, Wilson Neves de. **A união estável e sua fundamentação legal.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49427&seo=1>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

OLIVEIRA, Euclides de. **União estável:** do concubinato ao casamento. 6.ed. São Paulo: Método, 2003.

PRADO, Luiz Carlos. **As múltiplas faces da infidelidade conjugal.** 1º ed. Editora: Sinopsys, 2019.

SANTOS, Lara Cintia de Oliveira. **A Constitucionalidade do Conceito de Família e a Adoção de Criança por Pares Homoafetivos.** Monografia apresentado ao curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília –DF, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** *direito de família.* 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil:** direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MULTIPARENTALIDADE E OS EFEITOS JURÍDICOS DO SEU RECONHECIMENTO NO ÂMBITO FAMILIAR

LUANA ANDRADE CAMPOS:
Acadêmica do Curso de Direito da
Universidade de Gurupi- UnirG.⁶¹

JOSÉ CARLOS RIBEIRO DA SILVA ⁶²

(orientador)

RESUMO: O estudo em tela apresentará a multiparentalidade e os efeitos que seu reconhecimento provoca no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito ao âmbito familiar, possuindo como problemática os efeitos jurídicos gerados a partir do reconhecimento da multiparentalidade no âmbito familiar. O trabalho, de forma geral, objetiva analisar os efeitos jurídicos desse instituto. Em se tratando dos objetivos específicos compreender a evolução e os princípios do direito civil, nesse caso específico, o direito de família, as espécies de filiação reconhecidas no Brasil e em Portugal, bem apontar o conceito e histórico da multiparentalidade, da possibilidade de existência concomitante da parentalidade biológica e afetiva no registro de nascimento, e seus efeitos na seara jurídica. Pautada em pesquisa dedutiva e bibliográfica, foram utilizadas pesquisas extraídas de livros e de legislações vigentes, além dos artigos e jurisprudências publicados em bases de dados online. Após o estudo, restou claro que não há distinção entre a filiação afetiva e biológica, sendo que ambas podem coexistir ao mesmo tempo, gerando efeitos jurídicos próprios e direitos garantidos. Dessa forma, foram detectadas diversas consequências advindas dos entendimentos acerca dos efeitos jurídicos, não havendo, ainda, legislação própria acerca do tema.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Parentalidade Socioafetiva. Coexistência de parentalidade biológica e afetiva.

ABSTRACT: The present study will present multiparenthood and the effects that its recognition causes in the Brazilian legal system, with regard to the family environment, having as a problematic the legal effects generated from the recognition of multiparenting in the family environment. The work, in general, aims to analyze the legal effects of this institute. In terms of specific objectives, understanding the evolution and principles of civil law, in this specific case, family law, the species of filiation recognized in Brazil and Portugal, as well as pointing out the concept and history of multiparenthood, the possibility of concomitant existence of biological and affective parenting in birth registration, and its

⁶¹ E-mail: luanaacampos@unirg.edu.br

⁶² Professor do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. E-mail: 13karllos@gmail.com

effects on the legal field. Based on deductive and bibliographic research, researches extracted from books and current legislation were used, in addition to articles and jurisprudence published in online databases. After the study, it became clear that there is no distinction between affective and biological affiliation, and both can coexist at the same time, generating their own legal effects and guaranteed rights. In this way, several consequences arising from the understandings about the legal effects were detected, and there is still no specific legislation on the subject.

Keywords: Multiparenting. Socioaffective Parenting. Coexistence of biological and affective parenting.

Sumário: Introdução; 1. Evolução da conceituação de família; 1.1 A família para a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 1.2 Princípios do direito de família; 2. Filiação: histórico e conceituação; 2.1 Espécies de filiação; 3. Multiparentalidade e as consequências jurídicas do seu reconhecimento no âmbito familiar; 3.1 Histórico e conceituação de multiparentalidade; 3.2 Da coexistência da parentalidade biológica e afetiva no registro de nascimento; 3.3 Efeitos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade; 3.3.1 Extensão do parentesco a outros parentes; 3.3.2 Nome; 3.3.3 Guarda e direitos de visita; 3.3.4 Efeitos sucessórios; 4. Considerações finais; Referências

INTRODUÇÃO

O instituto familiar passou por diversas modificações em sua estrutura no decorrer dos anos, trazendo à tona o surgimento de novos arranjos familiares. Assim como todos os ramos jurídicos, o Direito de Família não se manteve imune às transformações da sociedade.

Até poucos anos, existiam critérios para se determinar a filiação, sendo eles: filiação biológica, presunção legal e socioafetiva. Entretanto, apenas um dos critérios poderia prevalecer (FARIAS e ROSENVALD, 2018). Além disso, o Enunciado 339 do CJF/STJ aduzia que “A parentalidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”.

No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em inédita decisão, fixou nova tese, esclarecendo que não há distinção entre a parentalidade biológica e socioafetiva, deixando claro que é viável que posteriormente haja o reconhecimento de outra modalidade de filiação, podendo ser oriunda de laços sanguíneos ou aquelas que decorrem dos vínculos afetivos.

Dessa forma, após tantas mudanças da sociedade e da maneira de constituição da família, surge a necessidade de amparar os laços familiares resultantes da filiação socioafetiva. A multiparentalidade é o reconhecimento da existência comum da filiação

biológica e socioafetiva, trazendo a possibilidade de legitimação da paternidade/maternidade da madrasta ou padrasto sem que haja necessidade de desconsiderar o pai ou mãe biológicos.

Desta forma, o presente estudo, de forma geral, objetiva versar sobre a multiparentalidade, sendo delimitado na análise dos efeitos que esse instituto traz ao mundo jurídico. Possuindo como questão norteadora: quais são efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade?

Em se tratando da metodologia, foi utilizado o método dedutivo bibliográfico e documental, realizado de forma interdisciplinar, analisando a Constituição Federal e o Direito Civil.

A multiparentalidade é uma realidade se faz presente em muitas famílias, e sua compreensão é relevante devido as mudanças nos modelos familiares, trazendo vasta mudança ao Direito de Família, alterando valores e comportamentos da sociedade. Antes, a família ligava-se apenas por laços sanguíneos, e agora é reconhecida pelos laços afetivos, aumentando, dessa forma, a possibilidade de diversos tipos de núcleo parental.

1 EVOLUÇÃO DA CONCEITUAÇÃO DE FAMÍLIA

Rosa (2020) aduz que com o passar dos anos, durante a formação da família, houveram inúmeras influências da Grécia e de Roma, bem como influências religiosas, principalmente pelo cristianismo. Em Roma, por exemplo, a família era reconhecida através do poder patriarcal e todos os outros componentes da entidade eram subordinados ao chefe da família (Noronha e Parron, 2012). Após a queda do Império Romano, a família passou a ser considerada uma extensão da igreja, mesmo que não tenha deixado de reger através do patriarcado (Gagliano e Filho, 2019).

O Código Civil de 1916 trazia, de maneira clara, a origem patriarcal ao determinar o homem como o líder da família, conforme pode ser entendido de alguns de seus artigos, não dando abertura, portanto, para a existência de outras modalidades de constituição da família, a não ser aquela que tem origem no casamento (Xavier, 2015, p. 28). Logo que o casamento era a união de pessoas que objetivavam formar uma relação doméstica, com a finalidade de perpetuação, sendo que, ao ser formada uma família, não havia a opção de sua dissolução, mesmo que não houvesse afeto entre os seus componentes (Rosa, 2020).

Santos (2014, p.41) aduz que:

A família viveu por um longo tempo na conhecida forma plena da autoridade patriarcal, onde somente o patriarca poderia adquirir bens para a formação do patrimônio familiar e exercia o poder sobre os filhos e sobre a mulher. A sua organização era em função da ideia

religiosa e cristã, haja vista sermos herdeiros da civilização romana. Com a evolução pós-romana a família assumiu um cunho sacramental substituindo-se à organização autocrática uma orientação democrático-efetiva, onde os pais exercem o poder familiar e não mais somente do patriarca, de forma que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, equipararam-se os direitos e deveres dos pais nas relações familiares sendo reforçado com o Código Civil de 2002.

Com o advento da Constituição Federal, no ano de 1988, houve uma grande revolução no direito familiar, ao afrontar de maneira direta o modelo familiar convencionado no Código Civil de 1916, alterando a perspectiva jurídica do ambiente doméstico, refletindo diretamente no Código Civil de 2002 (Schreiber, 2020).

Segundo o entendimento de Miranda (2000), a família deve ser conceituada como sendo um grupo de pessoas formadas por um ascendente que traz consigo uma essência para preservar a memória dos antepassados, de forma que seus descendentes deem continuidade aos costumes adquiridos por seus ancestrais, preservando, assim, sua memória e repassando-a aos seus sucessores.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2017, p. 1081), família é

“o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes, segundo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”.

Os autores ainda ensinam que

“é preciso compreender que a família, hoje, não é um fim em si mesmo, mas o meio para a busca da felicidade, ou seja, da realização pessoal de cada indivíduo, ainda que existam – e infelizmente existem – arranjos familiares constituídos sem amor” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2012, p. 773)

Segundo Pereira (2017, p. 49),

Ao conceituar a “família”, destaque-se a diversificação. Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano geral, acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados).

Desta forma, a família tem início pelos cônjuges, e de forma posterior, os descendentes. Dessa maneira, o Código Civil de 2002, estabelece que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.

Referido código, no art. 1596 ainda dispõe que não poderá existir discriminação entre filhos de origens diferentes, devendo ser proporcionado a todos os direitos e qualificações inerentes à eles.

1.1 A Família Para A Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988

A CF de 1988 foi um marco histórico para o direito familiar, ao proteger todos os membros do núcleo familiar, equiparando todos os direitos sem distinção de gênero, trazendo proteção ao casamento e a união estável, e também à formação por qualquer membro familiar (DIAS, 2016).

Após a promulgação constitucional de 1988, os doutrinadores passaram a tratar o direito de família de forma mais profunda, o que proporcionou maior amplitude após o advento do Código Civil de 2002.

O artigo 226 da CF/88 tratou sobre a família, enfatizando a ordem social:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e

científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Dando ênfase ao tema, Gonçalves (2017, p.37), aduz que “a nova Carta abriu ainda outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta a família”.

1.2 Princípios Do Direito De Família

Com a evolução social, surgiram novos tipos de família, inclusive o modelo da multiparentalidade, mesmo não estando expressamente implantada na Constituição Federal.

Esse novo modelo familiar encontra-se amparado pelos princípios constitucionais. De acordo com Lôbo:

Nenhum princípio da Constituição provocou tão profunda transformação do direito de família quanto o da igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre entidades familiares. Todos os fundamentos jurídicos da família tradicional restaram destroçados, principalmente os da legitimidade, verdadeira *summa divisio* entre sujeitos e subsujeitos de direito, segundo os interesses patrimoniais subjacentes que protegem, ainda que razões éticas e religiosas fossem as justificativas ostensivas (LÔBO, 2011, p. 65).

No que se refere à multiparentalidade, apesar de não haver legislação específica, ela se encontra amparada nos princípios constitucionais aplicáveis aos indivíduos da sociedade e seus grupos familiares (DIAS, 2021). Deste modo, destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da função social, da pluralidade das entidades familiares, do melhor interesse da criança e do adolescente e o da afetividade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado no Art. 1º, inciso III da CF/1988. Segundo Gagliano e Filho (2017) esse princípio se fundamenta na existência humana, tendo ampla aceção. Segundo Dias (2016, p. 74)

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para

todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição [...].

Na mesma linha, Gonçalves apud Cunha Pereira (2016) explana que:

O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Preleciona Rodrigo da Cunha Pereira que “a evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. Todas essas mudanças trouxeram novos ideais, provocaram um ‘declínio do patriarcalismo’ e lançaram as bases de sustentação e compreensão dos Direitos Humanos, a partir da noção da dignidade da pessoa humana, hoje insculpida em quase todas as constituições democráticas” (GONÇALVEZ apud CUNHA PEREIRA, 2016, p. 5-6, 413).

Extrai-se daí, que o a multiparentalidade é baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, logo que, considerando a noção de dignidade, a premissa de que o critério biológico é fator exclusivo de vinculação filial, englobando, assim, a afetividade como elemento essencial fundamentador da extensão do vínculo familiar, pois a função social da família contempla o sentimento de cooperação e apoio recíproco. De acordo com Farias e Rosenvald (2017), isso pode ser destacado na condenação ao pagamento de alimentos, no reconhecimento da união estável, pois mesmo que não haja divórcio, caracterize a separação de fato.

Decorrente das mudanças sociais acerca do conceito de família, surge o princípio da pluralidade das entidades familiares, que, conforme preceituado no art. 226 da CF/88, a família decorrente da união estável e da família monoparental, também possuem proteção do estado, e não apenas a família oriunda do casamento.

Farias e Rosenvald (2017), no que se refere princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ensinam que, caso haja necessidade, os ascendentes devem deixar seus interesses próprios de lado para garantir o melhor interesse da sua prole.

Conforme Pereira (2016), o princípio da afetividade é um princípio que pertence ao grupo dos princípios não expressos, mas está subentendido e respaldado pela Constituição Federal, e possibilita a paridade entre irmãos biológicos e adotivos.

Ante o exposto, pode-se constatar que o Direito de Família faz uso dos princípios para a orientação do legislador, objetivando manter o equilíbrio entre equidade e a justiça,

sendo que o direito não pode estar alheio aos novos acontecimentos devido à ausência de legislação pertinente a ser aplicada em cada caso.

2 FILIAÇÃO: HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

2.1 Espécies De Filiação

Rosa (2020) ensina que a filiação pode ser dividida em quatro modalidades. A primeira modalidade é a matrimonial, que é a filiação advinda da constância do casamento, havendo a presunção da paternidade. A segunda é a filiação ocorrida na constância de um relacionamento convencional, como a união estável ou o namoro, e até mesmo de um encontro casual. A terceira modalidade é a decorrente de procedimento de reprodução assistida, fertilização *in vitro* ou inseminação artificial. A última modalidade é a filiação socioafetiva, resultante da posse do estado de filho.

Conforme Rosa (2020), em se tratando filiação socioafetiva, ela leva em conta o pode ser visto, ou seja, trata-se de um resultado da teoria da aparência. Isso significa que a entidade familiar deve agir como pais e filhos, e portanto, não pode-se, apenas visivelmente, diferenciar se os filhos são afetivos ou biológicos.

Para ser caracterizado da posse do estado de filho, é necessário que alguns critérios sejam cumpridos. O primeiro critério a ser preenchido é o *Tractatus*, que se refere ao tratamento das partes diante da sociedade, ou seja, é necessário que as partes de tratem e se relacionem como pais e filhos. O segundo, é a *Reputatio*, ou seja, a repercussão desse tratamento, de maneira que a sociedade reconheça os indivíduos como pai e filho. O último é o *Nominatio*, que está presente no caso em que o filho utilize o sobrenome do pai, não importando se o nome é registral, ou apenas socialmente utilizado (Taturce, 2020).

3 MULTIPARENTALIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO NO ÂMBITO FAMILIAR

3.1 Histórico E Conceituação de Multiparentalidade

Considerando a globalização, o desenvolvimento tecnológico e populacional, é comum que surja novas culturas e diversos fatos sociais. Essa evolução também ocasionou mudanças na estrutura familiar no que se refere aos critérios de paternidade (FARIAS E ROSENVALD, 2014).

De acordo com Santos (2014), a paternidade/maternidade pode ser definida pelo aspecto presumido, biológico e afetivo, no entanto, com o avanço da doutrina e da jurisprudência, está consolidado que se houver conflito entre paternidade/maternidade biológica e socioafetiva, a socioafetiva deve prevalecer.

Em se tratando da divergência entre o reconhecimento ou não reconhecimento da parentalidade afetiva, a Egrégia Corte do Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem se posicionado da seguinte forma:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. [...]. VIABILIDADE. RECONHECIMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO DA DUPLA PARENTALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A PEDIDO DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos" (STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016). (TJ-SC-AC: 03026749320158240037, Joaçaba 0302674.93.2015.8.24.0027, Relator: Saul Steil, Julgado em: 17/04/2018, Terceira Câmara de Direito Civil).

A multiparentalidade advém da equiparação entre a filiação biológica e afetiva. Welter apud Cassettari (2015) destaca que:

Visto o direito de família sobre o prisma da tridimensionalidade humana, deve-se atribuir ao filho o direito fundamental às paternidades genética e socioafetiva e, em decorrência, conferir-lhes todos os efeitos jurídicos das duas paternidades. Numa só palavra, não é correto afirmar, como o faz a atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental que 'a paternidade socioafetiva se sobrepõe à paternidade biológica', ou que "a paternidade biológica se sobrepõe à socioafetiva", isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica" (WELTER apud CASSETARI, 2015, p. 215)

Dessa forma, Valadares (2016) assevera que a multiparentalidade é um ato social, e como todo ato social, é necessária a sua normalização, pois apenas através de sua regulação é possível que haja a conformação jurídica dessa mudança na estrutura familiar:

A multiparentalidade pode ser conceituada como a existência de mais de um vínculo na linha ascendente de primeiro grau, do lado materno ou paterno, desde que acompanhado de um terceiro elo. Assim, para que ocorra tal fenômeno, necessário pelo menos três pessoas no registro de nascimento de um filho [...] (VALADARES, 2016, p. 55).

Dias (2010, p. 49) esclarece que:

A multiparentalidade “decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum”. A autora aponta ainda que “as famílias pluriparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência”

3.2 Da Coexistência Da Parentalidade Biológica E Afetiva No Registro De Nascimento

Ante da CF de 1988, vivíamos em um modelo hierárquico de família, mas com o advento da Carta Magna, passamos a viver em um modelo democrático, no qual houve a possibilidade da ampliação do conceito de família, passando de um modelo taxativo para um modelo plural e aberto (LEITÃO, 2015).

Segundo o art. 226, § 3º e 4º da Carta Magna:

“§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Após reconhecer a união estável e o modelo de família monoparental, a CF/88 abriu precedente para a existência de outros arranjos familiares. Dessa forma, Silva e Brum (2014) ensinam que nessa seara, é comum a existência de famílias composta de casais separados, que acolhem os filhos dos parceiros advindos de uniões anteriores, formando vínculos, instituindo-se assim uma nova família. Além dessa situação, também há casos de casais

homoafetivos que buscam, de forma judicial, a declaração de filiação socioafetiva dos filhos do parceiro, não afastando a filiação biológica.

Devido a isso, o afeto possui um valor jurídico reconhecido, surgindo, assim, o princípio da afetividade, conforme já mencionado.

Calderón (2011) explica que:

[...] parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento [...] (CALDERON, 2011, p.263).

Com o reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva, surgiram demandas jurídicas acerca do conflito entre paternidade biológica e socioafetiva. O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) na Repercussão Geral nº 622, que pacificou a tese.

De acordo com Taturce (2019):

"[...] A decisão do STF é o fim do caminho. A regra passou a ser a multiparentalidade, nos casos de dilemas entre a parentalidade socioafetiva e a biológica. Uma não exclui a outra, devendo ambas conviver em igualdade plena."

Segundo Madaleno (2019), o Recurso Extraordinário 898060/16, que teve como relator o Ministro Fux, a tese da multiparentalidade foi aprovada com todas as consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, no enunciado 622, que declarou que "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo e filiação concomitante baseado na ordem biológica com os efeitos jurídicos próprios."

Ementa RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL

RECONHECIDA. Decisão Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ministro LUIZ FUX Relator. (BRASIL, 2016).

Conforme ensinamento de Taturce (2018), o julgamento da Repercussão Geral nº 622, trouxe três consequências que consolidaram a parentalidade socioafetiva:

- “[...] a) o reconhecimento de que a socioafetividade é forma de parentesco civil;
- b) a afirmação da igualdade entre o vínculo biológico e o socioafetivo e
- c) a admissão da multiparentalidade, com o reconhecimento de mais de um vínculo de filiação [...]”.

Dessa forma, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, que passou a permitir o reconhecimento da parentalidade socioafetiva diretamente no cartório de registro civil. Entretanto, o artigo 14 que dispõe que

“O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento.” (BRASIL, 2017).

Referido artigo causou polêmicas, trazendo duas correntes interpretativas. A primeira corrente entendia que a norma não permitia que o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade devido ao termo ‘unilateral’ descrito no artigo. A segunda corrente entendia que o termo ‘unilateral’ se referia a apenas uma paternidade ou maternidade socioafetiva, sendo que dessa forma, o filho tivesse em seu registro de nascimento o nome dos pais biológicos e também o nome de um pai ou mãe socioafetivo (TATURCE, 2018)

De acordo com Calderón (2019), objetivando acabar com essa celeuma, a Corregedoria Geral de Justiça do CNJ editou o provimento nº 83, alterando o provimento nº 63, acrescentando dois parágrafos ao art. 14:

§1º Somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno.

§2º A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial. (BRASIL, 2019).

Dessa forma, as dúvidas acerca do referido artigo foram exauridas, e a multiparentalidade só pode ser reconhecida judicialmente, conforme explicado por Dias (2020, p. 38):

Provimento do Conselho Nacional de Justiça, que sofreu limitações e mutilações, acabou por deixar no limbo um número enorme de crianças, pois faculta o reconhecimento voluntário, diretamente junto ao Cartório de Registro Civil, da parentalidade socioafetiva de quem tiver mais de 12 anos de idade. Há a necessidade da chancela do Ministério Público. Para o reconhecimento extrajudicial da parentalidade de caráter socioafetivo de maiores de 18 anos, basta a concordância das partes. Não há a necessidade da manifestação dos pais biológicos, eis o filho não mais sujeito ao poder familiar. É indispensável a concordância dos pais registrais e o consentimento do filho. Somente é possível o registro de um ascendente, ou paterno ou materno. O registro de filiação socioafetiva com relação a mais de um ascendente depende de demanda judicial.

3.3 Efeitos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade

Acerca da possibilidade de uma pessoa possuir dois pais e uma mãe, ou duas mães e um pai, é evidente a existência dos efeitos jurídicos decorrentes de uma relação familiar (Farias & Rosendal, 2017). Dessa forma, conforme o entendimento do Enunciado nº 9 do Instituto Brasileiro do Direito de Família, “a multiparentalidade gera efeitos jurídicos”.

3.3.1 Extensão do parentesco a outros parentes

O reconhecimento da multiparentalidade é estendido a toda a árvore genealógica. De acordo com Cassettari (2015), se o filho socioafetivo torna-se pai, seu filho também ganhará todos os ascendentes.

Entretanto, ao se estabelecer a multiparentalidade, torna-se imprescindível se atentar aos impedimentos matrimoniais dispostos no Código Civil / 2002, em seu art. 1521:

Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A paternidade ou maternidade socioafetiva, ao ser reconhecida, o filho passará a ter vínculo parentesco com todos os parentes do pai/mãe, gerando, portanto, impedimentos legais e direitos, tais como direitos sucessórios.

3.3.2 Nome

O art. 16 do Código Civil de 2002 estabelece que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendido o prenome e o sobrenome”. Souza e Fernandes (2015), p. 21 esclarecem que:

“A utilização do nome dos pais é um direito fundamental que não pode ser vedado a ninguém. No caso de múltipla parentalidade não deve ser diferente”

[...] o Conselho Nacional de Justiça padronizou as certidões de casamento, nascimento e óbito em todo o país, substituindo os campos pai e mãe para somente filiação, e dos avós paternos e maternos para avós. Isso foi um avanço para sociedade, não causando maiores problemas na aceitação do registro de mais de dois pais na certidão de nascimento, podendo ser registrado a multiparentalidade sem nenhum embaraço registral.

Assim, o filho tem o direito de acumular os sobrenomes da família biológica e afetiva, pois são inerentes à filiação.

3.3.3 Guarda e direitos de visita

Segundo Cassettari (2015), acerca da guarda, deve ser observado o melhor interesse da criança e do adolescente, respeitado o princípio da afetividade. Sendo que o melhor para a criança ou adolescente é viver com quem possui mais intimidade, havendo a possibilidade de compartilhamento da guarda (SOUZA e FERNANDES, 2015).

O Código Civil, em seu art. 1589 dispõe que: “o pai ou mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. Nesse sentido, Cassettari (2015) afirma que:

[...] Não há preferência para o exercício do direito de visita de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança, lembrando que tal direito é extensivo, também, aos avós, não apenas biológicos, mas também, socioafetivos.

3.3.4 Efeitos sucessórios

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 227, § 6º a igualdade entre os filhos, enquanto o art. 1596 do Código Civil proíbe discriminação entre os filhos biológicos e afetivos, não havendo impedimento, portanto, acerca do direito sucessório.

A CF/88 garante o direito à herança no art. 5º, XXX, e o art. 1784 do Código Civil determina que “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”, enquanto o art. 1845 do mesmo diploma legal estabelece que “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”. Pode-se concluir, portanto, que os pais socioafetivos são equiparados aos pais biológicos no que se refere aos deveres e direitos na multiparentalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar, ante o exposto, que o afeto é o alicerce da entidade familiar, e que o Direito de Família têm acompanhado a evolução da sociedade. Com decorrer do tempo, o modelo de família foi sendo redesenhado, passando a abranger um número maior de integrantes, sendo que a socioafetividade foi uma evolução para o direito da família.

Através da socioafetividade, surgiu a multiparentalidade, fazendo com que pessoas que não possuem o mesmo sangue, possam ser consideradas família pelos laços afetivos, trazendo a possibilidade de dupla paternidade, possuindo efeitos jurídicos próprios.

Dessa forma, torna-se imprescindível que haja proteção jurídica à família, independentemente da sua maneira de constituição, pois a família é a base da sociedade, tendo o afeto como requisito indispensável para formação.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal, fixou tese evidenciando que não há hierarquia entre paternidade biológica ou socioafetiva, trazendo a possibilidade de coexistência de ambas, desde que assegurada o melhor interesse da criança.

A tese traz efeitos e consequências no âmbito jurídico, mas é necessária a regulamentação de legislação própria sobre o tema, e pode-se concluir que o instituto da multiparentalidade é uma modalidade que alterará o ordenamento jurídico, estando sujeita à alterações e modificações no decorrer do tempo, entretanto, tem o poder de garantir mais direitos às crianças e adolescentes, mantendo protegido seus interesses, garantindo o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Leis e Decretos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25/mar/2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 maio 2020. Acesso em: 26 mar. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento 83**. Min. Humberto Martins. 14 de agosto de 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63**. Min. João Otávio de Noronha. 14 de novembro de 2017a. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

_____. STF. **RE 898.060/SC**, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 21 e 22-9-2016

CALDERON, Ricardo Lucas. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL>. Acesso em 29 de março de 2022.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Dias, M. B. **Manual de Direito das Famílias**. (14a ed.). JusPodivm. 2021

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2020

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Manual de direito das famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

Enunciados do IBDFAM. IBDFAM.. <https://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>.

Enunciado 339 do CJF/STJ. IV Jornada de Direito Civil. Conselho da Justiça Federal. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/369>

FARIAS, C. C. & ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: famílias.** (10a ed.). JusPodivm. 2018

_____. **Curso de Direito Civil: famílias.** (9a ed.). JusPodivm. 2017

_____. **Curso de Direito Civil: famílias.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional.** V. 6. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2017.

_____. **Novo curso de direito civil: direito de família.** (9a ed.). Saraiva. 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** V.6. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEITÃO, Fernanda de Freitas. Questões polêmicas em direito familiar: conceito de família, união poliafetiva e registro multiparental. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4353, 2 jun. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39657/evolucao-do-direito-de-familia>. Acesso em: 28 mar. 2022.

LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. [S.l.], 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Ebook.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Tratado de direito privado.** Campinas: Bookseller, 2000.

OLIVEIRA, Guilherme de.- Critérios Jurídicos da Parentalidade. Textos sobre Direito de Família. Coimbra. [Em linha]. (2016), p. 271-306. 2016. [Consult. 08 Abril de 2022]. Disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/38887>. p.273.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil.** Atualizado por Tânia da Silva Pereira, V. 5. 25. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

PEREIRA, R. D. (2016). **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** (3a ed.). São Paulo: Saraiva.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

PETIÇÃO n° 451/XIII/3. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=13134>

PINHEIRO, Jorge Duarte- O Direito da Família Contemporâneo. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6763-6. p. 33

ROSA, C. P. (2020). **Direito de família contemporâneo**. (7a ed.). JusPodivm

SANTOS, F. E. S.A. **A filiação socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro – pai é quem cria**. 2014. Disponível em: <http://www.esaoabsp.edu.br>. Acesso em: 26/mar/2022.

SILVA C A A; BRUM D L M. Multiparentalidade: A coexistência da filiação socioafetiva com a filiação biológica à luz da jurisprudência. Disponível em: <http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/index/index>. Acesso em: 27/mar/2022.

SOUZA, K.G.Q De; FERNANDES, D.B. MULTIPARENTALIDADE: a possibilidade de coexistência da filiação biológica e socioafetiva e seus efeitos jurídicos. Revista online FADIVALE, Governador Valadares, ano VIII, nº 11, 2015.

TARTUCE, F. (2020). **Manual de direito civil: volume único**. (10a ed.). Forense; Método.

_____. Direito Civil: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca

_____. **Anotações ao provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça: Segunda parte**. 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1277/Anota%C3%A7%C3%B5es+ao+provimento+63+do+Conselho+Nacional+de+Justi%C3%A7a.+Segunda+parte+>. Acesso em: 04 jul. 2020.

SCHREIBER, A. (2020). **Manual de direito civil contemporâneo**. (3a ed.). Saraiva Educação.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Fixada tese de julgamento que trata de responsabilidade de pais biológicos e socioafetivos**, (RE) 898060. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29/mar/2022.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as novas relações parentais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

XAVIER, F. D. (2015). **União Estável e Casamento: a impossibilidade de equiparação à luz dos princípios da igualdade e da liberdade**. Disponível em <https://www.tjdft.jus.br/institucional/escola-de-administracao-judiciaria/copy_of_e-books/e-books-pdf/uniao-estavel-e-casamento.>

A DICOTOMIA ENTRE SAÚDE E ECONOMIA NO BRASIL EM DECORRÊNCIA DA CRISE SANITÁRIA CAUSADA PELA COVID-19

GABRIEL DE OLIVEIRA SANTOS:

Graduando do Curso de Direito da Faculdade Interamericana de Porto Velho-UNIRON⁶³

LUCIANE LIMA COSTA E SILVA PINTO.

RESUMO: O presente artigo científico possui como proposta temática a compreensão da aparente dicotomia entre os direitos fundamentais à saúde e à economia. Portanto, relaciona-se diretamente com os direitos à vida e à liberdade. A presente pesquisa objetiva analisar esse conflito entre direitos fundamentais de igual valor jurídico. Para tanto, utilizou-se a revisão bibliográfica como metodologia de pesquisa, mediante a análise de 7 artigos científicos selecionados, além de fonte doutrinária como referencial teórico. Em análise, constatou-se que o entendimento dos autores se coaduna com a compreensão pela prevalência do direito à vida em detrimento das liberdades individuais. Desta maneira, a utilização da ponderação de direitos fundamentais apresenta-se como técnica jurídica necessária para justificar a limitação dos direitos relacionados à liberdade econômica. Portanto, dicotomia entre a saúde e a economia no Brasil é apenas aparente, pois a pandemia constitui uma situação extraordinária, na qual a limitação de direitos fundamentais trata-se de medida excepcional.

Palavras-chave: Direito. Liberdade. Economia. Saúde. Pandemia.

ABSTRACT: This scientific article has as its thematic proposal the understanding of the apparent dichotomy between the fundamental rights to health and the economy. Therefore, it is directly related to the rights to life and freedom. This research aims to analyze this conflict between fundamental rights of equal legal value. Therefore, the bibliographic review was used as a research methodology, through the analysis of 7 selected scientific articles, in addition to a doctrinal source as a theoretical framework. In analysis, it was found that the authors' understanding is consistent with the understanding of the prevalence of the right to life to the detriment of individual freedoms. In this way, the use of weighting of fundamental rights is presented as a necessary legal technique to justify the limitation of rights related to economic freedom. Therefore, the dichotomy between health and the economy in Brazil is only apparent, as the pandemic is an extraordinary situation, in which the limitation of fundamental rights is an exceptional measure.

63 acadêmico de Direito. E-mail: gabrieliveira17@gmail.com.

Keywords: Right. Freedom. Economy. Health. Pandemic.

Sumário: 1. Introdução. 2. Referencial teórico: 2.1. Conceitos e definições: 2.1.1. Direitos fundamentais à vida e à saúde. 2.2. Aspectos históricos. 2.3. Aspectos sociais. 2.4. Aspectos jurídicos. 2.5. Síntese teórica. 3 resultados e discussão: 3.1. Os direitos fundamentais em colisão em tempos de pandemia. 3.2. A dicotomia dos direitos fundamentais relacionados à saúde e à economia no Brasil em tempos de pandemia. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do novo coronavírus e sua proliferação a partir do fim no ano de 2019 e agravamento no primeiro semestre do ano de 2020, mais precisamente em abril desse período, deu origem à pandemia denominada de “Covid-19”. Em razão de seu índice de mortalidade em determinados grupos de indivíduos e seu alto grau de transmissibilidade, essa doença deu origem a diversos efeitos de natureza sanitária, econômica, política e social. Portanto, os Estados e Governos não estavam preparados para os impactos dessa crise sanitária, ensejando diversas celeumas em vários setores.

Especificamente no Brasil, essa pandemia causou sérios impactos nos sistemas públicos e privados de saúde, bem como na economia, fazendo-se necessária adoção de medidas drásticas relacionadas à restrição da liberdade e pagamento de quantias mensais aos hipossuficientes denominadas de “Auxílio Emergencial”. Emerge neste contexto, portanto, a temática da presente pesquisa científica, qual seja, a aparente dicotomia entre a saúde e a economia, resultando no conflito entre os direitos à saúde e à vida em relação à liberdade econômica e locomoção resultantes das medidas de enfrentamento.

Portanto, pergunta-se: “Vislumbra-se a dicotomia entre os direitos fundamentais relacionados à liberdade econômica e à vida e saúde no contexto de pandemia em um Estado Democrático de Direito?”. Diante dessa problemática relacionada aos direitos fundamentais supra descritos, adotam-se as seguintes hipóteses como objeto de análise: a) os direitos à saúde e à vida se sobrepõem às liberdades econômicas e de locomoção no contexto da pandemia; b) as liberdades econômicas se sobrepõem aos direitos à saúde e à vida no contexto da pandemia; e, c) os direitos à saúde e à vida e as liberdades econômicas e de locomoção harmonizam-se no contexto da pandemia.

Como objetivo geral, busca-se a análise do conflito entre os direitos fundamentais específicos relacionados à saúde e à economia em tempos de pandemia, especificamente no período de 2020 a 2021. Em relação aos objetivos específicos, o presente trabalho acadêmico objetiva primeiramente, a análise dos direitos fundamentais que encontram-se em colisão; posteriormente, a análise da pandemia do Brasil e seus reflexos; por fim, a

análise da aparente dicotomia entre os direitos fundamentais no contexto da presente crise sanitária.

A fim de lograr êxito, utilizar-se-á da revisão bibliográfica como método de pesquisa, buscando em obras doutrinárias, artigos científicos e fontes oficiais de informações os conteúdos relacionados ao objeto da presente pesquisa acadêmica. Como base de dados para consulta em artigos científicos, teses e dissertações, têm-se o Scientific Electronic Library Online (SciELO), Google Acadêmico, Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD) e Catálogo de Teses e Dissertações (CAPES). Foram utilizadas as seguinte palavras-chave: "pandemia"; "direitos fundamentais"; "direito à liberdade", "direito à vida". Foram encontrados aproximadamente 425 resultados de pesquisa, dos quais foram selecionados 7 artigos científicos para a presente análise.

Portanto, o presente artigo científico busca contribuir com a comunidade acadêmica acerca da dicotomia entre saúde e economia no cenário específico da pandemia "Covid-19" no que se refere ao seu aspecto jurídico. Assim, o estudo contínuo da aplicação dos direitos fundamentais objeto de análise é essencial para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, principalmente em momentos de imprevisibilidade e instabilidade.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A análise dos impactos causados na sociedade brasileira pela pandemia "Covid-19" obriga o estudo de elementos fundamentais para fins da presente pesquisa acadêmica. Neste sentido, faz-se necessária a compreensão dos direitos fundamentais relacionados à liberdade e à saúde, bem como seus aspectos relacionados ao presente contexto de crise sanitária global. Por conseguinte, a relação desses elementos e seus reflexos proporciona a construção do sopesamento dos direitos em conflito, sobretudo em razão de sua igual natureza fundamental.

2.1 Conceitos e definições

2.1.1 Direitos fundamentais à vida e à saúde

Conforme prescrevem Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁶⁴, a vida é um dos bens jurídicos mais relevantes para o ser humano, sendo que a sua proteção é considerada essencial para a finalidade e existência do Estado enquanto figura política. Neste sentido, o direito à vida consiste em garantir a todos os indivíduos a proteção a sua integridade física e fisiológica. Conforme Barroso⁶⁵, esse direito fundamental apresenta-se em todos os ordenamentos

64 SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 446.

65 BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 246.

jurídicos e possui especial proteção no Brasil em razão da dignidade humana. Encontra previsão legal no art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 (CF/88)66, sendo considerado o direito mais “básico”, pois precede os demais, conforme ensina Tavares67.

Já o direito à saúde, foi inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 196 da CF/8868, constituindo-se em uma garantia ao indivíduo e à coletividade por meio de políticas públicas e econômicas representado pelo binômio “direito de todos” e “dever do Estado”, conforme prescrevem Mendes e Branco69. Trata-se de um direito social decorrente da proteção que se confere à vida, buscando-se o acesso a condições de saúde a todos os integrantes da sociedade, independentemente de sua condição econômica e integra a seguridade social, conforme Moraes70. Dessa forma, conforme Mendes e Branco71:

Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento.

No que se refere à liberdade, a sua conceituação movimenta-se na ausência da intervenção de terceiros e do Estado na esfera individual como também pela disponibilidade de meios de atuação interventiva, conforme ensina Masson72. Encontra previsão no art. 5º, *caput* da CF/8873 com igual proteção conferida à vida. Conforme

66 “Art. 5º. [...] a inviolabilidade do direito à vida [...]”

67 TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 538.

68 “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.”

69 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 1452.

70 MORAES, A. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1143.

71 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., p. 1456.

72 MASSON, N. **Manual de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 320.

73 Art. 5º. [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade [...]”

Barcellos⁷⁴, a liberdade é um “*status* fundamental” mediante cada pessoa pode dirigir suas ações sem a dependência de outrem e tem relação direta com a autonomia individual, ou seja, é o direito de projetar sua vida conforme sua vontade. Ainda, conforme a autora citada, esse direito desdobra-se em diversos direitos considerados “liberdades” de natureza de cláusulas pétreas.

Como vertente do direito à liberdade, o direito de “ir e vir” ou direito à “liberdade de locomoção” possui previsão constitucional no art. 5º, inciso VX da CF/8875. Conforme Moraes⁷⁶, esse direito decorre da própria natureza humana, pois o indivíduo possui vontade e autodeterminação, podendo locomover-se conforme as suas convicções. Ainda, confere-se à liberdade de locomoção significado amplo, a qual é protegida também diante de qualquer ameaça ou medida indireta, conforme prescrevem Mendes e Branco⁷⁷. Em regra, portanto, é vedada a limitação à liberdade de ir e vir no Brasil.

Neste sentido, prescreve Bulos⁷⁸ que:

[...] Tanto os brasileiros natos ou naturalizados como os estrangeiros, residentes ou não no Brasil, podem, observadas as exigências legais, entrar, permanecer ou sair com seus bens, sem qualquer cerceamento. Locomover significa andar, sair, passear, transitar, parar, ir, vir, ficar, estacionar, correr. Numa acepção ampla, é o mesmo que circular. Consequentemente, o Poder Público não poderá cercear o livre trânsito, salvo em hipóteses excepcionais. [...]

O direito à liberdade econômica ou livre-iniciativa encontra-se previsto nos arts. 1º, inciso IV, e 170, parágrafo único, da CF/8879. No entanto, conforme prescreve Bulos⁸⁰, a própria norma constitucional possibilita limitações ao seu exercício mediante a expressão

74 BARCELLOS, A. P. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 229-30.

75 “IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” e “XV - 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;”

76 MORAES, A., op. cit., p. 212.

77 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., p. 867.

78 BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 737.

79 “Art. 170. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

80 BULOS, U. L., op. cit., p. 1517.

“salvo nos casos previstos em lei”. Assim, no ordenamento jurídico brasileiro o exercício de atividades econômicas é livre, possibilitando-se a sua restrição por meio de norma legal. Ainda, o Estado pode exercer intervenções na economia como agente normativo e regulador, fomentador e agente direto econômico, conforme Bensoussan e Gouvêa⁸¹.

No que se refere à coexistência de direitos fundamentais de igual valor normativo, faz-se necessária a utilização de mecanismos interpretativos para aplicar a norma nos casos concretos. Neste sentido, têm-se a ponderação entre direitos fundamentais, denominando-se de “técnica da ponderação” que, conforme Marmelstein⁸², consiste em “solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação as quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes”. Portanto, busca-se a harmonização dos direitos fundamentais em razão da valoração e seus “pesos” nas situações concretamente verificadas pelo julgador, conforme prescreve Alexy⁸³.

2.2 Aspectos históricos

A garantia à saúde, conforme analisado é um direito recente no ordenamento jurídico brasileiro, possuindo até à promulgação da CF/88 apenas previsões esparsas, conforme Mendes e Branco⁸⁴. Trata-se de um direito social, ou seja, impõe ao Estado determinadas prestações positivas a fim de garantir sua efetividade. Conforme Masson⁸⁵, a inserção dos direitos sociais no Brasil iniciou-se por meio da Constituição de 1934, sob forte influência da Constituição de Weimar de 1919 na Alemanha. Esta releva-se como importante marco normativo para a instauração do “caráter social” na construção política dos Estados Modernos. Contudo, o caráter de direito fundamental à saúde somente foi conferido em 1988 por meio da CF/88.

De forma semelhante, o direito à vida somente foi categoricamente objeto de proteção constitucional no Brasil a partir da CF/88, sobretudo correlacionando à liberdade econômica como elemento essencial para uma “existência digna”, conforme prescreve Tavares⁸⁶. Contudo, o âmbito do proteção à vida possui em sua gênese o momento pós-Segunda Guerra Mundial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948,

81 BENSOUSSAN; F. G.; GOUVÊA, M. F. **Manual de Direito Econômico**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 151.

82 MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 382.

83 ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 93-94.

84 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., p. 1452.

85 MASSON, N., op. cit., p. 417.

86 TAVARES, A. R., op. cit., p. 539.

objetivando-se a proteção da dignidade do ser humano, conforme Portela⁸⁷. Neste sentido, a valorização do ser humano e da vida pelos Estados é um fenômeno recente na história da humanidade, resultado da evolução dos direitos humanos.

No que se refere à liberdade propriamente dita, esta revela-se como um valor elementar para a evolução dos direitos fundamentais, pela qual logrou-se afastar a atuação arbitrária e autoritária do Estado em face dos indivíduos. Conforme Mendes e Branco⁸⁸, foi a partir dos séculos XVII e XVIII com “a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e sobre a Declaração francesa, de 1789” que ocorreu a “positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem”. Dessa forma, a mudança na relação entre o Estado e os indivíduos apresentou-se como indispensável para a garantia do direito à liberdade.

2.3 Aspectos sociais

A crise sanitária “Covid-19” causada pelo novo coronavírus deu origem a um cenário alarmante na sociedade internacional, refletindo não apenas na saúde física, mas também na condição psicológica dos indivíduos, no desenvolvimento econômico dos países e na condução política dos mesmos. Especificamente na sociedade brasileira, grandes conflitos relacionados à liberdade e a preservação da saúde coletiva ensejaram calorosos debates, pois o isolamento social e demais medidas restritivas podem causar danos biopsicossociais, conforme prescrevem Ficanha *et al.*⁸⁹

No que se refere ao isolamento social como medida enfrentamento à pandemia, Farias⁹⁰ prescreve que os reflexos sociais no Brasil não são uniformes e padronizados, pois a vulnerabilidade social de determinados grupos cooperam para o aumento do risco de contágio. Apesar das restrições impostas pelo Governo aos indivíduos em razão desta crise sanitária, verifica-se que existem inúmeros fatores que fogem às regras impostas, causando divergências quanto aos limites da cerceamento da liberdade.

As medidas adotadas não são absolutas e exatas, experimentado certo nível de

87 PORTELA, P. H. G. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 873.

88 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., p. 271.

89 FICANHA, E. E. Et al. Aspectos biopsicossociais relacionados ao isolamento social durante a pandemia de Covid-19: uma revisão integrativa. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 8, e709986410, 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v9i8.6410>>. Acesso em: 01 out. 2021.

90 FARIAS, H. S. O avanço da Covid-19 e o isolamento social como estratégia para redução da vulnerabilidade. **Espaço e Economia**, Revista brasileira de geografia econômica, 17, 2020, Ano IX, número 17. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/espacoeconomia/11357>>. Acesso em: 1º out. 2021.

subjetividade, conforme prescrevem Gonçalves e Dias⁹¹:

[...] Não há atitudes morais infalíveis, nem princípios morais eternos e absolutos. Não há, também, como não realizar escolhas. Os textos analisados, apresentaram, de maneira geral, preocupação em não aprofundar desigualdades ou injustiças no Brasil. Para tal, em sua maioria, sugerem o critério médico-técnico-científico como o que promoverá o melhor resultado frente à pandemia no Brasil. Demonstramos que, apesar da pretensão a objetividade, mesmo este critério não é neutro e possui consequências morais.

Por conseguinte, coloca-se os parâmetros sociais até então conhecidos em limites mais subjetivos diante da imprevisibilidade da pandemia e suas medidas restritivas, especialmente envolvendo a liberdade. Neste sentido, as controvérsias presente entre os grupos sociais no Brasil apresentam determinado grau de subjetividade, conforme prescrevem os autores supracitados. Ainda, conforme Demenech *et al.*⁹², as taxas de mortalidade relacionadas à Covid-19 foram maiores em regiões com maior desigualdade econômica. Dessa forma, os aspectos sociais e econômicos são fundamentais para determinar as políticas sanitárias de enfrentamento à pandemia.

2.4 Aspectos jurídicos

No que se refere especificamente ao aspecto jurídico, a pandemia causou diversas controvérsias relacionadas aos direitos decorrentes da liberdade. Conforme prescrevem Mendes e Branco⁹³, em 2020 foram determinadas restrições no Brasil em resposta ao avanço do contágio da doença, as quais atingem diretamente os direitos de reunião “a liberdade de locomoção, bem como outras liberdades relacionadas à integridade física (v. g., compulsoriedade de exames, de testes, de coletas laboratoriais, de vacinação etc.)”. Dessa maneira, alguns direitos fundamentais relevantes para a sociedade brasileira foram restringidos a fim de impedir o progresso da pandemia.

Diante dos conflitos entre direitos fundamentais, buscou-se “administrar” o presente

91 GONÇALVES, L; DIAS, M. C. Discussões bioéticas sobre a alocação de recursos durante a pandemia da COVID-19 no Brasil. **Diversitates International Journal**, Vol. 12, N.1, Janeiro/Junho, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.53357/TGAR7296>>. Acesso em: 1º out. 2021.

92 DEMENECH, L. M. Et al. Desigualdade econômica e risco de infecção e morte por COVID-19 no Brasil. **Rev. Bras. Epidemiol.** 23, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-549720200095>>. Acesso em: 1º out. 2021.

93 MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., op. cit., p. 394.

cenário por meio do aspecto jurídico, buscando na primazia da dignidade da pessoa humana em seu contexto coletivo, conforme Fiorillo e Ferreira⁹⁴:

Assim, a saúde ambiental relaciona-se evidentemente à história da comunidade, entendida como um conjunto de pessoas com interesses mútuos que vivem no mesmo local e se organizam dentro dum conjunto de normas e de seus problemas de saúde pública no âmbito da história da civilização. [...] A solução jurídica visando amparar referidas medidas técnicas/científicas em proveito do bem estar da população foi adotar a aplicação dos princípios do direito ambiental constitucional, particularmente os princípios da precaução e da prevenção, dentro de perspectiva doutrinária fundamentada em direito ambiental estruturado em proveito da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a valorização que se confere ao indivíduo e à coletividade se comunicam, buscando-se a preservação dos direitos fundamentais inerentes às relações sociais constitucionalmente estabelecidas. Dessa maneira, os aspectos jurídicos são indispensáveis para se conferir legitimidade democrática às medidas de enfrentamento à pandemia. Consequentemente, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais possuem como fundamentos os valores que se confere à saúde e à liberdade no que se refere ao objeto da presente pesquisa acadêmica.

2.5 Síntese teórica

Para fins deste artigo científico, compreende-se como o direito à vida a proteção mais fundamental da dignidade da pessoa humana em seu aspecto individual, enquanto que o direito à saúde assume um prisma coletivo. Desta maneira, há uma íntima relação entre esses dois direitos fundamentais, sendo que nesta última predomina a interesse público.

Já no que se refere às liberdades individuais, especialmente a liberdade econômica, esta não possui um fim em si mesma, sendo necessária a sua correlação com as necessidades da sociedade. Portanto, o ordenamento jurídico permite a limitação desses direitos, ou seja, mesmo diante de sua natureza fundamental, o próprio ordenamento

94 FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. A covid-19 como ameaça à saúde e à vida da população e seu enfrentamento jurídico através do direito ambiental constitucional brasileiro. **RJLB**, Ano 6 (2020), nº 4. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_0679_0723.pdf>. Acesso em: 1º out. 2021.

jurídico brasileiro impõe a sua restrição.

Consequentemente, compreende-se que determinadas normas necessitam de uma interpretação adequada aos objetivos do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, a técnica da ponderação apresenta-se como respostas a determinados conflitos aparentes de normas constitucionais de igual valor jurídico.

No que se refere aos aspectos históricos, sociais e jurídicos compreendem-se como elementos de fundamental importância para a interpretação, contextualização e aplicação das normas constitucionais, especialmente relacionadas aos direitos fundamentais objetos da presente pesquisa científica. Nesta realidade, com a evolução da sociedade, a dicotomia dos direitos abre espaço para uma nova percepção das relações jurídicas, nas quais predomina a complexidade de interesses individuais e coletivos.

Logo, a adequação dos objetivos da norma jurídica constitucional apresenta determinadas nuances que exigem do cientista jurídico a consideração dos aspectos supra descritos. Portanto, a relação conflituosa entre os direitos fundamentais à vida e à saúde em relação às liberdades econômicas reclama apurada análise por meio da presente pesquisa acadêmica.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na presente crise sanitária que atingiu os países, os desafios que os Estados Democráticos enfrentam não se limitam à mortalidade imposta pela doença, mas também refletem na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente relacionados à vida e à liberdade. Neste sentido, a liberdade econômica e liberdade de locomoção conflitam diretamente com o direito à vida e à saúde pública. Consequentemente, apresenta-se como um desafio aos pesquisadores da seara jurídica determinar os limites às restrições desses preceitos fundamentais.

Portanto, faz-se necessário analisar a temática em conformidade com produção científica, pois trata-se de uma situação “nova” diante do contexto globalizado, não se limitando à realidade da sociedade brasileira apenas. Diante da pesquisa realizada, foram selecionados 7 artigos científicos para análise, buscando em sua apresentação apontamentos acerca da temática objeto de estudo.

3.1 Os direitos fundamentais em colisão em tempos de pandemia

Conforme Matos e Vieira⁹⁵, buscou-se cercear o direito de liberdade econômica e

⁹⁵ MATOS, D. G. S.; VIEIRA, T. G. Liberdades individuais em tempos de pandemia: breves considerações sobre a liberdade econômica, direito à intimidade, reunião e locomoção. **Interciência & Sociedade**, Mogi Guaçu, v. 5, n. 2, p. 86-99, 2020. Disponível em:

locomção durante a pandemia com a finalidade de preservar a saúde pública e proteger vidas humanas perante o agravamento das contaminações. Conforme prescreve os autores supracitados, verificam-se restrições de direitos e princípios fundamentais durante a crise sanitária no Brasil causada pelo Covid-19. Adotando o entendimento de Alexy e Marmelstein, compreende-se pela adoção da ponderação dos direitos fundamentais, bem como a ideia de que não existe “direito absoluto” em um ordenamento jurídico.

Em sentido semelhante, Casal, Rebeca e Russo⁹⁶ prescrevem que em razão da prevalência do direito à saúde em face da liberdade de locomoção, as relações econômicas e sociais foram profundamente afetadas. Contudo, posterga-se para o futuro a “correção” desses impactos, pois a garantia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana encontram-se interligadas à saúde coletiva e, portanto, à vida coletiva. Conforme os autores, as medidas restritivas de liberdade objetivam evitar a propagação do novo coronavírus. Neste sentido, prescrevem como a melhor alternativa a cooperação internacional a fim de realizar a melhor escolha de políticas públicas de controle da doença.

No mesmo sentido, Ferraro⁹⁷:

[...] a restrição do direito de locomoção é uma forma do Estado reduzir a propagação do vírus e, portanto, cumprir integralmente a exigência do artigo 196 da Constituição Cidadã, que coloca como dever deste ente a redução de doenças. Ademais, o direito à saúde está extremamente relacionado ao direito à vida, também previsto na Carta Magna como direito básico e fundamental a todos.

Portanto, conforme a autora supracitada, compreende-se pela prevalência do direito à vida e, conseqüentemente, do direito à saúde coletiva em detrimento das liberdades e garantias individuais. A mesma argumenta que a liberdade de locomoção trata-se de um direito fundamental com garantia em tempos de paz, ou seja, em situações extraordinárias é possível a sua restrição. Dessa maneira, a pandemia apresenta-se como

<<http://revista.francomontoro.com.br/intercenciasociedade/article/view/148/104>>. Acesso em: 1º out. 2021.

96 ASAL, A. B. M.; RABECA, D. H.; RUSSO, P. D. O conflito entre o direito de ir e vir e o direito à saúde nas fronteiras internacionais na pandemia da COVID-19. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 13, n. Especial, p. 32, 2021. Disponível em: <<https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/819>>. Acesso em: 1º out. 2021.

97 FERRARO, A. J. C. Direito à liberdade de locomoção e direito à saúde: um conflito gerado pela pandemia de covid-19. **Revista de Iniciação Científica e Extensão – II Simpósio da FDF**, Edição Especial – Resumos - v.5, n.2, dez. 2020. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1158>>. Acesso em: 1º out. 2021.

uma situação extrema de sobrevivência da humanidade, exigindo-se dos Governos medidas mais radicais de controle sanitário.

No mesmo sentido, Viana e Junior⁹⁸ argumentam pela primazia do bem-estar social em face dos interesses individuais, ou seja, a sobrevivência da sociedade brasileira exige a flexibilização dos direitos individuais relacionados à liberdade. Neste contexto, observa-se que a saúde pública e o direito à vida prevalecem sobre os direitos à liberdade econômica e locomoção. Contudo, fundamenta-se a superioridade do interesse coletivo em razão da inviabilidade de se garantir direitos individuais de forma absoluta, pois a continuidade de uma sociedade pressupõe a supressão de determinados interesses individuais em favor da coletividade.

Em igual sentido, prescreve Lopes⁹⁹:

Portanto, nenhum direito, mesmo que fundamental, é absoluto, trata-se de um pilar para um estado democrático de direito: que todos possam ser limitados; até mesmo o limite que os limitam deve ter limitação. As colisões desses direitos e a necessidade eventual de escolher um que deve ser sobreposto a outro, são complexidades presentes em um ordenamento jurídico pluralista.

Com entendimento semelhante, Silva, Schwarz e Lorenzon¹⁰⁰ compreendem que os direitos fundamentais devem ser preservados, mas admitem a sua flexibilização em situações excepcionais a fim de lograr êxito em sua harmonização. Ainda, os autores entendem que o desenvolvimento econômico não é um fim em si mesmo e, portanto, serve ao direito à saúde juntamente com a liberdade para proporcionar ao indivíduo bem estar físico, mental e social. Neste contexto, prescrevem que o direito à saúde é um direito indispensável e, dessa forma, cabe a relativização do direito à liberdade em benefício da

98 VIANA, J. P. T. F.; JÚNIOR, J. K. F. T. Conflito entre o direito de acesso à saúde e liberdade de locomoção e suas implicações na pandemia de covid-19. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 06, n. 01, p. 226-245, jan./mar., 2021. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3701>>. Acesso em: 1º out. 2021.

99 LOPES, G. A. Flexibilização dos direitos fundamentais em tempos de pandemia – nenhum direito é absoluto. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica**, v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8730/67650145>>. Acesso em: 1º out. 2021.

100 SILVA, L. B.; SCHWARZ, P. D.; LORENZON, V. E. P. Direito à saúde x direito à liberdade na pandemia. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, [S. l.], v. 6, p. e27843, 2021. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/27843>>. Acesso em: 1 out. 2021.

vida humana.

Em igual sentido, Freitas, Cândido e Rodrigues¹⁰¹ entendem que a legislação brasileira respalda o Poder Público em medidas restritivas de direitos fundamentais individuais a fim de proteger bem jurídico mais relevante.

3.2 A dicotomia dos direitos fundamentais relacionados à saúde e à economia no Brasil em tempos de pandemia

Diante desse cenário, surge a aparente oposição entre os direitos fundamentais supra descritos, os quais refletem diretamente no cotidiano do cidadão brasileiro. Dessa forma, os direitos à vida e à saúde pública em seu aspecto individual e coletivo se contrapõem à liberdade econômica e liberdade de locomoção inerentes. Contudo, conforme prescreve Lopes¹⁰², nenhum direito fundamental é absoluto, coadunando-se com os entendimentos teóricos de Marmelstein e Alexy acerca da compatibilidade e flexibilidade dos direitos fundamentais. Portanto, em um sistema jurídico democrático, os preceitos fundamentais servem à união política e jurídica da coletividade. Consequentemente, a técnica da ponderação busca mitigar essa aparente dicotomia entre os referidos preceitos.

No contexto da pandemia, a preservação das vidas humanas apresenta-se como maior objetivo a ser perquirido pelas autoridades públicas, conforme Lopes¹⁰³. Consequentemente, a restrição e limitação dos direitos fundamentais relacionados à liberdade apresenta-se como medida necessária para se manter a segurança do bem jurídico tutelado, qual seja, a vida. Assim, os artigos objeto de pesquisa adotam o mesmo entendimento, ou seja, cabe ao Estado a adoção de medidas necessárias à resolução deste problema sanitário extraordinário.

Neste sentido, Viana e Junior¹⁰⁴:

Ademais, para que estas garantias sejam devidamente estabelecidas, é necessário que se valorize e respeite a ciência e as recomendações idealizadas, pois, como visto, a pandemia de Covid-

101 FREITAS, J. F.; CÂNDIDO, E. L.; RODRIGUES, S. M. B. Repercussões sobre a legislação e o exercício dos direitos fundamentais individuais na pandemia por covid-19. **Diálogos Interdisciplinares**, 9 (3), 2020. Recuperado de Disponível em: <<https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/view/891>>. Acesso em: 1º out. 2021.

102 LOPES, G. A., op. cit., p. 1.

103 Idem.

104 VIANA, J. P. T. F.; JÚNIOR, J. K. F. T., op. cit., p.242.

19 tem demandado estudos e pesquisas complexas para que se entenda melhor como o vírus atua para que, assim, sejam criados de mecanismos de combate mais eficientes e duradouros.

Logo, a aparente dicotomia não subiste, pois a presente crise sanitária constitui-se em uma situação extraordinária e transitória de proporções incalculáveis. Dessa maneira, as restrições jurídicas aplicadas expressam tão somente essa condição de excepcionalidade. Portanto, não se demonstra justificável conferir proteção absoluta aos direitos à liberdade econômica e de locomoção em detrimento do direito à vida, sendo o mais fundamental e inerente à vida humana e, portanto, à proteção aos demais direitos. Consequentemente, consoante prescreve Ferraro¹⁰⁵, a garantia aos direitos relacionados à liberdade é protegido em sua plenitude prioritariamente em tempos de paz e normalidade, o que não se verifica no atual cenário internacional e nacional. Dessa forma, as limitações aos referido direitos são inerentes às particularidades dos conflitos oriundos da pandemia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a presente pesquisa acadêmica apresentou relevante construção acerca do assunto objeto de estudo, especificamente em relação à aparente dicotomia entre os direitos à saúde e à vida em face da liberdade, especialmente econômica e de locomoção. Verificou-se que os direitos fundamentais não são absolutos, ou seja, mesmo diante de sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, esses direitos devem ser harmonizados com as demais normas fundamentais.

Conforme a pesquisa realizada, verificou-se que a garantia à liberdade integra a construção histórica dos direitos fundamentais na história da humanidade. Contudo, no processo evolutivo dos direitos fundamentais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana encontram maior âmbito de proteção. Em condições extraordinárias, como à imposta pela crise "Covid-19", a restrição de determinados direitos apresenta-se necessária. Dessa maneira, chegou-se como resultado conclusivo da presente pesquisa a prevalência da seguinte hipótese: "a) os direitos à saúde e à vida se sobrepõem às liberdades econômicas e de locomoção no contexto da pandemia".

Apesar se buscar a compatibilização dos direitos fundamentais descritos na Constituição Federal, pela ponderação de princípios e direitos fundamentais, os direitos à saúde e à vida sempre vão prevalecer sobre os demais em razão da sua relevância para o ser individual e coletivo. Ademais, verifica-se que a proteção à vida é inerente à própria dignidade do ser humano. Portanto, os artigos objeto de pesquisa posicionam-se no

¹⁰⁵ FERRARO, A. J. C., op. cit., p. 13.

mesmo sentido, compreendendo pela necessidade de se buscar a preservação desse bem jurídico por meio de medidas restritivas da liberdade em caráter excepcional.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ASAL, A. B. M.; RABECA, D. H.; RUSSO, P. D. O conflito entre o direito de ir e vir e o direito à saúde nas fronteiras internacionais na pandemia da COVID-19. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 13, n. Especial, p. 32, 2021. Disponível em: <<https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/819>>. Acesso em: 1º out. 2021.

BARCELLOS, A. P. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BENSOUSSAN; F. G.; GOUVÊA, M. F. **Manual de direito econômico**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. DF, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2021.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

DEMENECH, L. M. Et al. Desigualdade econômica e risco de infecção e morte por COVID-19 no Brasil. **Rev. bras. epidemiol.** 23, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-549720200095>>. Acesso em: 1º out. 2021.

FARIAS, H. S. O avanço da Covid-19 e o isolamento social como estratégia para redução da vulnerabilidade. **Espaço e Economia**, Revista brasileira de geografia econômica, 17, 2020, Ano IX, número 17. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/espacoeconomia/11357>>. Acesso em: 1º out. 2021.

FERRARO, A. J. C. Direito à liberdade de locomoção e direito à saúde: um conflito gerado pela pandemia de covid-19. **Revista de Iniciação Científica e Extensão – II Simpósio da FDF**, Edição Especial – Resumos - v.5, n.2, dez. 2020. Disponível em: <<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1158>>. Acesso em: 1º out. 2021.

FICANHA, E. E. Et al. Aspectos biopsicossociais relacionados ao isolamento social durante a pandemia de Covid-19: uma revisão integrativa. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 8, e709986410, 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v9i8.6410>>. Acesso em: 1º out. 2021.

FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. A covid-19 como ameaça à saúde e à vida da população e seu enfrentamento jurídico através do direito ambiental constitucional brasileiro. **RJLB**, Ano 6 (2020), nº 4. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_0679_0723.pdf>. Acesso em: 1º out. 2021.

FREITAS, J. F.; CÂNDIDO, E. L.; RODRIGUES, S. M. B. Repercussões sobre a legislação e o exercício dos direitos fundamentais individuais na pandemia por covid-19. **Diálogos Interdisciplinares**, 9 (3), 2020. Recuperado de Disponível em: <<https://revistas.brazcubas.br/index.php/dialogos/article/view/891>>. Acesso em: 1º out. 2021.

GONÇALVES, L.; DIAS, M. C. Discussões bioéticas sobre a alocação de recursos durante a pandemia da COVID-19 no Brasil. **Diversitates International Journal**, Vol. 12, N.1, Janeiro/Junho, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.53357/TGAR7296>>. Acesso em: 1º out. 2021.

LOPES, G. A. Flexibilização dos direitos fundamentais em tempos de pandemia – nenhum direito é absoluto. **ETIC - Encontro de Iniciação Científica**, v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8730/67650145>>. Acesso em: 1º out. 2021.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASSON, N. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. rev.ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MATOS, D. G. S.; VIEIRA, T. G. Liberdades individuais em tempos de pandemia: breves considerações sobre a liberdade econômica, direito à intimidade, reunião e locomoção. **Interciência & Sociedade**, Mogi Guaçu, v. 5, n. 2, p. 86-99, 2020. Disponível em: <<http://revista.francomontoro.com.br/intercienciaesociedade/article/view/148/104>>. Acesso em: 1º out. 2021.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PORTELA, P. H. G. **Direito internacional público e privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, L. B.; SCHWARZ, P. D.; LORENZON, V. E. P. Direito à saúde x direito à liberdade na pandemia. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, [S. l.], v. 6, p. e27843, 2021. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/27843>>. Acesso em: 1 out. 2021.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VIANA, J. P. T. F.; JÚNIOR, J. K. F. T. Conflito entre o direito de acesso à saúde e liberdade de locomoção e suas implicações na pandemia de covid-19. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 06, n. 01, p. 226-245, jan./mar., 2021. Disponível em: <<http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3701>>. Acesso em: 1º out. 2021.

O DIREITO DE INCLUSÃO DE ALUNOS COM DEFICIÊNCIA VISUAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CONDIÇÕES PARA O ACESSO E PERMANÊNCIA NA ESCOLA

ANTONIO MARCOS FREITAS DINIZ:

Bacharelado do curso de Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins – FCJP. ¹⁰⁶

LUCAS CAVALCANTE MEDRADO¹⁰⁷

(orientador)

RESUMO: A temática do presente trabalho possui como questão central o direito de inclusão de alunos com deficiência visual como instrumento de garantia do princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Tendo como objetivo demonstrar que no Brasil estão sendo desenvolvidas e aplicadas políticas públicas, com o intuito de que aconteça de forma efetiva a inclusão dos alunos com deficiência visual no meio educacional. A pesquisa baseou-se em uma metodologia do trabalho jurídico, valendo-se do método dedutivo, através da técnica exploratória de pesquisa com abordagem qualitativa, cuja a linha adotada foi à revisão bibliográfica e documental nas Leis que versam sobre o direito das pessoas com deficiência no Brasil. Visando sanar o problema eixo da pesquisa, no qual evolvia a abordagem do direito a educação conforme delineado na Lei n.º 7. 853, de 24 de outubro de 1989, em vista das políticas públicas implementadas e desenvolvidas pelo o Estado brasileiro frente a garantia do princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência de alunos com deficiência visual na escola. Desse modo, conclui-se que o Estado brasileiro assegura os direitos básicos das pessoas com deficiência, porém, é necessária uma atuação mais efetiva no cumprimento desses direitos para que de fato sejam vivenciados nas relações sociais.

Palavras-chave: inclusão; acesso; igualdade de condições; políticas públicas.

ABSTRACT: The theme of the present work has as its central issue the right of inclusion of students with visual impairments as an instrument to guarantee the constitutional principle of equal conditions for access and permanence in school. Aiming to demonstrate that in Brazil public policies are being promoted and applied, with the aim of making education effective and including students with visual impairments in the environment. A research

¹⁰⁶ E-mail: freitasdininisantoniomarcos@gmail.com.

¹⁰⁷ Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: lucas.medrado@unest.edu.br.

carried out through the methodology of work research, using, through the exploration of research with a qualitative approach, whose technical line adopted was the bibliographic and documentary review in the Laws that deal with the rights of legal entities with bibliographic review disability in Brazil. In order to solve the problem of the research axis, which involved the approach of the right to education outlined in Law no. 853 of October 24, 1989, in view of public policies: constitutional principle of equal conditions for the access and permanence of students with visual impairments in school. In this way, it is concluded that the Brazilian State will have the rights of people with disabilities, however, it is necessary that it acts with all respects in fulfilling these rights.

Keyword: inclusion; access; equality of conditions; public policy.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aluno com deficiência Visual. 2.1 Educação Inclusiva. 2.2 Pessoa com deficiência e o Direito Constitucional .2.3 Interação entre aprendizado e desenvolvimento. 2.3.1 Dignidade Da Pessoa Humana. 3 Legislação brasileira e o Direito das pessoas com deficiência. 3.1 Acessibilidade e permanência na escola 3.2 Educação Gratuita. 3.2.1 Princípio da Igualdade de Oportunidade. 4 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva-se abordar a temática envolvendo os direitos dos alunos com deficiência visual no Brasil, lançando como ponto chave o tema: "o direito de inclusão de alunos com deficiência visual como instrumento de garantia do princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola."

A delimitação do tema refere-se ao desenvolvimento e aplicação de políticas públicas, com o intuito de que aconteça de forma efetiva a inclusão dos alunos com deficiência no meio educacional, por meio da igualdade de condições de acesso e permanência na escola, trazendo autonomia e auxiliando-os em um estudo de qualidade, preparando-os para todos os setores da vida em sociedade com respeito e dignidade.

Em vista disso, analisando o contexto educacional no Brasil, e as Leis que versam sobre a pessoa com deficiência, surgiu a problemática a ser abordada no presente artigo: o direito a educação conforme delineado na Lei n.º 7. 853 de 24 de outubro de 1989, em vista das políticas públicas implementadas e desenvolvidas pelo Estado brasileiro tem assegurado a garantia do princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência de alunos com deficiência visual na escola.

Assim, o objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar que no Brasil estão sendo desenvolvidas e aplicadas políticas públicas, com o intuito de que aconteça de forma efetiva a inclusão dos alunos com deficiência visual no meio educacional, em vista de que

seja assegurado os direitos básicos do indivíduo, resguardados pela Constituição Federal de 1988, nos artigos 1º, inciso III, 5º caput, 205, 206, inciso I, e artigo 53º, inciso I do ECA.

Nessa esteira, foram propostos os seguintes objetivos específicos: verificar a garantia do desenvolvimento e aprendizado dos alunos com deficiência visual, considerando o artigo 208 da Constituição Federal, que resguarda o acesso à educação como garantia do princípio de dignidade, bem como, compreender a importância da formação contínua dos docentes por meio das políticas públicas disponíveis, que buscam oferecer a esses profissionais cursos de capacitação e aprimoramento, com o objetivo de melhor prepara-los para receber os alunos com deficiência visual em sala de aula; investigar se as escolas estão estruturadas com instrumentos de acessibilidade que propicie receber os alunos com deficiência visual, de forma a garantir plena igualdade de condições de acesso e permanência na escola.

O ponto negativo, todavia, é que efetivamente sejam cumpridas as políticas públicas já existentes, bem como, todos os direitos que a legislação brasileira já assegura a essas pessoas com deficiência.

Justifica-se o tema porque a escola vem se tornando um amplo espaço de convivência com as diferenças e, com isso, surge a necessidade de aprimorar as práticas docentes para receber os alunos, garantindo qualidade no aprendizado, com ferramentas necessárias para que elas possam exercer seu direito à educação como os demais.

Discutir sobre o tema inclusão de alunos com deficiência visual é necessário, uma vez que, muitos educadores enfrentam dificuldades em relação as práticas de ensino utilizadas em sala de aula, além de ser um tema muito relevante merece uma atenção especial, porque está intimamente ligado à dignidade humana do aluno.

Deste modo, percebe-se que tal abordagem contribui com a sociedade como um todo, despertando a busca do conhecimento e a importância desse assunto que é a inclusão dos alunos com deficiência visual na escola, preparando-os para vida em sociedade, com igualdade, dignidade e respeito.

O método científico é a linha de raciocínio adotada no processo de pesquisa, sob essa perspectiva o método aplicado foi o dedutivo, que "corresponde a extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas." (BITTAR, 2015, p. 34).

A pesquisa baseou-se em uma metodologia do trabalho jurídico que segundo ensina Bittar (2015, p. 53) é "voltada às instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico." Empregou-se a técnica exploratória de pesquisa com abordagem qualitativa, cuja a linha

adotada foi à revisão bibliográfica e documental, através da análise de livros, artigos científicos e a legislação sobre o tema, buscando alcançar as possíveis respostas para o problema de pesquisa a partir do conhecimento obtido.

Diante o exposto, o presente trabalho procura vislumbrar o direito de inclusão das pessoas com deficiência, baseando-se em entendimentos de renomados doutrinadores, tais como: Carla Bianca Bittar, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Sidney Madrugá.

Para vias de entendimento, o trabalho foi dividido em dois pontos: no primeiro ponto trata do aluno com deficiência visual, educação inclusiva, pessoa com deficiência e o direito constitucional, interação entre aprendizado e desenvolvimento e dignidade da pessoa humana. No segundo ponto trata da legislação brasileira e o direito das pessoas com deficiência, bem como acessibilidade e permanência na escola, educação gratuita e princípio da igualdade de oportunidade.

2 ALUNO COM DEFICIÊNCIA VISUAL

Inicialmente cabe uma abordagem conceitual do que se entende como deficiência visual, a qual é definida como perda total ou parcial da visão, congênita ou adquirida. O grau dessa perda pode variar entre baixa visão, quem precisa de alguma ajuda para enxergar, miopia cega, grau mais proeminente do problema, e cegueira, a mais conhecida das quais os indivíduos não têm percepção da luz. (WAT..., 2020. não paginado).

Nesse cenário, importante trazer à baila o que preconiza o decreto nº 3.298/1999 que dispõe em seu artigo 4º, Inciso III, os parâmetros levados em consideração para se caracterizar a pessoa com deficiência, senão vejamos:

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores. (BRASIL, [2019], não paginado).

Para tanto, sob essa perspectiva importante ressaltar o que regulamenta o Decreto nº 3.298/1999, que dispõe sobre a Política Nacional para a integração da Pessoa Portadora de Deficiência, no artigo 3º, inciso I, II, e III. In verbis:

I - Deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. (BRASIL, [2019], não paginado).

Nesse contexto, compreende-se, que qualquer perda das funções de uma pessoa de maneira que interfira significativamente o seu desempenho nas atividades do cotidiano, ou seja, gerando a incapacidade de sua participação na sociedade, é preciso um olhar mais atento eliminando obstáculos e criando condições para que haja de forma efetiva sua integração, conforme preceitua Vailatti (2019, p. 57).

Segundo o entendimento de Vailatti (2019), portanto, fica claro que a deficiência é considerada por lei um obstáculo permanente. Se o impedimento for curto no tempo, não será considerado defeito. Da mesma forma, qualquer distorção de natureza cosmética não será considerada um defeito. Além disso, deve-se verificar que a deficiência está diretamente relacionada às “barreiras” que impedem a participação na sociedade. (VAILATTI, 2019, p.57).

Nesse panorama cabe, ainda, uma abordagem sobre os direitos básicos da pessoa com deficiência tais como a educação, saúde, acessibilidade e igualdade de condições, conforme estabelece a Lei nº 7.853/1989, no artigo 2º, vejamos:

Art. 2º. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. (BRASIL, [2019], não paginado).

Como cediço, é de suma importância que o poder público desenvolva mecanismos que facilitem a inclusão das pessoas com deficiência no meio social, bem como garantir sua autonomia, o acesso, e o pleno desenvolvimento econômico-social, conforme destaca Piovesan (2021, p.1180):

Os Estados-partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. (PIOVESAN, 2021, p.1180).

Diante disso, portanto, é notável a participação e o papel do Estado em promover e aplicar políticas públicas, que tenha um olhar mais atento para que não haja nenhum tipo de rejeição, fazendo com que aconteça a inclusão das pessoas com deficiência, reduzindo as desigualdades e garantindo os seus direitos.

2.1 EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Nesse contexto, para que a educação ocorra de forma inclusiva, sem qualquer forma de discriminação, ela deve ser valorizada e focada nos interesses de cada indivíduo, principalmente das pessoas com deficiência resguardar sua dignidade. Portanto, o objetivo não é apenas que as pessoas com deficiência despertem seu intelecto, mas também estimulem as pessoas com deficiência a desenvolver todas as outras habilidades que assegurem e contribuam para ajudá-las a se integrar e viver plenamente na sociedade. (MACIEL, 2021, p.260).

Vale ressaltar, sobre a educação inclusiva o que preceitua o Decreto nº 6.949/2009, denominado Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi incorporando ao direito brasileiro como uma tendência mundial que busca um olhar inclusivo e digno para a pessoa com deficiência, assim, nestes termos salienta o que almeja o Decreto em relação a educação:

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 primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência. (BRASIL, 2009, não paginado).

Insta salientar que, como resposta a essas novas diretrizes inclusivas lançadas pelo Decreto nº 6.949, no ano de 2015 nasceu a Lei 13.146 de 2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual prescreve sobre o direito a educação no artigo 27º, in verbis:

Art. 27º. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas,

sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. (BRASIL, [2021], não paginado).

Para Castilho (2016), nesse sentido, cabe destacar que a educação além dos direitos também tem um papel fundamental no desenvolvimento das pessoas com deficiência em todos os aspectos, por meio de uma educação de qualidade, as pessoas com deficiência têm a capacidade de desenvolver o conhecimento e suas habilidades, quanto ao modelo educacional, é um dos direitos humanos básicos inerentes. (CASTILHO, 2016, p. 237).

De acordo com a Lei nº 13.146/2015, instituída Estatuto da Pessoa com Deficiência, acolheu expressamente no artigo 28, incisos I, II e III, incube ao Estado acompanhar o pleno desenvolvimento e promover a inclusão da pessoa com deficiência, qual seja:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

I - sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida;

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia. (BRASIL, [2021], não paginado).

Ainda nesta senda, no que tange o contexto educacional em relação as pessoas com deficiência, cabe mencionar a importância da educação inclusiva para o desenvolvimento individual de cada indivíduo o que estabelece o artigo 24º, alíneas, "c", "d" e "e", do Decreto Legislativo nº 6.949/2009, esclarece:

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) as pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena. (BRASIL, 2009, não paginado).

Cabe ressaltar o que menciona o artigo 25º, do Decreto nº 3.298 de 1999, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, relacionado as normas de proteção:

Os serviços de educação especial serão ofertados nas instituições de ensino público ou privado do sistema de educação geral, de forma transitória ou permanente, mediante programas de apoio para o aluno que está integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas exclusivamente quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas ou sociais do aluno ou quando necessário ao bem-estar do educando. (BRASIL, [2019], não paginado).

Segundo Cintra (2013), o direito à educação dependerá não apenas de recursos materiais para sua efetivação, mas de uma série de ações claras e abrangentes tomadas pelo Estado, família e sociedade para ampliar o conhecimento, a conscientização e a orientação dos indivíduos no exercício consciente dos direitos e liberdades de cidadãos indivíduos e o público, impedindo relações privilegiadas entre as classes sociais, especialmente a exploração dos apropriados. (CINTRA, 2013 p. 94).

Dessa forma, registra-se que em relação ao sistema educacional inclusivo, a educação seja vista como um direito uno não pode deixar de ser ofertada, é dever do Estado e da sociedade garantir condições de acesso ao conhecimento oportunizando e promovendo a dignidade ao indivíduo no convívio social, senão vejamos:

O sistema educacional inclusivo é o conjunto de atividades pedagógicas, administrativas e estruturantes relacionadas à inclusão do estudante com deficiência, compreende a educação superior, a educação profissional e tecnológica. Exige que a educação seja vista como um todo e não de forma particularizada, que a escola regular desenvolva ações para que pessoas com deficiência possam exercer seu direito à educação. A ideia é apoiar a diversidade entre todos os

estudantes, tendo como objetivo eliminar a exclusão social. (DEZ...,2020. não paginado).

Nota-se, então, para que haja uma educação inclusiva de qualidade, é necessário o desenvolvimento de práticas pedagógicas voltadas para a pessoa com deficiência, compreendendo todas as suas necessidades viabilizando os meios e condições de acesso ao sistema de ensino.

2.2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO CONSTITUCIONAL

Com efeito, a Carta Magna, faz menção às pessoas com deficiência em vários de seus artigos, objetivando promover e assegurar as medidas de proteção, garantindo os direitos básicos da pessoa com deficiência visando seus interesses em questões fundamentais dentre elas, o direito à vida, educação, saúde, lazer, trabalho e acessibilidade, entre outros direitos. (BRASIL,1988).

Cabe ressaltar, o que preconiza a Constituição Federal do Brasil de 1988, no artigo 227º, incisos II e III. A participação efetiva do Estado na criação de programas que possibilitam a pessoa com deficiência sua integração e o acesso aos bens e serviços. Senão vejamos:

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem 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 obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola. (BRASIL, [2022], não paginado).

Corroborando tais informações, Madruga (2021, p. 268), afirma que:

Outra nota relevante a respeito da Carta de 1988 é que pela primeira vez aludiu-se ao termo integração, relacionando-o diretamente com a deficiência, a saber: "integração social das pessoas portadoras de deficiência" (art. 24, XIV, CF/88); "promoção de sua integração à vida comunitária" (art. 203, IV, parte final) e "integração social do adolescente portador de deficiência" (art. 227, § 1º, II)." (MADRUGA, 2021, p.268).

Ainda neste contexto, como competência do Estado de assegurar os direitos das pessoas com deficiência, a Constituição Federal do Brasil preceitua nos artigos 23°. Inciso II e V, e artigo 24°. Incisos IX, XIV. Afirmando que:

II - Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência. (BRASIL, [2022], não paginado).

Para Abmp (2013), portanto, partindo de uma análise da situação das pessoas com deficiência, sejam crianças, adolescentes, jovens, adultos ou idosos, e passando para outras situações que exigem igualdade e inclusão, o sistema educacional brasileiro é, com certeza, um dos assuntos mais difíceis. Tal como acontece com muitas outras áreas, os progressos legislativos nesta área ainda não foram acompanhados de todos os desenvolvimentos concretos que lhe são relevantes, inclusive porque são fatores constitutivos. Não se pode falar em inclusão de todos no ambiente educacional sem antes examinar as questões da efetiva inclusão de todos nos níveis de dignidade, que são fundamentais para o Estado brasileiro, seguindo o padrão do ponto III da Carta Magna. (ABMP, 2013, p.1617).

Todavia, percebe-se que todo indivíduo tem direito à educação, respeitando a igualdade de condições para que aconteça de forma efetiva a inclusão, assegurando-lhe o pleno acesso ao sistema educacional, sendo esse direito assegurado e protegido constitucionalmente.

Segundo Saraiva (2013), conhecer os direitos fundamentais é um pressuposto necessário para a vida em sociedade e no País em que a pessoa ou cidadão vive, termos aqui tomados como sinônimos para o levantamento do assunto neste texto. A pessoa/cidadão é o principal sujeito dos direitos pessoais, sociais e políticos, o principal ator do Estado no exercício dos direitos políticos e o principal beneficiário da proteção da constituição e do país Estado de lei. (SARAIVA, 2013, P. 200).

Deste modo, nota-se que se tratando de inclusão do indivíduo no meio social é necessário que haja um grande empenho envolvendo o Estado e a sociedade, com intuito de que se efetive esses direitos fundamentais garantidos pela Constituição.

2.3 INTERAÇÃO ENTRE APRENDIZADO E DESENVOLVIMENTO

Nesse caso, deve-se notar que a criança internaliza as interações com o ambiente e assim se dá o desenvolvimento, ocorrendo de fora para dentro. A cultura é uma das principais influências para que ocorra o crescimento espiritual, ela dita seus caminhos e também características em relação ao mundo. Percebe-se, portanto que, na escola, todas essas coisas serão vivenciadas e a criança associará suas ações à concepção do mundo ao qual é trazida. (EDU..., 2019. não paginado).

Cabe ressaltar, o que preconiza a Constituição Federal de 1988 no artigo 205º, Caput, um panorama sobre o dever que incube ao Estado de ofertar uma educação de qualidade e acessível para todos, e sua importância para o desenvolvimento do indivíduo no contexto social, vejamos:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, [2022], não paginado).

Segundo Sousa (2010), também busca mostrar que o direito à educação é construído sob o pretexto da sustentabilidade dos direitos fundamentais. Para tanto, são invocados os princípios norteadores da ordem constitucional brasileira, como os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade, proibição da degradação social, entre outros.

Por fim, faz-se também uma breve referência à questão de como lidar com uma possível colisão de princípios em face do direito à educação. (SOUSA, 2010, p. 16). Portanto, nota-se que a educação funda-se numa perspectiva objetiva e em princípios que visam promover os direitos fundamentais à dignidade da pessoa, garantido o seu aprendizado e desenvolvimento.

Conforme Abmp (2013, p. 1620), destaca que:

Destarte, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos pretende plantar e/ou regar as sementes de uma cultura com novos valores no ambiente educacional, viabilizando a inclusão de todos, por todos e para todos. A inclusão preconizada em tantos atos normativos, nacionais e internacionais. A inclusão que precisa considerar o educando e o educador, partes indissociáveis do processo de ensino-aprendizagem. O investimento na formação desses profissionais, portanto, precisa ser o segundo ponto a postular juridicamente. (ABMP, 2013, p.1620).

Conforme expressa a Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, nos artigos 13º, incisos I, III, IV e V I, e artigo 59º, incisos I, II, III, IV e V, versam sobre o papel dos professores e a instituição de ensino em relação a pessoa com deficiência, senão vejamos:

I - Participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

III - zelar pela aprendizagem dos alunos;

IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento;

VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis Para o respectivo nível do ensino regular. (BRASIL, [2021], não paginado).

Portanto, é preciso que exista uma conexão entre os professores e a pessoa com deficiência, a fim de que juntos consigam desenvolver técnicas e recursos educativos que contribuam de forma efetiva para a aprendizagem desses alunos.

2.3.1 Dignidade da Pessoa Humana

De acordo com o entendimento de Madruga (2021), o reconhecimento da dignidade humana das pessoas com deficiência vai de encontro à sua realidade inalienável de exclusão social, política, econômica e cultural. A exclusão dessas pessoas significaria um verdadeiro atentado à sua dignidade, na medida em que apenas aumenta sua invisibilidade do meio social, separando-as cada vez mais do meio social. (MADRUGA, 2021, p.100).

Nota-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 enfatiza esse princípio fundamental assegurando a pessoa e seus direitos básicos para sua subsistência como prioridade, eliminando qualquer tipo de exclusão social, por tratar de direito incondicional não podendo ser violado. (BRASIL, 1988).

Assim, a dignidade da pessoa humana, é considerada o fundamento da República, o princípio básico da ordem nacional, o norte constitucional, que visa assegurar os direitos mínimos que garantem uma existência digna, não podendo ser relativizada porque constitui um valor absoluto, uma vez que, neste caso, o indivíduo é protegido pela oposição da sociedade ou do poder público, ficando assim em situação de vulnerabilidade. (SANTANA..., 2010. não paginado).

Nesse mesmo raciocínio Madruga (2021, p.77), afirma que:

Logo, na realidade contemporânea a análise dos bens exigíveis que possibilitem às pessoas com deficiência uma vida com total dignidade deve estar baseada no ser “como humano”, e não “como objeto”, na sua riqueza humana, considerando-se as suas peculiaridades e diversidade, num contexto que agregue o universal e também o particular, mas sem radicalismos. Essa ótica da diferença, interligada à deficiência no contexto de direitos humanos. (MADRUGA, 2021, p.77).

Para Vailatti (2019), a dignidade humana é um atributo que os indivíduos possuem inerente à sua condição humana, protege-os contra todo tratamento injusto e discriminação, garantindo condições materiais mínimas para sua existência. Todos os direitos, sejam sociais, jurídicos, políticos ou mesmo pessoais, têm impacto direto na dignidade da pessoa humana, portanto conclui-se que para a sociedade a dignidade das pessoas são o eixo constitucional aos olhos do nosso direito e sistema de organização das regras da lei que rege a justiça e sua aplicação. (VAILATTI, 2019, p.12).

Nesse contexto, analisa-se o princípio da dignidade como um dos valores básicos de um Estado Democrático de Direito de acordo com o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que estipula que o Estado deve assegurar certos níveis de existência para

promover uma vida mais digna que atenda às necessidades vitais do indivíduo. No entanto, é claro que quando se trata da dignidade humana, princípio mais importante e fundamento mais precioso a ser protegido, está diretamente relacionada à moralidade dos indivíduos e seus valores, todas as permissões são concedidas e asseguradas pela Constituição brasileira. (BRASIL,1988).

Segundo Weyne (2013), na Constituição brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma nunca antes vista no constitucionalismo do país, foi incluído no Título I - Princípios Fundamentais como um dos fundamentos da República (art. III), que constitui um Estado Democrático de Direito. Dirigindo-se a esta disposição, Sarlet (2007), salientou que a Assembleia Constituinte de 1988 não só tomou a decisão fundamental sobre o sentido, finalidade e justificação dos poderes do Estado e do próprio Estado, mas também reconhece inequivocamente que é o estado de ser como pessoa. (WEYNE, 2013, p.126).

Segundo Fiorillo (2015), para a Constituição de 1988 os seres agrupados em face da denominação povo, possuem esse direito constitucional fundamental previsto em nosso sistema jurídico, uma vez que são pessoas que gozam de uma prerrogativa constitucional básica, a saber, o direito à dignidade.

Com efeito, a dignidade, como critério vinculado a valores imateriais dos seres humanos como o amor próprio, brio, honra, respeitabilidade, são valores garantido pela Constituição Federal. Portanto, para que o homem tenha sua dignidade deve ser assegurado os direitos sociais consagrados no artigo 6º da Constituição Federal, tais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos pobres, como base normativa mínima, dos direitos fundamentais. (FIORILLO 2015, p.47).

Em suma, vemos que a educação tem papel fundamental e de grande importância no desenvolvimento social da pessoa humana promovendo sua total autonomia, além de auxiliar e prepara o cidadão para qualificação profissional assim como o seu total exercício de cidadania.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

Portanto, cabe trazer à baila no que diz respeito à cidadania é o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, em suma, a cidadania é também participar do destino da sociedade votar, ser eleito, ter direitos políticos os direitos civis e políticos não garantem a democracia sem os direitos sociais, os direitos que asseguram a participação dos indivíduos na riqueza coletiva como o direito à educação, ao trabalho, a um salário alto, saúde e uma velhice confortável, exercer a cidadania é ter direitos civis, políticos e sociais. (SARAIVA, 2013, p.194).

Nesse diapasão Abmp (2013, p.126), não por outras razões, ao contrário de outros direitos sociais, o direito à educação é obrigatório pelo menos nos níveis básicos, por isso é gratuito e deve ser universal. Seguindo esse fluxo, as obrigações relacionadas de outros atores passivos do direito à educação o Estado deve promover, proteger e garantir o direito à educação, a família tem a responsabilidade de promover ainda mais o direito à educação, o acesso à educação e a sociedade que fornece financiamento, se traduz em tais tarefas básicas. Na lei brasileira, a educação básica é um direito subjetivo do público, garantido a todos aqueles que não tiveram acesso a ela na idade exigida, conforme assegurado pelo artigo 208, I e § 1º, da Constituição Federal. (ABMP, 2013, p.126).

Contudo, a constituição federal do Brasil preconiza nos artigos 6º, caput, 208º, incisos I, III e 211º, parágrafo 1º, a obrigação do Estado de ofertar educação especializada de qualidade voltadas para ingresso das pessoas com deficiência no sistema educacional de ensino assegurando o pleno exercício dos direitos enquanto cidadão, vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (BRASIL, [2022], não paginado).

Segundo Fiorillo (2015), ressalva o artigo primeiro da Lei nº. 9.39 /96 Lei de Diretrizes e Bases da Educação afirma claramente que a educação, de fato, inclui os processos de formação humana que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, nos lugares, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos e organizações da sociedade civil e em eventos culturais, condizente com a visão constitucional de que a educação está voltada para o desenvolvimento integral da cidadania. (FIORILLO, 2015, p.68).

Para Abmp (2013), por outro lado, o Estado, como sociedade política, tem expectativas para os titulares do direito à educação que, nesse sentido, também são sujeitos passivos do direito à educação. Essas expectativas se traduzem em exigências de cidadania, que exigem participação política e contribuições individuais e coletivas para a formulação dos objetivos nacionais. Assim, o direito à educação, corolário das liberdades garantidas pelos Estados Constitucionais Democráticos, inclui autonomia moral, mas também responsabilidade pela autorresponsabilidade nas ações sociais, sociais e políticas, pois os indivíduos não podem se ver como desvinculados ou irresponsáveis dos valores que fundamentam o regime jurídico que garante os seus direitos. (ABMP, 2013, p.126).

Nesse contexto, cabe ressaltar o que preceitua o Decreto nº 10.502 de 2020, que versa sobre políticas educacionais no artigo 2º, inciso III, IV e V, ao qual Institui a Política Nacional de Educação Especial: Equitativa, Inclusiva e com Aprendizado ao Longo da Vida. Prega que:

III - Política educacional equitativa - conjunto de medidas planejadas e implementadas com vistas a orientar as práticas necessárias e diferenciadas para que todos tenham oportunidades iguais e alcancem os seus melhores resultados, de modo a valorizar ao máximo cada potencialidade, e eliminar ou minimizar as barreiras que possam obstruir a participação plena e efetiva do educando na sociedade;

IV - política educacional inclusiva - conjunto de medidas planejadas e implementadas com vistas a orientar as práticas necessárias para desenvolver, facilitar o desenvolvimento, supervisionar a efetividade e reorientar, sempre que necessário, as estratégias, os procedimentos, as ações, os recursos e os serviços que promovem a inclusão social, intelectual, profissional, política e os demais aspectos da vida humana, da cidadania e da cultura, o que envolve não apenas as demandas do educando, mas, igualmente, suas potencialidades, suas habilidades e seus talentos, e resulta em benefício para a sociedade como um todo;

V - política de educação com aprendizado ao longo da vida - conjunto de medidas planejadas e implementadas para garantir oportunidades de desenvolvimento e aprendizado ao longo da existência do educando, com a percepção de que a educação não acontece apenas no âmbito escolar, e de que o aprendizado pode ocorrer em outros momentos e contextos, formais ou informais, planejados ou casuais, em um processo ininterrupto. (BRASIL, 2020, não paginado).

Com efeito, insta reforçar que a educação em seu campo de atuação e desenvolvimento desempenham a função de promover o conhecimento sob a perspectiva de vários aspectos nos setores em que o indivíduo está inserido, despertando suas qualidades aprimorando suas habilidades e contribuindo para uma sociedade justa para todos.

3.1 ACESSIBILIDADE E PERMANÊNCIA NA ESCOLA.

É importante salientar sobre acessibilidade o que dispõe o Estatuto da pessoa com Deficiência Lei nº 13.146/2015, que define em seu artigo 3º, inciso I, a acessibilidade como meio de oportunizar condições igualitárias para as pessoas com deficiência nas variadas manifestações sociais, assim delimitado:

- I - Acessibilidade: 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, [2021], não paginado).

Nessa esteira Madruga (2021), destaca que essa garantia da autonomia individual passa necessariamente pela superação das barreiras estruturais impostas ao coletivo que impedem o acesso a diversos aspectos da vida social, com destaque para o direito de acesso e o direito à educação.

Para tanto, é preciso garantir uma boa acessibilidade, especialmente física, com a retirada, redução ou modificação das barreiras arquitetônicas, urbanas, de trânsito e de transporte, para permitir que as pessoas com deficiência usufruam, com dignidade e ao máximo de benefícios bens e serviços prestados à sociedade em geral. E a oportunidade no campo da educação, um sistema de educação especial e inclusivo, que garanta o máximo aproveitamento de suas capacidades e potencialidades voltadas para a vida em sociedade e sobretudo para o trabalho. (MADRUGA, 2021, p.108).

Para vias de acesso das pessoas com deficiência a Lei nº 7.405/1985 que torna obrigatório a colocação do Símbolo Internacional de Acesso em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência, traz no artigo 4º, inciso XXVII e XXVIII, formas de promover com mais segurança o acesso à esse público, vejamos:

- XXVII - Rampas de acesso e circulação com piso antiderrapante; largura mínima de 120cm (cento e vinte centímetros); corrimão de

ambos os lados com altura máxima de 80cm (oitenta centímetros); proteção lateral de segurança; e declive de 5% (cinco por cento) a 6% (seis por cento), nunca excedendo a 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento) e 3,50m (três metros e cinquenta centímetros) de comprimento;

XXVIII - escadas com largura mínima de 120cm (cento e vinte centímetros); corrimão de ambos os lados com altura máxima de 80cm (oitenta centímetros) e degraus com altura máxima de 18cm (dezoito centímetros) e largura mínima de 25cm (vinte e cinco centímetros). (BRASIL, [1989], não paginado).

Nesse caminho, no que tange o acesso e permanência desse público estabelece o Decreto nº 3.298/1999, no artigo 7º, inciso I, II, III, IV e V, dispõe sobre a inserção e a participação da pessoa com deficiência nas atividades sociais em todas as áreas, para que aconteça uma inclusão justa e igualitária, assim previsto:

I - O acesso, o ingresso e a permanência da pessoa portadora de deficiência em todos os serviços oferecidos à comunidade;

II - integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social;

III - desenvolvimento de programas setoriais destinados ao atendimento das necessidades especiais da pessoa portadora de deficiência;

IV - formação de recursos humanos para atendimento da pessoa portadora de deficiência;

V - garantia da efetividade dos programas de prevenção, de atendimento especializado e de inclusão social. (BRASIL, [2019], não paginado).

Nessa mesma toada a Lei nº 13.146 de julho de 2015, denominada, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, no artigo 28, inciso V, estabelece o seguinte prisma sobre meios de ensino adotados no meio educacional para essa demanda, discorre:

V - Adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos

estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino. (BRASIL, [2021], não paginado).

Para tanto, é necessário que se adotem ações voltadas para a pessoa com deficiência, a fim de que essas medidas auxiliem no desenvolvimento do indivíduo dentro do contexto educacional e social.

3.2 EDUCAÇÃO GRATUÍTA

Nesse contexto, a inclusão do princípio da educação gratuita no rol de princípios constitucionais exclui qualquer possibilidade de projeto de lei estabelecendo que a educação pública deve ser paga. Neste contexto, inclui-se o ensino primário, secundário e superior. Não se pode negar que seria fútil se a regulação da educação fosse direito de todos e, ao mesmo tempo, obrigação do Estado, sem a garantia de que um padrão de qualidade seria assegurado. A qualidade é o que garante que os objetivos da educação sejam alcançados, possibilita o desenvolvimento integral da pessoa, possibilita a participação da pessoa no mercado de trabalho e, acima de tudo, realiza a cidadania plena. (JURIDICO..., 2015. não paginado).

Para Bittar (2014), no Brasil, o ensino privado superou o ensino público, por isso o Estado deve rever a estrutura educacional no Brasil, encontrar soluções para solucionar as deficiências e ineficiências do ensino público no país. Como o Estado investe mais recursos na educação do setor privado do que na educação do setor público, uma tendência histórica continua em todos os setores, não apenas na educação. Portanto, o Estado deve promover ações para tentar eliminar ou reduzir esses conflitos. (BITTAR, 2014, p.76).

Ainda, segundo a Abmp (2013), o direito à educação é o principal direito destacado dentre todos os demais direitos sociais com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a educação é entendida como um direito de todos os cidadãos e uma obrigação do Estado e da família e com a participação da sociedade na ação que promove e incentiva a sua realização. Com isso em mente, certas diretrizes e recursos foram estabelecidos para garantir o exercício desse direito, a educação deve ser gratuita e de qualidade que, como assegura a Carta Magna, ampara juridicamente os cidadãos em caso de violação desse direito. (ABMP, 2013, p.269).

Insta salientar o que preconiza o artigo 24º do Decreto Legislativo nº 186/2008, ao qual trata da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, senão vejamos:

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em

igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem. (BRASIL, 2008, não paginado).

Portanto, resta claro que, as pessoas com deficiência terão acesso à educação gratuito e de qualidade, tendo o seu direito de igualdade de condições respeitados como o de qualquer outro indivíduo.

3.2.1 Princípio da Igualdade de Oportunidade

De acordo com a temática até aqui explanado no contexto das pessoas com deficiência, a igualdade de oportunidades pode ser definida como a remoção de barreiras físicas, econômicas, sociais ou culturais que de alguma forma limitam ou excluem a participação das pessoas com deficiência e seu pleno desenvolvimento na sociedade. (MADRUGA, 2016, p. 131).

Assim, por meio de uma variedade de medidas visando proporcionar a acessibilidade universal, e um sistema educacional especializado, com condições de trabalho justas e favoráveis e salários proporcionais, bem como programas e serviços de saúde adequados, entre outras coisas, estão incluídos nesta luta coletiva pela inclusão social. (MADRUGA, 2016, p. 131).

Nesta mesma senda, Sousa (2010), adverte:

Os conceitos de liberdade e de igualdade partem de princípios opostos, mas que se complementam. O primeiro deles diz respeito à faculdade de o indivíduo decidir ou agir segundo a própria determinação; o segundo, no seu sentido formal, diz respeito à relação de igualdade⁴ entre indivíduos e/ou grupos sociais, que se estabelece por meio de categorias abstratas (humanidade, dignidade, cidadania, entre outros), e que geralmente se define por leis que prescrevem direitos e deveres. (SOUSA, 2010, p. 18).

Nesse sentido Bittar (2014), afirma que a igualdade de todos constitui uma das virtudes fundamentais da democracia, e esta deve ser entendida como igualdade de oportunidades, para que os ideais de justiça social sejam efetivamente realizados. É neste contexto que se enquadra a educação, isto é, como meio obrigatório de assegurar a igualdade de oportunidades, através do desenvolvimento integral da pessoa, da aptidão para o trabalho e do exercício da cidadania. (BITTAR, 2014, p.81).

Para Ramos (2020), os Estados também estão comprometidos em trabalhar juntos para contribuir para a prevenção e eliminação da discriminação contra pessoas com deficiência, e cooperar efetivamente em pesquisas científicas e tecnológicas relacionadas à prevenção e tratamento de deficiências, reabilitação e inclusão social, e desenvolver

meios para facilitar ou promover uma vida independente, autossuficiente e totalmente integrada, em pé de igualdade, na sociedade, das pessoas com deficiência. (RAMOS, 2020, p.961).

Nesse diapasão, a Constituição Federal estabelece o artigo 206, inciso I, princípios norteadores para a educação, sendo o primeiro deles a igualdade de condições de acesso e permanência nas escolas. Proporcionar igualdade de condições é proporcionar àqueles que são mais ou menos difíceis e acessíveis os meios para exercer e obter direitos e tratamentos que possibilitem resultados semelhantes. (BRASIL, 1988).

Todavia, todas as barreiras físicas e educacionais que possam levar à exclusão de pessoas com deficiência, como atitudes e comportamentos individuais ou coletivos que impeçam a participação de pessoas com deficiência na sociedade. As crianças e os jovens com deficiência têm o direito de serem tratados da mesma forma que os outros. Por lei, qualquer forma de discriminação é inaceitável. (DEZ..., 2020. não paginado).

Cabe ressaltar o que preconiza o artigo 2º do Decreto legislativo nº 186 de 2008, que dispõe sobre o texto da Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, senão vejamos:

Discriminação por motivo de deficiência" significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável. (BRASIL, 2008, não paginado).

É possível afirmar que a Lei nº 13.146/2015 denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, prega no artigo 8º, proclama sobre o dever do Estado em promover a igualdade e proporcionar vida digna à todas as pessoas com deficiência. Declara que:

Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços

científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico. (BRASIL, [2021], não paginado).

Por todo o exposto, para que exista de fato a inclusão das pessoas com deficiência, é preciso respeitar seus direitos assegurados, eliminar toda e qualquer forma de exclusão, proporcionando à esses indivíduos uma vida mais digna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil é possível vislumbrar um significativo avanço em relação aos direitos das pessoas com deficiência, porém ao abordar a temática percebe-se ainda grandes dificuldades e barreiras que precisam ser ultrapassadas, para que assim seja possível uma efetiva garantia dos direitos fundamentais relativos a esses indivíduos na prática social, concedendo dessa maneira autonomia para que possam gozar e exercer de forma plena sua cidadania.

É de suma importância que o Estado não só desenvolva mas que também acompanhe a aplicação das políticas públicas voltadas às pessoas com deficiência, proporcionando assim, sua integração através da acessibilidade e da igualdade de condições promovendo sua total inclusão no meio social.

A presente pesquisa fundamentou-se a partir do objetivo apresentado na problemática. O direito a educação conforme delineado na Lei n.º 7. 853 de 24 de outubro de 1989, em vista das políticas públicas implementadas e desenvolvidas pelo o Estado brasileiro tem assegurado a garantia do princípio constitucional da igualdade de condições para o acesso e permanência de alunos com deficiência visual na escola. Norteou-se, portanto, com embasamento nas legislações vigentes que tratam dos direitos das pessoas com deficiência, e principalmente o que prega a Constituição Federal de 1988 no tocante ao tratamento do direito fundamental de igualdade.

Assim, apurou-se que as políticas públicas são essenciais e contribuem significativamente na autonomia das pessoas com deficiência e que através delas a lei poderá agir agregando positivamente na vida desses indivíduos não ficando apenas num papel meramente ilusório, mais que sejam aplicadas de fato nas relações sociais.

Desse modo, para que haja a integração das pessoas com deficiências no meio educacional, social e cultural, é importante que sejam respeitados todos os direitos

fundamentais previstos na legislação brasileira, promovendo sua autonomia e participação na sociedade com igualdade, dignidade e respeito.

REFERÊNCIAS

ABMP; EDUCAÇÃO, T. P. **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022], não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/congresso/dlg/dlg-186-2008.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 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, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. [2019], não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 28 fev. 2022

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL, **Lei nº 7.405, de 12 de novembro de 1985**. Torna obrigatória a colocação do “Símbolo Internacional de Acesso” em todos os locais e serviços que permitam sua utilização por pessoas portadoras de deficiência e dá outras providências. [1.989], não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7405.htm. Acesso em: 07 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. [2019], não paginado. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 28 fev. 2022

BRASIL, **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. [2021], não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**, O Estatuto da Pessoa com Deficiência. [2021], não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

BITTAR, C. B. **Educação e direitos humanos no Brasil**. São Paulo: SARAIVA, 2014. E-book.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHO, R. **Educação e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

CINTRA, R. S.; PINTO, D. B. B. **Direito e educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

DEZ DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ALUNO COM DEFICIÊNCIA NA ESCOLA. 2020. Disponível em: <https://www.camarainclusao.com.br/noticias/dez-direitos-fundamentais-do-aluno-com-deficiencia-na-escola/>. Acesso em: 06 abr. 2022.

EDU. **Jornada práticas pedagógicas**. 2019. não paginado. Disponível em: <https://jornadaedu.com.br/praticas-pedagogicas/teoria-de-vygotsky/>. Acesso em: 07 abr. 2022.

FIORILLO, C. A. P. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

JURÍDICO. **Âmbito**. 2015. não paginado. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-direito-a-educacao-e-suas-perspectivas-de-efetividade/>. Acesso em: 10 abr. 2022.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MADRUGA, S. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

MADRUGA, S. **Pessoas com deficiência e direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

RAMOS, A. D. C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

SARAIVA, E. **EDUCAÇÃO JURÍDICA**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67-68. Oferecendo uma interpretação semelhante, cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, a. 2, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001, p. 55." (WEYNE, 2013, p.539)

SANTANA, Raquel Santos de. **Direito Constitucional**. não paginado. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>. Acesso em: 09 abr. 2022.

SOUSA, E. F. D. Série IDP - **Direito à Educação** - Requisito para o desenvolvimento do País, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

VAILATTI, D. B.; OLIVEIRA, E. D. S.; SODRÉ, H. W.; PEIXOTO, P. H. L.; BARONOVSKY, R. S. **Direitos das Pessoas com Deficiência para Provas de Concursos**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

WAT. **Qualidade Acessível**. 2020. não paginado. Disponível em: <https://www.watplast.com.br/blog/conheca-os-3-tipos-de-deficiencia-visual-e-como-promover-acessibilidade-para-ambos/>. Acesso em: 05 mar. 2022.

WEYNE, B. C. **O princípio da dignidade humana**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

O PACOTE ANTICRIME COMO MARCO NO RECRUDESCIMENTO PENAL NO BRASIL: A CONVERGÊNCIA ENTRE O REFERIDO INSTITUTO E O CRESCENTE DISCURSO PUNITIVISTA NO PAÍS

NATHAN XAVIER DE MACEDO E SOUZA:

Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP) ¹⁰⁸

DANILO BEZERRA DE CASTRO ¹⁰⁹

(orientador)

RESUMO: Os impactos resultantes do progressivo aumento das reprimendas penais se mostram relevantes em todo âmbito social. Dessa forma, o presente trabalho busca verificar se o recrudescimento penal é a solução para a redução da criminalidade, tomando como paradigma a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Ademais, busca demonstrar a atuação do chamado populismo penal, o qual utiliza-se da aplicação de políticas criminais mais punitivas para amparar o anseio social, agindo como um placebo político a curto prazo. No mais, a imposição de penas cada vez mais cruéis confronta verticalmente o Estado Democrático de Direito e demonstra-se totalmente incompatível com a atuação do Direito Penal neste, dissuadindo-o de sua função *ultima ratio*. Para alcançar o resultado demonstrado, foi utilizada de uma metodologia dedutiva, que através de uma pesquisa exploratória na doutrina penalista, na legislação pátria e em artigos análogos à temática, desencadeou-se em uma cadeia de raciocínios que trouxeram como resultado a ineficácia do modelo ultrapunitivo e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Lei 13.964/2019. Pacote Anticrime. Punitivismo estatal. Endurecimento penal. Ineficácia do modelo ultrapunitivo.

ABSTRACT: The impacts resulting from the progressive increase in criminal reprimands are relevant in every social sphere. In this way, the present work seeks to verify whether criminal intensification is the solution to reducing crime, taking Law 13.964/2019 (Anti-Crime Package) as a paradigm. In addition, it seeks to demonstrate the performance of the so-called penal populism, which uses the application of more punitive criminal policies to support social desires, acting as a political placebo in the short term. Furthermore, the imposition of increasingly cruel penalties vertically confronts the Democratic State of Law and proves to be totally incompatible with the performance of Criminal Law in it, dissuading it from its *ultima ratio* function. To achieve the demonstrated result, a deductive

108. E-mail: nathanxms14@gmail.com

109 Me. Danilo Bezerra de Castro. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: danilo@advocaciabezerradecastro.adv.br

methodology was used, which, through exploratory research in penal doctrine, in national legislation and in articles similar to the theme, triggered a chain of reasoning that resulted in the ineffectiveness of the ultrapunitive model and its total incompatibility with the Brazilian legal system.

Keyword: Law 13.964/2019. Anti-Crime Pack. State punitivism. Penal hardening. Ineffectiveness of the ultra-punitive model.

1 INTRODUÇÃO

A reflexão acerca do impacto do recrudescimento das penas na redução da criminalidade é de suma importância e urgência, visto sua influência no cenário político, econômico, educacional e social.

A Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) tornou-se um marco no recrudescimento penal no Brasil, convergindo com o crescente discurso punitivista no país. Dessa maneira, esta obra baseia-se na análise da doutrina penalista clássica e hodierna, bem como, da legislação pátria e de artigos análogos que abordam a temática, sendo a pesquisa exploratória realizada tanto em sites eletrônicos quanto em livros físicos, sendo utilizada, portanto, a metodologia dedutiva.

Isto pois, nos últimos anos, o Brasil tem sido acometido por uma onda punitivista, tendo como aspectos basilares o populismo criminológico, o sensacionalismo aplicado pela mídia imperita, a inexistência de comunicação entre o Poder Legislativo e técnicos na área, entre outros. Tal onda tem resultado em um afastamento do Direito Penal de sua função *ultima ratio*, tratando-o como solução para resolver todos os problemas sociais, mesmo que ínfimos, tendo sempre a sanção como método utilizado para tanto.

As consequências desta incorreta utilização podem ser catastróficas, confrontando diversos princípios construídos e conquistados através de, na maioria absoluta das vezes, muito sofrimento, principalmente por parte dos menos favorecidos socialmente.

Resta evidente a premência de readequação do Congresso Nacional às pautas mais efetivas, para isso, necessita-se de alteração do pensamento médio da população, com este intuito, este trabalho evidenciará a ineficácia do modelo punitivista no combate a marginalidade, afinal, tratar o castigo como única forma de abrandar ações delituosas é ignorar todas as garantias já conquistadas, e mais que isso, é desistir do homem como ser racional e senciante.

Neste contexto, o primeiro capítulo objetiva-se em demonstrar a inclinação da legislação criminal brasileira com o discurso punitivista que alicerçado principalmente pelo “populismo penal”, utiliza-se de forma desmesurada do Direito Penal como artifício de controle político, apresentando respostas de efeito placebo que visam um único fim, qual

seja, alimentar o sensacionalismo que invade o consciente coletivo da população. Tal utilização ilegítima do Direito Penal, acaba o desviando de sua função *ultima ratio*, o que leva à uma aproximação ao Direito Penal do Inimigo e iniciando uma batalha entre o “cidadão de bem” e o delinquente.

O capítulo seguinte destina-se enfatizar que a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) nasceu como um marco do punitivismo no ordenamento jurídico brasileiro. Para embasar essa afirmação, são apresentados pontos específicos que amparam tal pretensão.

No terceiro e último capítulo, observa-se através de uma análise histórica, teórica e principiológica que a sanha punitivista está presente desde a origem do poder punitivo e que, mesmo assim, nunca apresentou resultado efetivo na redução das transgressões penais. Sobretudo, observa-se que o Direito Penal hiperpunitivo é totalmente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro enquanto Estado Democrático de Direito, principalmente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e seus correlatos.

Assim, o trabalho busca constatar o alinhamento do ordenamento jurídico brasileiro com a agenda punitivista, tomando como paradigma a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), bem como, evidenciar a ineficácia e incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e a referida sanha punitivista.

2 O PUNITIVISMO COMO TENDÊNCIA NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO BRASIL

Depreende-se que do ponto de vista da organização social, o Brasil é um país recente, por isso, torna-se possível acompanhar a evolução do Direito Penal desde a ocupação portuguesa até os dias atuais. Neste seguimento, é viável dizer que da colonização aos tempos modernos, o viés punitivista se faz presente nos ordenamentos jurídicos do país. (LOPES JR; PINHO; ROSA, 2021).

Desde as primeiras Ordenações Afonsinas e Manuelinas, passando pelas Ordenações Filipinas, pelo Código Criminal do Império, pelo primeiro Código Penal republicano até chegar no vigente Código Penal de 1940, apesar do lapso temporal, é evidente a semelhança entre as normativas; a punição como forma de controle (LOPES JR; PINHO; ROSA, 2021).

Por conseguinte, hodiernamente o ordenamento jurídico criminal vigente no Brasil não se contrapõe ao histórico antes mencionado, podendo ser demonstrado pelo levantamento do G1 (2021, não paginado) que expressa um extenso número de encarceramentos no país, que possui 322 presos a cada 100 mil habitantes.

Após anos em sequência de leis e projetos de leis que na maioria das vezes eram amparados pelo clamor popular e que criminalizavam condutas, agravavam penas, criavam qualificadoras, entre outras formas de recrudescimento penal, deu-se como ponto

nevrálgico de influência do rumo punitivista – 01 (um) ano após a eleição de um novo Presidente da República e amparado pelo recentemente nomeado Ministro da Justiça (figura midiática que tomou como mantra o combate feroz contra a criminalidade) – a promulgação da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), um marco no punitivismo orquestrado no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, a atuação punitivista não parou por aí, dados levantados pelo Instituto Sou da Paz (2022, não paginado) refletem a conexão entre a atuação legislativa criminal e a agenda punitiva, veja-se:

Juntas, as duas casas apresentaram 958 projetos de lei sobre segurança pública. Na Câmara dos Deputados foram identificados 4566 PLs propostos em 2020, sendo que 835 tratavam de segurança pública. No Senado, foram 1120 PLs, com 123 sobre o tema.

O aumento de pena e a criminalização de condutas continuam sendo as apostas principais tanto da Câmara quanto do Senado para a segurança pública, mesma receita identificada nos anos e legislaturas anteriores. Na Câmara, 24,5% dos projetos sobre segurança buscavam aumentar a pena de um crime já existente e 20,8% tinham por objetivo criminalizar uma conduta ainda não tipificada como crime. No Senado, 37,3% dos PLs de segurança pública buscam aumentar penas e outros 15,3% criminalizar condutas ainda não previstas no direito penal.

Nesta esteira, resta evidente o rumo tomado pelo país, abraçado pelo sentimento punitivo e pelo populismo penal, o Pacote Anticrime mostra-se como um marco de uma política criminal ultrapassada e que apesar dos extensos anos de utilização, nunca trouxe nenhum resultado efetivo.

2.1 O PODER PUNITIVO COMO ARTIFÍCIO DE CONTROLE POLÍTICO INSTRUMENTALIZADO PELO POPULISMO PENAL

O Estado em sua definição simplista – “um agrupamento humano, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe dá unidade orgânica” (BEVILÁQUA apud MALUF, 2019, p. 55) – possui uma complexidade de camadas dotadas de singularidades em que se pode extrair de cada uma delas uma função. Noutra giro, em uma acepção simplista do Direito:

“[...] o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age

de conformidade com essas regras comporta-se direito; quem não o faz, age torto." (REALE, 2001, p.15)

Assim sendo, a existência de um Direito Penal, pressupõe a ocorrência de um poder originado pelo Estado para que este auxilie o cumprimento daquele. Fala-se, portanto, do poder punitivo, consistente na capacidade de criminalizar uma conduta e eventualmente puni-la, que de acordo com Beccaria (2014) baseia-se na junção das frações de liberdade dispostas pelo ser humano para viver em sociedade, em virtude da necessidade de autoproteção.

Desta maneira, é de se inferir uma simbiose entre Estado e Direito, visto que "O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o Direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar." (MALUF, 2019, p.16)

Uma breve contextualização imposta pela Teoria Geral do Estado e pela criminologia crítica é capaz de construir incertezas e contradições quanto à discussão abordada. Afinal, o povo enquanto elemento constituinte de um Estado, não pode decidir a forma e o modo de execução e aplicação do Direito em face de si mesmos? O questionamento se afunila quando inserido o Direito Penal, que como leciona Jesus (2015) em tese, deve ser o instituto que, através de sua tutela jurídica, repele as condutas sociais que atingem os bens jurídicos mais importantes.

A profundidade dessas indagações abre espaço para respostas impopulares à vista do senso comum. Como já dito, o Direito Penal tem a função de proteger os bens jurídicos mais relevantes a sociedade e para tanto, faz uso de sanções aplicadas a quem o infringir, tais sanções são chamadas de pena que segundo Jesus (2015, p. 1094) "é a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos".

Sem adentrar profundamente na discussão teórica e filosófica da pena, no tocante a sua função, conforme o artigo 59 do Código Penal (BRASIL, 1940), o Brasil adotou a teoria mista, afirmando que a pena possui a finalidade de reprovação e prevenção dos delitos. Entretanto, baseado no rigor punitivista, o Estado brasileiro tem ferido a própria lei substantiva penal, transformando a pena em uma arma estatal para controle político através do populismo penal.

Entende-se como populismo um método de discurso que se objetiva na utilização desarrazoada do clamor popular para atingir determinado fim. Neste seguimento, o populismo penal é o método de discurso utilizado para que a opinião e o clamor popular, ampare o gradativo recrudescimento das sanções criminais (GOMES; ALMEIDA, 2013).

Ao se dizer populismo criminológico, tem-se por base a existência de

“[...] um discurso político do inconsciente coletivo, que descansa sobre uma criminologia arcaica do homem criminoso, o "outro estranho" (criminologia do outro) (Garland, citado por Bombini: 2010, p.42-43), e que explora a insegurança pública (Kessler: 2011, p.9 e ss.) como fundamento para a adoção de mais medidas punitivas [...]” (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 23)

E, portanto, a ideia de uma manipulação sobre o poder democrático exercido pelo povo. Como salienta Gomes (2012), com a aplicação do populismo penal, recorre-se ao clamor social e aos anseios emocionais para justificar a condução do Direito Penal no seu maior rigor, porém, tal atuação trata-se de tão somente um placebo político, apresentando soluções a curto prazo que na maioria das vezes, possuem finalidade uma de publicidade para a manutenção do poder político. Nesse mesmo sentido, Gomes e Almeida (2013, p. 24) seguem afirmando que "No plano político o populismo se caracteriza pela manobra da vontade da massa, do povo, guiada por um líder carismático, que procura atender suas demandas e promover (tendencialmente) o exercício tirânico do poder [...]". Como se não bastasse todo o supramencionado, o discurso populista nos dias atuais possui um forte aliado: a tecnologia. A dinamicidade das relações sociais imprime um ritmo nunca visto antes, a facilidade da difusão de informação é cada vez maior, por conseguinte, mais fácil se torna disseminar tal discurso.

Ressalte-se que, em uma sociedade, o controle social é inevitável, independentemente se caracterizado de forma qualitativa (quanto ao *status* econômico) ou quantitativa (exercido pela maioria frente às minorias), de toda forma, o impacto do Direito Criminal no referido controle deve sempre beirar a inexpressão, sobretudo quando fala-se do sistema penal que majoritariamente atinge de forma vital os indivíduos mais desamparados (ZAFFARONI, 2021). Nesta mesma toada, Bitencourt (2020, p. 391) enfatiza:

o sistema penal, dentro do qual logicamente se encontra a prisão, permite a manutenção do sistema social, possibilitando, por outro lado, a manutenção das desigualdades sociais e da marginalidade. O sistema penal facilita a manutenção da estrutura vertical da sociedade, impedindo a integração das classes baixas, submetendo-as a um processo de marginalização.

Na mesma unidade, Foucault (1999) aduziu que é ingenuidade crer que o poder punitivo é utilizado tão somente para reprimir a prática de um ilícito penal, mas sim está ligado a todo o funcionamento estrutural de uma sociedade. "A ideologia acolhida pela constituição condiciona a atividade repressiva estatal (fixa com precisão seus limites e

objetivos), de modo a estabelecer o alcance da intervenção punitiva e as modalidades em que se exercitará o *jus puniendi*" (ROCHA, 2003, p. 5).

Por isso que, esse controle político-social, ao ser potencializado pelo populismo penal torna-se tão perigoso, visto que, é capaz de influenciar negativamente em todo o rumo de uma sociedade, conduzindo esta ao estado de barbárie legitimado pelo próprio povo.

Oportuno consignar que o populismo penal é alimentado no inconsciente coletivo no dia a dia, Gomes e Almeida (2013, p. 56) sobre o tema dispõem:

São incontáveis os potenciais agentes do populismo penal: opinião pública, policiais, políticos, legisladores, juízes, agentes penitenciários, universidades ou escolas, ONGs, intérpretes das leis, agências internacionais ou transnacionais etc. São potenciais agentes que comungam a mesma opinião sobre o uso de técnicas de manipulação das reações emotivas geradas pelo crime, transmitindo a crença de que a solução é a expansão do sistema penal bem como das leis penais duras.

Dessarte, é lógico saber que independente do viés ideológico atuante, o poder punitivo de um estado, materializado através das penas, é reflexo da política adotada pelos atores políticos e jurídicos momentâneos (ROIG, 2015). Contudo, quando o discurso populista penal logra êxito em seu objetivo, há uma ruptura nas amarraduras que mantêm o *potestas puniendi* como uma fera contida, este que, livre de impedimentos (fala-se obviamente das normativas e princípios que garantem o funcionamento adequado da persecução penal no seu mais amplo sentido) torna-se um temido algoz ao Estado Democrático de Direito. Nesta unidade, Zaffaroni (2001, p. 181), defende que "A principal função que cumprimos é a de pôr limites ao exercício do poder punitivo. Mais ainda: ou servimos para isso ou não servimos para nada", no mesmo sentido dispõe Carvalho (2015, p. 263) ao definir que "Pressupor a tendência constante das agências de punitividade em violar os direitos fundamentais talvez seja a única forma de criar blindagem prático-teórica contra as violações mesmas".

Assim sendo, o vislumbre de uma sociedade democrática em que o poder emanado pelo povo, direcionado pelo controle político-social e potencializado pelo populismo penal, legitima a atuação discricionária do poder punitivo, enseja o desmoronamento do Estado Democrático de Direito, deixando o Direito Penal dissidente de sua função *ultima ratio* e de seu caráter residual.

2.2 A SUPRESSÃO AOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE

Entre os institutos limitadores do poder punitivo estatal, encontra-se o princípio da intervenção mínima:

"O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável." (BITENCOURT, 2020, p. 100)

Significa dizer que buscando evitar retroceder a patamares já superados pela dogmática criminal, o Direito Penal só deverá ser acionado quando outros ramos do Direito não resolverem a questão (JESUS, 2015).

Lado outro, tem-se como outro importante limitador do poder punitivo estatal o princípio da fragmentariedade, que como bem diz Bittencourt (2020, p. 104) é "corolário do princípio da intervenção mínima e da legalidade". No mesmo sentido complementa:

"Resumindo, "caráter fragmentário" do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. Além disso, como veremos mais adiante, o princípio de fragmentariedade repercute de maneira decisiva tanto na determinação da função que deve cumprir a norma penal como na delimitação de seu conteúdo específico." (BITENCOURT, 2020, p. 106)

Ainda sobre a fragmentariedade do Direito Penal, Jesus (2015, p. 47) leciona que "O Direito Penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos."

Destarte, o cenário apresentado atualmente no país, demonstrado pelos números legislativos no enfoque punitivista, bem como, pelo número de encarceramentos, coloca em evidência que os princípios aqui tratados, têm sido suprimidos, relacionando-se, portanto, a um Direito Penal *prima ratio* (GOMES; BIANCHINI, 2004). De toda sorte, significa dizer que, a inobservância à intervenção mínima e a fragmentariedade do Direito Penal resulta em tão somente, inserção de mais violências em um contexto já em frenesi (ZAFFARONI, 2021).

Ademais, com o discurso punitivista em alta, tem-se o que é classificado como “inflação legislativa”, que se traduz com a desenfreada criação de ilícitos penais ocasionando em uma realidade dúplice, pois, ao tempo que recrudesce mais e mais as sanções punitivas, também acaba as desvalorizando e as deixando em um vazio existencial (BITTENCOURT, 2020, p. 101).

2.3 UMA GUERRA ENTRE O CIDADÃO E O DELINQUENTE

Correlacionando-se com a tendência punitivista empregada no Brasil, o Direito Penal do Inimigo é uma teoria criada em meados da década de 80, consistente na radicalização do normativismo (BITTENCOURT, 2020) empregando a narrativa de uma guerra entre o cidadão e o delinquente, da qual o delinquente é desarmado das garantias materiais e processuais, deixando de existir enquanto sujeito de direitos (MORAES, 2020) e tornando-se objeto de coação (GOMES; BIANCHINI, 2004).

Refere-se, dessa maneira, ao ápice do discurso punitivista, porquanto, almeja punir o delinquente (tido como não-cidadão) antes mesmo de qualquer ato delitivo (SILVA, 2013), ressaltando que neste modelo, o bem jurídico tutelado passa a ser a própria norma (GOMES; BIANCHINI, 2004). Nesse mesmo sentido, Silva (2013, não paginado) explica: “Para Jakobs, o inimigo deve ser interceptado prontamente, em estágio prévio, devido a sua periculosidade, consagrando-se, pois, um Direito Penal do Autor. Nesta acepção, o infrator é punido pelo “o que ele é”, pelo perigo que representa”. Nas palavras do próprio Jakobs (2008, p. 17):

[...] quem não oferece segurança de que se comportará como pessoa não pode esperar ser tratado como pessoa, como tampouco o Estado está autorizado a tratá-lo ainda como pessoa, pois, de outro modo, estaria lesando o direito das outras pessoas à segurança.

É neste escólio que Barrios (2015) correlaciona o Direito Penal do Inimigo com a ascensão do discurso punitivista, convergindo ambos para um rumo eugenista e mantenedor da desigualdade social, agindo principalmente contra os mais vulneráveis socialmente falando.

Desta maneira, nota-se que a conjuntura em que se encontra o Brasil guarda congruência com os ideais do ‘Direito penal do inimigo’, sobretudo quando se fala da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que elegeu antagonistas específicos como mal a serem expurgados da ordem social, em especial quem pratica delitos de corrupção ou crimes violentos e integra ou lidera organizações criminosas (ASSUMPÇÃO, 2020).

3 PRINCIPAIS PONTOS QUE DEMONSTRAM NA LEI 13.964/19 UM MARCO PUNITIVISTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Promulgada no dia 24 de dezembro de 2019, a Lei 13.964/2019, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime” evidencia-se como um importante marco em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Percebe-se pelo artigo 1º da referida norma: “Esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.” (BRASIL, “Pacote Anticrime” - Lei nº 13.964, 2019, *online*).

Trata-se, conseqüentemente, de uma série de medidas adotadas que alteraram grandes pontos no Direito Penal material e processual aplicado no Brasil. No entanto, o referido instituto não ficou imune ao contágio do sentimento vingancista que se pauta o punitivismo, a lei que deveria aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, em pontos específicos, retrocedeu a estágios já superados pela dogmática penalista. Neste seguimento:

“A ideologia do “pacote”, como não poderia deixar de ser, acompanhou a sanha punitivista. Aumento de penas, corte de garantias, endurecimento no cumprimento da pena privativa de liberdade, mais elasticidade às medidas constritivas. Tudo isso sob o pretexto de “combater a criminalidade” (o próprio nome “Anticrime” já revela sua pretensão audaciosa; como se a legislação que lhe antecedeu de algum modo tenha sido “a favor do crime”)” (JR., PINHO, ROSA, 2021, p.21)

Assim, ao “Pacote Anticrime” é atribuído uma enorme relevância na ordem jurídica e social brasileira, pois, as alterações tomadas pela norma, influenciam a sociedade em seus mais diversos segmentos.

Delimitando-se aos aspectos de fabricação e redação da Lei 13.964/2019, nota-se o evidente entranhamento do viés hiperpunitivo. Os professores Jr, Rosa e Pinho (2021) alertam que, pelo nome incumbido pelos próprios fabricantes da norma, já se evidencia a demagogia, afinal, ao denominar uma lei penal nova de anticrime, leva-se à injeção de um pensamento no inconsciente coletivo que as leis anteriores não seriam contra (ou combatentes) à criminalidade. Outrossim, o conteúdo da Lei 13.964/2019, em alguns pontos específicos que serão melhores tratados na continuação aderem a gana punitiva tendente que tem sido exaustivamente debatida nos tópicos anteriores.

3.1 O INCHAÇO AO ROL DOS DELITOS CONSIDERADOS HEDIONDOS

A Lei 8.072/90, também conhecida como Lei de Crimes Hediondos, apresenta uma lista de delitos considerados os mais reprováveis pela sociedade, que por sua natureza, merecem ser reprimidos de forma mais severa, nesta acepção Filho (1995, p. 351 *apud* WEICHSUNG, 2014, p. 12):

O crime hediondo é o monstruoso, perverso, que suscita no cidadão revolta manifestação de ira, a vontade de que o agente de tal crime seja castigado duramente. É o crime que nos causa horror e, ao mesmo tempo, um sentimento de alta comiseração pela vítima. É, em suma, o crime bárbaro.

A citada lei foi elaborada dois anos após a promulgação da Constituição Federal da República, servindo para complementar o disposto inciso XLIII do artigo 5º da referida Carta Magna:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, *online*).

Na definição de Nucci (2021, p. 137), existem três critérios para a classificação dos crimes hediondos, sendo que, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o critério enumerativo, veja-se:

a) enumerativo; b) judicial subjetivo; c) legislativo definidor. O primeiro critério, usado pela Lei 8.072/90, simplesmente enumera os delitos que o legislador considerou hediondo – mais graves que outros, portanto – sem explicar ou fundamentar as razões que o levaram a tomar tal medida. O ponto positivo desse modelo é a segurança na aplicação da lei, isto é, somente são hediondos os delitos ali constantes. Outros, por pior que pareçam, estão excluídos. O ponto negativo consiste na nebulosa avaliação legislativa, sem que haja parâmetros para descobrir o que teria levado o Parlamento a considerar determinada conduta como hedionda.

Quer dizer que, através da Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), o legislador enumera de rol taxativo aqueles crimes ditos como os piores possíveis para se cometer, ou seja, os que merecem a punição tanto quanto possível. Não obstante, desde que foi criada, comuns são os incrementos dos mais diversos crimes na norma, sempre atrelada a cultura da punição. Nesse sentido expressa Assumpção (2020, p.303):

Em decorrência de uma política criminal de Lei e Ordem, com recrudescimento sistemático das normas penais como forma de tratar do “problema da criminalidade”, a Lei de Crimes Hediondos (LCH) tem sido alterada sistematicamente, sempre para a inclusão de

infrações criminais. Com certo exagero retórico, podemos afirmar que não tardará ser mais fácil ensinar quais crimes não são hediondos do que aqueles que são, considerando os inúmeros processos de acréscimo de delitos ao rol do art. 1º da LCH.

Ocorre que, a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) resolveu inserir ao rol de crimes hediondos, delitos que, por mais que, obviamente, mereçam o combate efetivo, não merecem ser erigidos ao patamar de hediondo, isto porque, tratam-se de delitos em que “objeto jurídico é o patrimônio do indivíduo, que pode ser constituído de coisas de sua propriedade ou posse” (NUCCI, 2017, p. 763). Ademais, em uma escala valorativa entre os bem jurídicos mais importantes, o patrimônio não merece uma atuação tão ostensiva do Direito Penal, sobretudo quanto àqueles cometidos sem o emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa.

Destaca-se neste sentido, a “integração à hediondez” do seguinte delito:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados:

[...]

IX - furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (art. 155, § 4º-A). (BRASIL, Lei dos Crimes Hediondos – Lei nº 8.072, 1990, *online*).

Move-se de forma desarrazoada e descabida alojar o delito de furto, ainda que qualificado pelo emprego de explosivo ou artefato análogo como crime hediondo. A única explicação plausível para o acontecido, é novamente, a utilização do Direito Penal como meio de controle político/social, conduzindo de acordo com o próprio interesse o alarmismo crítico da população.

No contexto da época em que foi editado o “Pacote Anticrime”, o furto com emprego de explosivos configurava-se como uma “praga” em todo o território brasileiro, toma-se como exemplo a reportagem do G1 (2018, não paginado) acerca de delitos desta espécie no Estado de São Paulo: “O número de casos de ataques a agências bancárias e a caixas eletrônicos com explosivos aumentou 72% no estado de São Paulo no primeiro bimestre deste ano, em comparação com o mesmo período de 2017. O número de boletins de ocorrência passou de 18 para 31.”

Revela-se assim, uma clara atuação legislativa no sentido de oferecer à população respostas a curto prazo, tendo no populismo penal e no punitivismo alicerces para tanto. Isso se infere através do fato de que, existem na própria lei substantiva penal brasileira,

crimes mais repugnantes e admissíveis a categoria de hediondos, contudo, escolheu-se elencar a essa alçada o mero crime de furto com emprego de explosivo – estende-se todo o dissertado para os demais crimes contra o patrimônio inseridos ao rol de hediondos pela Lei 13.964/2019 –, colocando em prática a estratégia de explorar o "senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito e pelo medo o delito, para conquistar o consenso ou apoio da população em torno da imposição de mais rigor penal" (GOMES; ALMEIDA, 2013, p. 23).

3.2 O AUMENTO DO LIMITE DE TEMPO DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Por fim, mister salientar ainda acerca do "Pacote Anticrime", o substancial aumento no limite de cumprimento das penas privativas de liberdade, tal alteração é objeto de muita polêmica entre os debates técnicos pátrios. O artigo 2º da Lei 13.964/2019 alterou o texto do artigo 75 do Código Penal e conseqüentemente aumentou o limite de tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade que antes era de 30 anos, aumentando para 40 anos, ficando assim redigido:

Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.

§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (BRASIL, Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848, 1940, *online*).

A elevação abrupta do teto limite de tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade é um dos maiores sinais da constrição que o viés punitivista tem feito em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Embora parte da doutrina, encabeçada principalmente por Guilherme de Souza Nucci tenha citado a referida reforma como acertada, baseando-se na ideia de que o Código Penal vigente apresenta o limite de tempo da pena como o ideal para a época (promulgado em 1940), alegam que a expectativa de vida da população aumentou, fazendo com que assim a elevação da pena máxima não se mostre ao arrepio da Constituição Federal (NUCCI, 2021). Entretanto, trata-se de uma norma de teor tão considerável que a mera análise objetiva da expectativa de vida da população como um

todo, ignorando as condições do sistema carcerário, são de fato, inúteis para a justificação deste aumento (SARAIVA, 2020).

Ao analisar todo o contexto do sistema penal brasileiro, é de fácil entendimento que o principal problema não era o limite das penas máximas. Ao utilizar-se meramente de um critério biológico de expectativa de vida, deixando para trás todas as nuances do sistema prisional, os legisladores ignoraram importantes dispositivos constitucionais que vedam o retrocesso, o tratamento cruel e degradante na individualização das penas, bem como, necessárias convenções internacionais de direitos humanos criadas para mitigar o desumano sofrimento carcerário (MENDES; MARTINEZ, 2020).

Nesta unidade seguem Mendes e Martinez (2020, p.12):

O injustificado aumento em uma década para o limite de cumprimento da pena privativa de liberdade em verdade oculta, sob o manto higienista e securitário, um projeto de institucionalização, diferenciação estigmatizante e desrespeito à humanidade. Na essência, trata-se de um atentado à integridade física, psíquica e moral das pessoas presas em um franco retrocesso não admitido por nosso Texto Constitucional e por todas as normas internacionais de direitos humanos das quais o Brasil é signatário.

Bitencourt (2021, p. 175) também salienta o enfoque punitivista na nova redação do art. 75 do Código Penal:

O principal fundamento para elevar o limite do cumprimento de pena de 30 para 40 anos de prisão foi o aumento da expectativa de vida do brasileiro, segundo previsão do IBGE. Ou seja, raciocínio de punitivistas, se o cidadão vive mais, conseqüentemente pode passar mais tempo encarcerado! No entanto, essa previsão do IBGE não passa de mera expectativa, que pode ou não se confirmar, dependendo de muitas variáveis, não examinadas pelo IBGE, enquanto a violência e a desumanidade das prisões são uma grave realidade diante da miséria do cárcere, no qual, a liberdade é apenas um dos bens valiosos que o recluso perde, ao lado de sua dignidade e da própria identidade pessoal, passando a ser apenas um número [...]

Ressalte-se que, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 de 09 de setembro de 2015, já alertava sobre as condições desumanas nas unidades prisionais brasileira, reconhecendo a figura de um "estado de coisas inconstitucionais" (BRASIL, 2015, *online*), com um preocupante cenário de completo arrepio à dignidade da pessoa humana

e tantos outros direitos fundamentais para a sobrevivência do ser humano com o mínimo existencial.

Como bem explica Bitencourt (2021) o efeito deste substancial elevação da pena privativa de liberdade pode desencadear em graves efeitos colaterais, isto pois, ao enviar um indivíduo ao ergástulo por um período simpático a perpetuidade (dada as condições carcerárias e a qualidade de vida na prisão) significa o mesmo de atirá-lo ao precipício da desesperança, fazendo com que tenha a certeza de que não tem recuperação. Sem qualquer perspectiva de ter uma vida sem as máculas que a criminalidade pode provocar, a violência contínua é o caminho mais propício a se tomar. Neste mesmo sentido, Beccaria (2014, p. 46) já alertava em meados do século XVIII que “Quanto mais terríveis forem os castigos, tanto mais cheio de audácia será o culpado em evita-los. Praticará novos crimes, para subtrair-se a pena que mereceu pelo primeiro”.

Não se pode esquecer ainda o custeio e a operacionalização de todo este endurecimento criminal, afinal segundo o G1 (2021, não paginado): “Um preso custa, em média, aos cofres dos estados o valor de R\$ 1.800 por mês”. Assim sendo, penas maiores, no geral, significará em mais tempo de indivíduos em unidades prisionais, e por conseguinte, mais custos aos cofres públicos.

Nesta senda, precisa a colocação de Junqueira (2021, p. 29):

Como ilustração, imaginar que um potencial criminoso aceitaria passar 30 anos preso, mas desistiria da empreitada criminosa após perceber que o limite máximo da pena passou para 40 anos, é argumento ilusório e populista, despido sequer de verossimilhança.

Com efeito, por todo o exposto, evidencia-se que o aumento do limite de cumprimento das penas privativas de liberdade, nem de perto, aperfeiçoaram a lei material e processual penal brasileira, mas sim, lustrou o sentimento egoísta e vingancista em que se pauta o punitivismo.

4 A INEFICÁCIA DO MODELO PUNITIVISTA NO COMBATE À CRIMINALIDADE

Não obstante o individualismo que resulta no conflito e na violência seja inerente ao ser humano, a busca da paz sempre foi e sempre deve ser um objetivo almejado pelo homem enquanto indivíduo social (HOBBS, 2015).

Por se tratar do braço estatal que busca mitigar a violência social, o Direito Penal tem sido utilizado de variadas formas no transcórre da história. Ainda não é possível certificar qual o correto, todavia, é possível vislumbrar através do estudo teórico, prático e histórico quais formas já foram utilizadas e sua eventual (in)suficiência.

4.1 DA INEFICÁCIA DO VIÉS HIPERPUNITIVO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA/TEÓRICA

Atentando-se à sua evolução histórica, o Direito Penal compreendeu uma gama heterogênea de concepções. Explica-se, dividindo primeiramente o íterim da fase da vingança privada até a fase da vingança pública, e posteriormente, da fase humanitária até os dias atuais:

Na fase primitiva ou da vingança privada não havia qualquer ideia de justiça proporcional, como ensina Fadel (2012, p. 61) “A reação era puramente instintiva e, como mencionado, normalmente desmedida, não havendo proporcionalidade e nem pessoalidade quanto ao revide”. A fase do talião, constituía-se como uma evolução a fase anterior, pois ocorria, aos moldes da época, uma valoração de proporcionalidade, “se por um lado não afastou a violência da repulsa, por outro teve o mérito, já mencionado, de conferir-lhe a noção de dimensão [...]” (FADEL, 2012, p. 62). Na fase da vingança divina, a punição realizada significava a vontade do deus cultuado, sendo este o papel principal da pena e subsidiariamente os papéis de repressão e prevenção (FADEL, 2012). Por fim, a fase da vingança pública marca o fim da vingança privada, “o crime passou a ser considerado como mais um atentado contra a ordem pública” (CAPEZ, 2022, p. 327) e, portanto, a pena “passa a ser a resposta oficial apresentada pelo Estado” (FADEL, 2012, p. 62).

Noutro giro, decorrente dos pensamentos iluministas do século XVIII, os quais basicamente contrários ao absolutismo que prosperava na fase da vingança pública, tem-se a ocorrência da fase humanitária que possui como maior expoente a obra de Cesare Beccaria ‘Dos Delitos e Das Penas’ que elaborou dogmas ainda atuais no que tange a aplicação das penas, em especial a sua proporcionalidade (FADEL, 2012), “iniciava-se a derrocada definitiva das penas injustas e da responsabilização sem culpa” (CAPEZ, 2022, p. 327). Chegando aos dias atuais, prepondera-se o que é chamado de período criminológico ou científico, uma clara extensão a fase humanitária, tratando-se, porém, de estudar pormenorizadamente todos os aspectos que rodeiam e envolvem a aplicação do Direito Penal (FADEL, 2012).

Destarte, à luz da superficial síntese histórica apresentada, deve-se atinar a dois pontos cruciais: i. o punitivismo está presente nos sistemas penais desde as primeiras formações sociais e ii. a execução do Direito Penal nos moldes punitivistas não foi capaz de erradicar, ou mesmo, reduzir a criminalidade em nenhuma era. Isto pode ser observado ao se embasar pela ótica empirista, onde “todo conhecimento da existência real deve ser justificado pela experiência” (MEYERS, 2017, não paginado). Examinando empiricamente e epistemologicamente as conjecturas exauridas pelas fases onde as reprimendas eram sempre mais e mais endurecidas, tem-se como conclusão que a matriz ultrapunitiva não se converte em resultados positivos. É tão verdade que atrelada à evolução da dogmática está a imposição de penas menos cruéis e o surgimento de garantias que protegem a dignidade humana do alvo da persecução penal.

4.2 DA INEFICÁCIA DO VIÉS HIPERPUNITIVO SOB UMA PERSPECTIVA PRINCIPIOLÓGICA

Ao observar os elementos que integraram as fases históricas do Direito Penal, nota-se que a evolução da dogmática criminalista tem ínsita relação com a formação de princípios que o norteiam como: individualização da pena, intervenção mínima, subsidiariedade, fragmentariedade, proporcionalidade, razoabilidade e da humanidade.

Tais institutos são de suma importância para a "interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo" (NUCCI, 2018, p. 61). Acerca da importância dos princípios, alude Bandeira de Mello (2015, p. 51):

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra"

Entre os princípios que regem o Direito Penal, merece especial atenção o princípio da dignidade da pessoa humana. "Da dignidade humana, princípio genérico e reitor do Direito Penal, partem outros princípios mais específicos, os quais são transportados dentro daquele princípio maior, tal como passageiros de uma embarcação." (CAPEZ, 2022, p. 84). Sobre o referido preceito, Moraes (2020, p. 79) conceitua:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (...).

Cuida-se, então, do pilar medular do Estado Democrático de Direito, este que instituído pelo primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, remete a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e orienta toda a formação do Direito Penal brasileiro. Nesse sentido:

"Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado." (CAPEZ, 2022, p. 81)

Nesse cenário, o papel do Direito Penal é se limitar tão somente à tutela dos bens jurídicos mais relevantes, e deste modo, ensejar repulsa às punições exageradas e desproporcionais. Nessa perspectiva:

"Com isso, pode-se afirmar que a norma penal em um Estado Democrático de Direito não é somente aquela que formalmente descreve um fato como infração penal, pouco importando se ele ofende ou não o sentimento social de justiça; ao contrário, sob pena de colidir com a Constituição, o tipo incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, dentre todos os comportamentos humanos, somente aqueles que realmente possuam lesividade social." (CAPEZ, 2022, p. 82)

Ademais, caso o Direito Penal não consiga proteger o bem jurídico que tutela, dá-se início ao seu papel de reação – através da pena – que do mesmo modo deve atender aos princípios da culpabilidade, da humanidade, da proporcionalidade da pena, da igualdade e do *ne bis in idem*, que decorrem da dignidade da pessoa humana (BITTENCOURT, 2020).

Perante o panorama discorrido conclui-se que sob o prisma principiológico, o punitivismo não possui nenhum ponto de sustentação quanto sua funcionalidade ou mesmo sua legalidade. A dignidade da pessoa humana e seus princípios corolários em conjunto com a figura do Estado Democrático de Direito, não abrem sequer margem para a utópica elucubração de que o sopesar crescente e indiscriminado das sanções, tem o condão de diminuir ou dar fim à criminalidade. Outrossim, no punitivismo, tem-se um óbice às aspirações do Estado Democrático de Direito (sociedade livre, justa e democrática). Nesta linha, é crucial o entendimento de Rocha (2004, p. 12): "São ilegítimas e, portanto, substancialmente inválidas todas as aplicações sancionatórias do direito penal que não contribuam para a construção de uma sociedade mais fraterna".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou analisar e desmistificar a ideia de que o endurecimento penal é a medida que se impõe para reduzir a criminalidade, e para tanto, utiliza-se da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) como marco do punitivismo instaurado no

ordenamento jurídico brasileiro, além de sua pontual incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Importante consignar que para a produção do mesmo, foi preciso primeiramente, estabelecer uma conexão entre Estado e poder punitivo, bem como, a utilização deste para controlar politicamente aquele. Para tanto, foram utilizados conteúdos de doutrinas específicas, de artigos concernentes à temática e também levantamento de dados.

Além disso, constatou-se a conexão entre os últimos anos de atuação legislativa da área criminal com a ascensão do punitivista na população, o que resultou na utilização do poder punitivo como meio de controle político, sendo potencializado pelo “populismo penal”, no qual é implantado na população um temor exacerbado e sensacionalista de tal forma que, acaba o povo, legitimando a utilização imprópria do Direito Penal pelos atores políticos. É neste contexto que se insere a Lei 13.964/2019, pois, planejada pelo Ministro da Justiça há época que a definiu como “Lei Anticrime”, já demonstrava o teor demagógico desde então.

Ressaltou-se que pontos específicos da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) se compatibilizam com o viés hiperpunitivo, o que denota a retrocedência à patamares já superados na dogmática penalista, que é vedado na área.

Ademais, demonstrou-se o apreço do rumo que o ordenamento penalista brasileiro tem seguido pelo chamado ‘Direito penal do inimigo’, consistente na tentativa de estabelecer uma guerra entre cidadão e o delinquente, suprimindo os direitos deste com a justificativa de que um indivíduo que vive para o crime não merece a alcunha de sujeito de direitos.

Ocorre que, mostrou-se totalmente infundada a narrativa de que o endurecimento criminal tem o condão de reduzir a criminalidade, isto pois, por uma perspectiva histórica/teórica notou-se que a sanha punitiva sempre esteve presente nos ordenamentos jurídicos criminais e nunca provou ser efetiva. É tão verdade que, alinhada à evolução da dogmática está a imposição de penas menos cruéis e o surgimento de importantes princípios norteadores do Direito Penal.

Outrossim, por uma ótica principiológica demonstrou-se a total e cristalina incompatibilidade do viés hiperpunitivo com o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os seus derivados, instituídos pela Constituição Federal de 1988. Isto por conta de que em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve atuar na sua máxima subsidiariedade, entrando em ação apenas para proteger os bens jurídicos mais importantes de forma proporcional e humanitária.

À vista disso, constata-se que os perigos que rodeiam esta atuação ilegítima do Direito Penal traduzem-se na sociedade em seu todo, acarretando em um abalo ao Estado Democrático de Direito. Assim, tanto a população quanto as Casas Legislativas precisam, como primeiro passo, reconhecer a inefetividade do modelo punitivista, afinal, ainda não foi implementado um método 100% eficaz de lidar com a delinquência, contudo, sabe-se que o modelo punitivista não merece guarida.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. Coleção a obra prima de cada autor; 48. São Paulo: Martin Claret, 2014.

LOPES JR, Aury; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Morais da. **Pacote Anticrime: um Ano Depois**. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

GOMES, Luis Flavio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Saberes Monográficos - Populismo Penal Midiático**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. E-book.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

GOMES, Luiz Flavio. **Para onde vamos com o populismo penal?**. Jusbrasil. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927228/para-onde-vamos-com-o-populismo-penal#:~:text=O%20populismo%20penal%20tem%20origem,ao%20Estado%20de%20Direito%20vigente>). Acesso em: 04 mar. 2022.

SILVA, Camila Rodrigues da; GRANDIN, Felipe; CAESAR, Gabriela; REIS, Thiago. **Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países**

que mais prendem no mundo. G1, publicado em 17 de março de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>. Acesso em: 04 mar. 2022.

INSTITUTO SOU DA PAZ. **DEPUTADOS RESPONSÁVEIS POR 24,5% DOS PROJETOS DE LEI SOBRE SEGURANÇA PÚBLICA EM 2020 SÃO EX-PROFISSIONAIS DE SEGURANÇA.**

Disponível em: <https://soudapaz.org/noticias/deputados-responsaveis-por-245-dos-projetos-de-lei-sobre-seguranca-publica-em-2020-sao-ex-profissionais-de-seguranca/>. Acesso em: 04 mar. 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** Tradução de Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da Pena.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral.** 14ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SILVA, Ivan Carlos da. **O direito penal do inimigo.** UNISINOS. Disponível em: <http://unisinoblogs.com/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em: 09 mar. 2022.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo.** Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/419/edicao-1/direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 09 mar. 2022.

BARRIOS, Jorge Omar Mostajo. ***El enemigo como objeto control en la sociedad contemporánea. Un análisis desde el Derecho Penal del enemigo y la criminología del otro.*** Revista Jurídica Derecho. Disponível em: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102015000100005&lang=pt. Acesso em: 09 mar. 2022.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal do inimigo (ou inimigos do Direito Penal).** São Paulo: Notícias Forenses, 2004.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas.** org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Reforma Penal Sob a Ótica da Lei Anticrime.** São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 Distrito Federal.** Requerente: Partido Socialismo e Liberdade - PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 25 mar. 2022.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019**. São Paulo: Atlas, 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia; FULLER, Paulo Henrique Aranda; PARDAL, Rodrigo. **Lei Anticrime Comentada - Artigo por Artigo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

WEICHSUNG, Karen Diandra Severo. **Lei de crimes hediondos e o controle da violência**. 2014. 51 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí/RS, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 18. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARCOVERDE, Leo. **59% dos ataques a bancos com explosivos em SP ocorrem em cidades com menos de 50 mil habitantes**. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/05/59percent-dos-ataques-a-bancos-com-explosivos-em-sp-ocorrem-cidades-com-menos-de-50-mil-habitantes.ghtml>. Acesso em: 26 mar. 2022.

ASSUMPÇÃO, Vinícius. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei N. 13.964/2019**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

ARCOVERDE, Leonardo; REIS, Thiago. **Custo médio de cada preso no país gira em torno de R\$ 1.800 por mês, revela estudo**. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/11/30/custo-medio-de-cada-presno-pais-gira-em-torno-de-r-1800-por-mes-revela-estudo.ghtml>. Acesso em: 29 mar. 2022.

SARAIVA, Betina Heike Krause. **O tempo e a pena de prisão:(maior) retaliação no pacote anticrime?**. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, n. 26, p. 179-194, 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 42 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. 1 ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve história do direito penal e da evolução da pena.** Revista Eletrônica Jurídica, n. 1, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEYERS, Robert G. **Empirismo.** Editora Vozes Limitada, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal - parte geral.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal.** 14 ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 32 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

ROCHA, Fernando AN Galvão. **Legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.** Direito Izabela Hendrix, v. 1, n. 1, 2003.

DIREITO DOS REFUGIADOS: UM ESTUDO A RESPEITO DE SUAS CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ROOSEVELT OLIVEIRA DE MELO NETO:

Graduado em direito pela Universidade Federal de Alagoas, pós-graduado em direito do Trabalho e processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus, pós-graduado em Direito Público: constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade Estácio de Sá¹¹⁰

Os principais tratados referentes ao tema são: a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951 (Decreto 50.215, de 28/01/1961, atualizado pelo Decreto 99.757, de 03/12/1990, que retirou as reservas que o Brasil mantinha ao referido acordo); e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967 (Decreto 70.946, de 07/08/1972).

No campo institucional, o principal órgão competente para o tratamento da questão é o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), criado pela ONU em 1951 com o objetivo de auxiliar os Estados na aplicação das normas do Direito Internacional dos Refugiados.

1. Breve histórico dos direitos dos refugiados

Há um consenso na doutrina internacionalista de que foi em decorrência das Guerras Mundiais que surgiram os primeiros problemas de deslocamentos massivos e a necessidade de a comunidade internacional definir a condição jurídica dos refugiados e o seu direito de não ser repatriado e, em âmbito político, determinar normas que regulassem atividades de socorro e que fossem capazes de organizar assentamentos.¹¹¹

A solução para essa situação jurídico-política passou a tomar forma a partir de 1951, com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR): instituição apolítica, humanitária e social. Naquele ano, o ACNUR – vinculado ao Secretariado da Organização das Nações Unidas (ONU) – nascia com a incumbência de garantir proteção internacional aos refugiados. Sob o patrocínio das Nações Unidas,

110 E-mail: Rneto_melo@hotmail.com.

111 SOARES, Carina de Oliveira. **A extradição e o princípio de não-devolução (*non-refoulement*) no direito internacional dos refugiados.** *Itx*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 88, 01/05/2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429>. Acesso em: 04.set.2011.

elaborou-se uma Convenção para regular a situação jurídica dos refugiados, que foi aprovada pela sua Assembléia Geral em 28 de julho de 1951.¹¹²

Mas a Convenção de 1951 estava eivada por uma limitação: só valia para os refugiados em decorrência de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. Em outras palavras, a Convenção tinha o nítido escopo de disciplinar apenas aquelas situações verificadas no pós Segunda Guerra Mundial. Além dessa restrição temporal, o diploma internacional apresentava uma reserva geográfica, pois concedia aos signatários a faculdade de aplicá-la apenas às situações dos refugiados no continente Europeu.¹¹³

Foi apenas o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 que ampliou o conceito de refugiados no tocante ao limite temporal e geográfico, permitindo que todos os casos de refúgio do mundo se subsumissem aos dispositivos da Convenção, desprezando a data limite de 1º janeiro de 1951.¹¹⁴

Em síntese, a Convenção reúne não apenas a tipificação do *status* de refugiado, mas petrifica seus direitos subjetivos e os arrola, estabelece obrigações aos Estados-partes de respeitarem tal *status* e os deveres de internalizarem nos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais as normas protetoras assim definidas. Ressalte-se, ainda, que a Convenção optou por centralizar num único órgão da ONU, o ACNUR, juntamente com seus auxiliares, as tarefas concernentes à implementação e à aplicação eficaz das normas internacionais específicas.¹¹⁵

A Lei 9.474/1997 adveio, então, exatamente para estabelecer os mecanismos para implementação da Convenção de 1951 no Brasil e disciplinar os direitos e deveres específicos dos refugiados, diversos dos direitos conferidos e exigidos dos estrangeiros em geral. Ademais, esse diploma legal trata da questão da entrada; do pedido de refúgio; das proibições ao rechaço, à deportação e à expulsão e ainda regula a questão da extradição dos refugiados.

Frise-se que a Lei 9.474/1997 remete, na maior parte de seu texto, à Convenção de 1951, apesar de incluir normas adicionais que, em alguns casos, ampliam a proteção conferida pelas normas internacionais às pessoas que gozam de refúgio no Brasil.

112 PORTELA, *op. cit.*, pp. 733-739.

113 SOARES, *op. cit.*

114 SOARES, *op. cit.*

115 SOARES, Guido *apud* PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 735.

Os direitos e obrigações dos refugiados foram sintetizados em 1953 pelo primeiro Alto Comissário da ONU para os refugiados, GERRIT GOEDHAR¹¹⁶, que classificou as normas relativas aos indivíduos nessa situação nas seguintes modalidades:

1. Igualdade de tratamento entre os refugiados e os nacionais do Estado de refúgio: liberdade religiosa (art. 4); livre acesso aos tribunais (art. 16, § 1º); direito à educação primária (art. 22); direito à assistência médica e social, com especial atenção para os refugiados em estado de indigência (art. 23); direito ao trabalho, a condições laborais dignas e à seguridade social (art. 24); e inexistência de imunidade tributária (art. 29).
2. Igualdade de tratamento entre os refugiados e outros nacionais de seu Estado que também se encontram no Estado de refúgio; reconhecimento dos direitos autorais e de propriedade industrial (art. 14); direito à assistência judiciária; e isenção de *cautio judicatum solvi* (art. 16, § 2º).
3. Tratamento mais favorável do que o conferido a outros estrangeiros que não são refugiados: direito de associação; liberdade sindical (art. 15); e direitos associados ao exercício de atividades profissionais assalariadas (art. 17, § 1º).
4. Tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, não menos favorável do que aquele conferido, nas mesmas circunstâncias, a estrangeiros em geral: direito ao exercício de atividades não assalariadas (art. 18) e de profissões liberais (art. 19); direito de aquisição de bens móveis e imóveis (art. 13). E direito ao ensino em todos os níveis e ao reconhecimento de títulos acadêmicos (art. 22, § 2º).

Passa-se, então, ao conceito de “refugiado”, que há de ser visualizado melhor pelas explicações empreendidas até aqui.

2 O conceito de refugiado

A própria Convenção de 1951, em seu art. 1º, “A”, atualizada pelo Protocolo de 1967 (art. I) define o que se entende por “refugiado”. Dessarte, essa definição pode ser assim sintetizada: trata-se de pessoa que sofre ou teme sofrer, em seu Estado de origem, perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou questões políticas

116 GOEDHAR, Gerrit Jan Van Heuven *apud* PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 736.

e que, por esses motivos, deixa esse Estado e procura proteção em outro, não podendo ou não devendo voltar ao Estado de onde veio, onde sua integridade se encontra em risco.¹¹⁷

Nessa esteira, o Direito Internacional dos Refugiados almeja descomplicar a integração dos refugiados nos Estados onde vieram buscar abrigo, conferindo-lhes no mínimo os mesmos direitos a que os outros estrangeiros fazem jus e dando-lhes um tratamento peculiar em vários outros aspectos, em vista de sua situação particular.¹¹⁸

O artigo 1º da Lei 9.474/97, nos mesmos termos do art. 1º da Convenção de 1951, define os critérios para que uma pessoa seja considerada como refugiada:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se proteção de tal país;

II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III – devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país¹¹⁹.

3 Conteúdo das normas jurídicas de proteção aos refugiados e o princípio do *non-refoulement*

Preenchidos os requisitos essenciais ao reconhecimento da condição de refugiado e inexistindo cláusulas de exclusão do refúgio, o Estado de acolhida obriga-se a proteger os direitos, a garantir um refúgio seguro e a tratar com dignidade a pessoa do refugiado.

Em síntese, uma vez caracterizada objetivamente a condição de refugiado, não é possível que o Estado não conceda o refúgio, não cabendo, então, a discricionariedade estatal na matéria. Contudo, o refúgio poderá ser negado a indivíduos que sejam objeto de suspeita séria de terem cometido pelo menos um dos seguintes atos: crime contra a

117 Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>>. Acesso em. 08.mai.2011.

118 PORTELA, *op. cit.*, p. 374.

119 O inciso III do artigo 1º da Lei 9.474/1997 adicionou a questão da violação de direitos humanos como caracterizadora da condição de refugiado.

paz, crime de guerra; crime contra a humanidade; crime grave de Direito comum fora do país de refúgio, antes de admitidos como refugiados; e todo e qualquer ato contrário aos fins e princípios das Nações Unidas.¹²⁰

Caso seja verificada qualquer cláusula de exclusão, obstaculizada estará a concessão do *status* de refugiado e a competência para decidir sobre a aplicação de tais dispositivos é do Estado no qual o interessado procura o reconhecimento do seu estatuto de refugiado. Merece destaque o teor do art. 1º, "F", da referida Convenção:

As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

- a) Elas cometeram um crime contra a paz, crime de guerra ou crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes.
- b) Elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados.
- c) Elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

As cláusulas de cessação, por seu turno, têm fundamento na idéia de que a proteção internacional não deve ser mantida quando deixe de ser imprescindível ou não mais se justifique, mormente a partir da constatação de que a pessoa passou novamente a contar com a proteção de seu Estado de origem.¹²¹

Para CARINA SOARES¹²², o princípio norteador da Convenção é o "princípio da proibição à devolução do estrangeiro" ou "princípio do *non-refoulement*", pelo qual não se admite que o refugiado seja enviado de volta ao Estado de onde proveio e em que corra

120 PORTELA, *op. cit.*, p. 735.

121 Art. 38 da Lei 9.474/1997: "Cessará a condição de refugiado nas hipóteses em que o estrangeiro: I - voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional; II - recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida; III - adquirir nova nacionalidade e gozar da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; IV - estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido; V - não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado; VI - sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado".

122 SOARES, Carina de Oliveira. A **extradição e o princípio de não-devolução (*non-refoulement*) no direito internacional dos refugiados**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 88, 01/05/2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429>. Acesso em: 04.set.2011.

risco de perseguição ou de vida. Tal direito configura um princípio geral do direito internacional de proteção dos refugiados e dos direitos humanos, sendo praticado por grande parte da comunidade internacional como norma *erga omnes*.

O princípio da não devolução está petrificado no artigo 33 da Convenção de 1951, que assim dispõe:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

O art. 7º, § 1º, da Lei 9.474/1997 também contempla o espírito do princípio do *non-refoulement*.¹²³

.4 O procedimento do pedido de refúgio no Brasil

Conforme ensina LILIANA JUBILUT, o instituto do refúgio está alicerçado na transferência de responsabilidade de proteção do indivíduo de um Estado para a comunidade internacional.¹²⁴

A Convenção de 1951 não indica um tipo de procedimento específico a ser adotado para a determinação do Estatuto do Refugiado. Portanto, cabe a cada Estado signatário o disciplinamento desse rito que, evidentemente, há de ter em vista o seu aparato constitucional e administrativo.

Nessa esteira, a Lei 9.474/1997 traça os critérios pelos quais uma pessoa é reconhecida como refugiada no Brasil e o procedimento através do qual se dará a concessão da proteção a essas pessoas, além de criar o CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados.

123 Assim dispõe o art. 7º, § 1º, da Lei 9.474/1997: “Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política”.

124 JUBILUT, Liliana Lyra. **O procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BE6977269-F3F9-4ED2-95C7-883961BB0CF3%7D&ServiceInstUID=%7B478D074B-29E8-4085-95A0A7C7A8A65D8A%7D>>. Acesso em: 04.set.2011.

O CONARE é órgão vinculado ao Ministério da Justiça e, em primeira instância, é de sua competência o recebimento das solicitações de refúgio, a partir da análise das condições necessárias para que os solicitantes sejam reconhecidos como refugiados.

No sistema brasileiro de proteção a refugiados, também exercem importante função as Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e do Rio de Janeiro, oferecendo assistência jurídica, orientação social, cursos de português e apoio na procura de empregos e moradia, além de participar das atividades e reuniões colegiadas do CONARE.¹²⁵

As Cáritas são organizações não-governamentais ligadas à Igreja Católica e, portanto, não integram a Administração Pública brasileira, razão por que seu apoio tem nítida feição filantrópica. Ademais, a sua atuação limita-se a poucos Estados brasileiros.

Reside neste ponto a mais contundente crítica doutrinária sobre o procedimento do pedido de refúgio em terras brasileiras. Nessa esteira, vale a pena transcrever as palavras de LIMA DE SÁ:

Em que pese a posição de vanguarda do Brasil no tratamento aos estrangeiros, a assistência jurídica é ofertada de maneira oficiosa, não alcançando os alienígenas de maneira ampla e invariável, visto que prestada por instituições paraestatais de forma esporádica e pontual, sequer abrangendo todo o território nacional.¹²⁶

A afirmação de LIMA DE SÁ faz ainda mais sentido a partir da constatação de que, na prática, não há uniformidade, constância e regularidade na adoção sistemática de um procedimento apto a viabilizar o acesso de estrangeiros às autoridades e órgãos estatais incumbidos de analisar e dar uma resposta ao pleito de refúgio, inclusive por desconhecimento das autoridades policiais acerca desse instituto jurídico tão nobre.

4.1 O *iter* até o reconhecimento da condição de refugiado

O art. 47 da Lei 9.474/1997 traça duas características importantes do pedido de refúgio, ao estabelecer que “os processos de reconhecimento da condição de refugiado serão **gratuitos** e terão caráter **urgente**”.

125 SÁ, Waltenberg Lima de. **Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, Brasília, v. 22, n. 4, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34802>>. Acesso em: 24.mai.2011.

126 *Idem*.

Os arts. 17 e 18 do mesmo diploma legal disciplinam o início do procedimento¹²⁷, *ipsis litteris*.

Artigo 17 - O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

Artigo 18 - A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos.

Parágrafo único - A autoridade competente informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento.

Da leitura do art. 7º da referida lei, o estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. Portanto, a intenção alienígena de ver reconhecida a sua condição de refugiado é endereçada, via de regra, à Polícia Federal nas fronteiras.

Conforme já se discorreu, CARINA SOARES¹²⁸ aponta o apanágio mais marcante da solicitação de refúgio:

A solicitação do refúgio, conforme o princípio de direito internacional da não devolução (*non-refoulement*), impede que seja efetuada a deportação do solicitante para fronteira de território em que sua vida ou integridade física esteja ameaçada [art. 7º, § 1º, da Lei 9.474/1997] e, ainda que o solicitante tenha ingressado no território nacional de forma irregular, tal fato não impedirá que seja solicitado refúgio às autoridades competentes [art. 8º, § 4º, da Lei 9.474/1997]; nestes casos, os procedimentos criminal e administrativo decorrentes da

127 É essencial asseverar que, por força do art. 22 da Lei 9.474/1997, “enquanto estiver pendente o processo relativo à solicitação de refúgio, ao peticionário será aplicável a legislação sobre estrangeiros”, isto é, a Lei 6.815/80, mais conhecida como “Estatuto dos Estrangeiros”.

128 SOARES, Carina de Oliveira. **Extraditando ou refugiado político: um estudo do caso Cesare Battisti**. Trabalho de conclusão do curso de Direito da Universidade Federal de Alagoas. Maceió, 2009, p. 41.

entrada ilegal ficarão suspensos até a conclusão do pedido de refúgio.¹²⁹

Compete exclusivamente ao governo brasileiro decidir sobre o pedido de refúgio no território brasileiro, razão pela qual o solicitante há de ser submetido a uma segunda entrevista que ocorre perante o CONARE, nos termos dos arts. 11 e 12 da Lei 9.474/1997.¹³⁰

A segunda entrevista é relatada, através do representante do CONARE, a um grupo de estudos prévios (formado por representantes do CONARE, do ACNUR e da sociedade civil¹³¹).

O grupo elaborará um parecer que recomendará ou não a aceitação da solicitação do refúgio, que é encaminhando ao plenário do CONARE para que seu mérito seja discutido e apreciado.¹³²

A decisão do CONARE poderá acolher o pedido de refúgio ou negar a condição de refugiado ao solicitante.

4.2 Da decisão de reconhecimento do refúgio

Com base no art. 26 da Lei 9.474/1997, a decisão de reconhecimento da condição de refugiado deverá ser **fundamentada**. Essa decisão apenas declara o direito à proteção

129 Assim dispõe o art. 7º, § 1º, da Lei 9.474/1997: "Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política". Por seu turno, eis o conteúdo do art. 8º do mesmo diploma legal: "O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes".

130 Segundo o art. 11 da Lei 9.474/1997, "fica criado o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça". Em seguida, reza o art. 12: "Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados: I – analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado; II – decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; III – determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado; IV – orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados; V – aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei".

131 A sociedade civil está atualmente representada pelo Instituto de Migrações e Direitos Humanos – IMDH.

132 Eis, *in verbis*, o que se depreende do art. 23 da Lei 9.474/1997: "A autoridade competente procederá a eventuais diligências requeridas pelo CONARE, devendo averiguar todos os fatos cujo conhecimento seja conveniente para uma justa e rápida decisão, respeitando sempre o princípio da confidencialidade". Nesse caminho, estabelece o art. 24: "Finda a instrução, a autoridade competente elaborará, de imediato, relatório, que será enviado ao Secretário do CONARE, para inclusão na pauta da próxima reunião daquele Colegiado".

da qual o solicitante já era titular, tendo em vista que já era refugiado antes mesmo de sua prolação, razão pela qual o decisório do CONARE tem manifesta **natureza declaratória**.¹³³

Reconhecida a condição de refugiado do requerente, fica este autorizado a viver em território nacional legalmente, gozando, desta forma, da proteção do governo brasileiro.

Assim que proferida for a decisão, o CONARE procederá com a notificação não apenas do solicitante, mas também do Departamento da Polícia Federal, na forma do art. 27 da Lei 9.474/1997, no intuito de que sejam tomadas as medidas administrativas cabíveis, principalmente no que diz respeito ao arquivamento de qualquer processo criminal ou administrativo pela entrada irregular no país.¹³⁴

O solicitante, finalmente reconhecido como refugiado pelo governo brasileiro, deverá ser comunicado para que se registre junto à Polícia Federal, assine o termo de responsabilidade, o qual tem como conteúdo os direitos e deveres dos refugiados, e possa, então, solicitar cédula de identidade permanente, o seu Registro Nacional de Estrangeiro.¹³⁵

.4.3 Da decisão denegatória do refúgio

No caso de a decisão do CONARE ser pelo não reconhecimento da condição de refugiado, tendo em vista o não convencimento do órgão da existência de uma das cláusulas de inclusão previstas no art. 1º da Lei 9.474 de 1997 ou pela caracterização de umas das cláusulas de exclusão (art. 3º da Lei 9.474/97), esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante.¹³⁶

133 Art. 26 da Lei 9.474/1997: "A decisão pelo reconhecimento da condição de refugiado será considerada ato declaratório e deverá estar devidamente fundamentada".

134 Art. 10, § 2º, da Lei 9.474/1997: "Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a solicitação de refúgio e a decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal".

135 Art. 28 da Lei 9.474/1997: "No caso de decisão positiva, o refugiado será registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, devendo assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente".

136 Art. 3º da Lei 9.474/1997: "Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que: I – já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR; II – sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro; III – tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas; IV – sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas".

Da decisão que nega o reconhecimento como refugiado, caberá recurso, no prazo de 15 (quinze) dias ao Ministro do Estado da Justiça, a quem caberá decidir, em última instância, sobre o pedido de refúgio; o prazo para o recurso começa a ser contado da data do recebimento da notificação¹³⁷.

4.4 Do recurso cabível em face da decisão denegatória de refúgio

O recurso cabível da decisão negativa do CONARE deve ser dirigido ao Ministro da Justiça, dentro do prazo de 15 (quinze) dias a contar da data do recebimento da notificação e pode ser elaborado pelo próprio solicitante.

O Ministro da Justiça tem competência para julgar, em última instância, o pedido de refúgio. Resta evidente, então, que da decisão do Ministro não caberá mais recurso.

Durante a avaliação do recurso, será permitido ao solicitante de refúgio e aos seus familiares permanecerem no território nacional.¹³⁸

O art. 32 da Lei 9.474/1997 deixa claro que, se o Ministro da Justiça mantiver a decisão do CONARE e decidir pela recusa definitiva de refúgio, o solicitante há de permanecer sujeito à legislação de estrangeiros – Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) – e não poderá ser transferido para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual enquanto durarem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade, salvo nas situações determinadas nos incisos III e IV do art. 3º da Lei 9.474/1997, isto é, caso tenha cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas ou seja considerado culpado de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.¹³⁹

Contudo, no caso de recusa definitiva de solicitante que tenha ingressado de maneira irregular no país, o solicitante será notificado a deixar o país, em atenção ao instituto de direito internacional da deportação.

137 Art. 29 da Lei 9.474/1997: “No caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação”.

138 Art. 30 da Lei 9.474/1997: “Durante a avaliação do recurso, será permitido ao solicitante de refúgio e aos seus familiares permanecer no território nacional, sendo observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 21 desta Lei”.

139 Art. 32 da Lei 9.474/1997: “No caso de recusa definitiva de refúgio, ficará o solicitante sujeito à legislação de estrangeiros, não devendo ocorrer sua transferência para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade, salvo nas situações determinadas nos incisos III e IV do art. 3º desta Lei”.

Finalmente, caso o Ministro da Justiça dê provimento ao recurso e reconheça a condição de refugiado do solicitante, este deverá registrar-se perante a Polícia Federal, nos moldes art. 28 da Lei 9.474/1997.¹⁴⁰

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro. Direitos humanos e direitos dos refugiados: A dignidade humana e a universalidade dos direitos humanos como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. In: Cadernos de Debates Refúgio, Migração e Cidadania. v.8 n.8 Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos, 2013.

AMARAL JR., A. do. O direito de assistência humanitária. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP para obtenção do título de Livre-docente. 2001.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos direitos humanos: a noção jurídica de fundamento e sua importância em matéria de direitos humanos. Revista Consulex, ano IV, n. 48, dezembro de 2000.

JUBILUT, Liliana Lyra. O procedimento de Concessão de Refúgio no Brasil. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7BE6977269-F3F9-4ED2-95C7-883961BB0CF3%7D&ServiceInstUID=%7B478D074B-29E8-4085-95A0A7C7A8A65D8A%7D>>

SÁ, Waltenberg Lima de. Uma nova função da Defensoria Pública perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região, Brasília, v. 22, n. 4, abr. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/34802>>.

SOARES, Carina de Oliveira. A extradição e o princípio de não-devolução (non-refoulement) no direito internacional dos refugiados. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 88, 01/05/2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9429>

140 Art. 28 da Lei 9.474/1997: "No caso de decisão positiva, o refugiado será registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, devendo assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente".

PROTEÇÃO À SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR SOB A ÓTICA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.

CAMILA VANZELA GARCIA OTAVIANO:

advogada, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (FADUSP); Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Resumo: Inúmeras são as previsões legais em matéria de saúde e segurança do trabalhador. É certo que o Poder Judiciário tem papel fundamental na concretização e efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana na intenção de realizar interpretações construtivas e evolutivas no Direito Laboral. Assim, o presente artigo pretende demonstrar os impactos do meio ambiente laboral na saúde do trabalhador, bem como apresentar como a questão é tratada atualmente pelos Poderes Legislativo e Judiciário na tentativa de minimizar mazelas, como doenças psiquiátricas, causadas pela exposição do trabalhador a ambientes desequilibrados. A pesquisa levará em consideração a doutrina e a jurisprudência que tratam sobre o impacto do meio ambiente laboral na saúde mental do trabalhador. A qualidade do meio ambiente de trabalho influencia não só o trabalhador de forma individual, mas a sociedade como um todo.

Palavras chave: Direito do Trabalho; meio ambiente do trabalho; saúde mental; proteção do trabalhador.

Abstract: There are countless legal provisions on the health and safety of workers. It is true that the Judiciary Power has a fundamental role in the concretization and effectiveness of the principle of the dignity of the human person in the intention of carrying out constructive and evolutionary interpretations in Labor Law. Thus, this article aims to demonstrate the impacts of the work environment on workers' health, as well as to present how the issue is currently dealt with by the Legislative and Judiciary Branch in an attempt to minimize problems, such as psychiatric illnesses, caused by the exposure of workers to unbalanced environments. The research will take into account the doctrine and jurisprudence that deal with the impact of the work environment on the mental health of the worker. The quality of the work environment influences not only the individual worker, but the whole society.

Keywords: labor law; work environment; mental – health; worker protection.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. CONTEXTO HISTÓRICO. III. PROTEÇÃO DA SAÚDE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL. IV. SAÚDE DO TRABALHADOR SOB A ÓTICA DA INTERDISCIPLINARIDADE E OS IMPACTOS DO MEIO AMBIENTE. V. DOENÇAS PSIQUIÁTRICAS RELACIONADAS AO TRABALHO. VI. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. VII. CONCLUSÃO. VIII. BIBLIOGRAFIA.

1.INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial é o marco histórico de transformações socioeconômicas que, dentre muitas alterações impostas à sociedade, teve grande impacto nos direitos e, também na saúde do trabalhador. A migração do trabalho rural para os centros urbanos foi marcado pela rígida fiscalização, ritmo de trabalho intenso e condições ambientais precárias que refletiram na necessidade de proteção do trabalhador e na criação do Direito do Trabalho.

Esse movimento iniciou um processo histórico de transformação social e econômica que é apontado pela literatura como “produto da reação da classe trabalhadora ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano.”CASSAR,2011.141

A substituição da força de trabalho humana pela energia motriz intensificou a exploração da mão-de-obra. Assim, se por um lado a mecanização favoreceu a expansão do consumo, por outro acelerou o ritmo da produção, o adoecimento, os acidentes de trabalho e, o desemprego. Dessa forma, diante da insatisfação da classe operária, surgiram as organizações e lutas por melhores condições de trabalho. Desde então, com o processo de globalização e transformação tecnológica, diversas outras revoluções aconteceram e, atualmente, já se fala que a indústria passa pela Quarta Revolução Industrial, traduzida na combinação de máquinas com processos digitais. Significa dizer que o ser humano é cada vez mais exposto a longas jornadas e ambientes hostis.

Muitas são as previsões legais em matéria de saúde e segurança do trabalhador (como, por exemplo, a CLT, a Constituição Federal, Lei nº 8.080/90, as normas regulamentadoras, entre outras). No entanto, o que se verifica, essencialmente, é que o legislador relacionou a questão com a monetarização dos riscos por meio da previsão de pagamento de adicionais e indenizações que teriam a função de compensar os impactos causados na saúde do trabalhador. Esse entendimento direcionou a jurisprudência a priorizar a discussão sobre os danos já ocorridos, fazendo com que a prevenção de tais prejuízos seja tratada apenas em segundo plano.

141 CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. 5. Ed. Niteroi: Impetus, 2011, p.12.

Arion Sayão Romita¹⁴² explica que o objeto do Direito do Trabalho é a subordinação, vista como o elemento fundamental de uma relação jurídica já que, de um lado há prestação de energia destinada à utilização e, de outro, a assunção dos riscos do empreendimento, que remunera o labor. Em razão do contrato de trabalho, o empregado se obriga a prestar a própria força de trabalho em favor do outro sujeito – o empregador – em posição de dependência e mediante uma retribuição.

Assim, a relação de dependência existente entre empregado e empregador gera pressões e cobranças para atingir metas (como consequência do sistema capitalista e da concorrência entre as empresas) que, muitas vezes, extrapola a razoabilidade e afeta a saúde do trabalhador, que pode desenvolver depressão, ansiedade, síndrome de *Burnout*, dentre outras doenças.

Quando ocorrem danos ao meio ambiente do trabalho não há afronta a apenas um direito, mas sim, o desrespeito a direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana (consolidado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), a saúde e, até mesmo a vida.

A preocupação em relacionar o meio ambiente do trabalho à saúde do trabalhador remonta ao século XIV, sendo que o marco inicial do estudo da saúde ocupacional ocorreu em 1700, na Itália, pelos estudos médicos realizados por Bernardino Ramazzini.¹⁴³ Seus estudos constituíram a base da Medicina do Trabalho até a Revolução Industrial. Ele descobriu que muitos dos males sofridos pelos trabalhadores estão diretamente relacionados ao seu trabalho e que as condições nas quais é exercido repercutem diretamente na qualidade de vida (saúde física e psíquica).¹⁴⁴

A Convenção n.º 155 da OIT provocou uma mudança substancial no tratamento da proteção à saúde nos tratados firmados até então, passando a compreendê-la como elemento integrante do conceito de meio ambiente do trabalho, sobretudo em razão dos grandes acidentes ocorridos na época.

O Direito, como instrumento que serve à sociedade, deve, assim, sempre se adequar às novas realidades e necessidades sociais. Ressalte-se que a intenção não é obstar o desenvolvimento e empresarial, mas, ao contrário, permitir a sua ampliação com a defesa de sua real sustentabilidade.

142 ROMITA, Arion Sayão. Op. cit. Pg. 92.

143 http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/jornal_da_anamt_24102014756167055475.pdf

144 RAMAZZINI B. As doenças dos trabalhadores. 4ª ed. São Paulo: Fundacentro; 2016.

A pesquisa terá como objetivo geral a demonstração de como a qualidade do meio ambiente do trabalho impacta diretamente a saúde mental do trabalhador e as consequências disso para a sociedade como um todo.

A metodologia empregada para a realização do presente será o estudo de doutrina, artigos jurídicos, notícias, jurisprudências, análise da legislação brasileira, ações conjuntas de órgãos nacionais que se relacionem ao tema.

II CONTEXTO HISTÓRICO

O Direito do Trabalho é produto do capitalismo e pressupõe a existência de elementos socioeconômicos, políticos e culturais que se desenvolveram com a evolução da sociedade capitalista.

Jean-Jacques Rousseau¹⁴⁵ afirma que a renúncia à liberdade de um homem é o mesmo que a renúncia à sua qualidade de homem, aos seus direitos e deveres. É contraditório permitir o poder absoluto por parte de um homem de um lado e, de outro, uma obediência ilimitada. “Que direito meu escravo teria contra mim, pois que me pertence tudo o que ele possui e, sendo meu o seu direito, esse meu direito contra mim mesmo não é uma palavra sem qualquer sentido?”

A subordinação é considerada o elemento central da relação de emprego e surge, efetivamente, no período da Revolução Industrial com a separação do trabalhador dos meios de produção. Ao mesmo tempo, esse trabalhador permanece subordinado (no âmbito da relação empregatícia) ao proprietário desses meios. Significa dizer que, ao mesmo tempo em que ocorreu a desvinculação do trabalhador dos meios de produção, ele permaneceu sob as ordens do dono do negócio.

Manuel Castells¹⁴⁶ esclarece que a Revolução Industrial se expandiu progressivamente, alcançando diversos países europeus em épocas e ritmos diferentes e dispõe sobre a existência de duas Revoluções Industriais: a do carvão, ferro, algodão e máquina a vapor, que ocorre no final do século XVIII e é liderada pela Inglaterra e responsável pelo desenvolvimento do Capitalismo Industrial; e a do aço, petróleo, motor de explosão e eletricidade, ocorrida na segunda metade do século XIX que impulsionou o desenvolvimento do Capitalismo Financeiro.

¹⁴⁵ ROSSEAU, Jean-Jaques. O contrato social. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: José Bushatsky, 1978. p. 80.

¹⁴⁶ CASTELLS, Manuel. A Era da informação: economia, sociedade e cultura. Fim de milênio. V.3. Tradução Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majerv. São Paulo: Paz e terra, 1999.

O novo regime introduzido pela Revolução Industrial impulsionou a liberdade para o exercício das profissões, permitindo o desenvolvimento de novas formas de produção e o conseqüente regramento das relações decorrentes.

A ruptura entre o modelo artesanal utilizado na Idade Média teve como uma de suas conseqüências, o crescimento demográfico europeu e, com isso, a necessidade de aperfeiçoar o sistema de produção e, conseqüentemente, estimular o mercado de consumo.

O aumento da produtividade e do escoamento da produção advindas da acumulação de capital também impôs a necessidade de redução das despesas da produção com a substituição da mão de obra humana pelas máquinas e o trabalho do homem pelo trabalho da mulher e do menor, pois importavam em custo reduzido. Victor Hugo de Almeida¹⁴⁷ esclarece:

“Se por um lado a mecanização do trabalho favoreceu a expansão do mercado de consumo através do aumento da produtividade e da queda dos preços das mercadorias, por outro culminou na aceleração do ritmo da produção, no adoecimento e na vulnerabilidade dos operários a acidentes de trabalho, em virtude do cansaço e da precária instrução acerca do manuseio dos maquinários. Provocou, ainda, o aumento do índice de desemprego, diante da impossibilidade de absorção de toda mão de obra disponível, justificada pela substituição da energia humana pela energia motriz. O elemento volitivo passou a ter destaque nas relações laborais, preservando os ideais de liberdade, sem, no entanto, se limitar ao exercício do trabalho. No entanto, essa liberdade trouxe conseqüências, pois mesmo com a substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre com poucas restrições, os trabalhadores assalariados trabalhavam em condições degradantes, com jornadas extremamente longas, sem qualquer preservação da saúde física e mental.”

Além das jornadas extenuantes, os trabalhadores eram submetidos a condições degradantes, má iluminação, ausência de segurança, má circulação de ar somadas à condição de vida e de moradia em um ambiente urbano marcado por epidemias e ausência de condições mínimas de higiene, o que mostravam a ausência de dignidade fosse dentro ou fora das fábricas. Esses fatores favoreceram a organização dos trabalhadores e a luta por melhores condições de trabalho.

¹⁴⁷ ALMEIDA, Victor Hugo. Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente de trabalho e na saúde do trabalhador. p.29

Os trabalhadores mostraram sua insatisfação com as condições impostas, tendo como marco histórico mundial o dia 1º de maio de 1886, pelas manifestações dos trabalhadores ocorridas em Chicago, que resultou em prisões e mortes de operários e policiais envolvidos nos confrontos. Com isso, determinou-se que esse dia seria designado anualmente para manifestações em prol da jornada diária de trabalho de 8 horas.

José Martins Catharino¹⁴⁸ aponta que o contrato de emprego e com este o próprio Direito do Trabalho surgiram com a dignificação do trabalho humano, o que também culminou com o Estado protecionista, “abalado o princípio absoluto e hipócrita da autonomia da vontade”. Por sua vez, Arnaldo Sussekind ¹⁴⁹elucida que o Direito do Trabalho não tem a mesma finalidade da época de Bismarck. Ele tem como objetivo solucionar o problema para que o trabalhador, por meio de um conjunto de normas jurídicas, possa ter assegurada uma posição de igualdade frente ao empregador, defendendo seus direitos sem quaisquer obstáculos.

Diante do exposto, foi necessária a reorganização do processo produtivo e, com isso, no início do século XX, o processo produtivo instituído pela Revolução Industrial foi revisto pelo modelo Taylorista-Fordista, que mostrou a interdependência entre economia, trabalho, ambiente e saúde.

O Taylorismo propôs o controle dos movimentos das máquinas e dos trabalhadores, visando sistematizar a produção, aumentar a produtividade, reduzir tempo e suprimir gastos desnecessários. Por sua vez, aperfeiçoando o modelo taylorista, Henry Ford apresentou um processo produtivo que propôs o controle dos movimentos das máquinas e dos operários para a execução das tarefas no menor tempo possível com a introdução da esteira mecânica que impunha o ritmo de trabalho.

Apesar de ter vigorado durante todo o século XX, o binômio comprometeu as condições de trabalho da classe operária, que se tornou apenas um componente instrumental sem subjetividade em razão da atividade repetitiva e sem sentido.¹⁵⁰ No final dos anos 60, os trabalhadores passaram a questionar essas formas de organização do trabalho. Em meados dos anos 70, com a diversificação do mercado e sucateamento de equipamentos operados individualmente, “o sistema de produção em massa ficou muito rígido e dispendioso para as características da nova economia”.¹⁵¹

148 CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981. V.1.p.179.

149 SUSSEKIND, Arnaldo et. Al. *Instituições de direito do trabalho*, cit. V. 1, p.100.

150 ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999, p.41.

151 CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: economia, sociedade e cultura. Fim de milênio*. V.3. Tradução Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majerv. São Paulo: Paz e terra, 1999, p. 1976.

Assim, os modelos entraram em declínio, fazendo surgir o modelo japonês Toyotismo, pautado na cooperação entre gerentes e trabalhadores, controle rígido de qualidade, capacitação multifuncional e proporcionalidade entre produção e demanda.¹⁵²

O modelo Toyotista propôs um incremento tecnológico de automação que foi aprimorado pela Revolução das Tecnologias da Informação e da Comunicação que intensificou a exploração da força de trabalho humana, fazendo com que um número menor de trabalhadores alcançassem altos níveis de produtividade.

A Revolução das Tecnologias da Informação e Comunicação, impulsionada pela globalização da economia, provocou descobertas tecnológicas no início do século XX que foram responsáveis por uma nova reestruturação produtiva e novas formas de trabalho, tornando possível o aumento da produtividade e redução do custo da produção.

No entanto, o aparecimento de novas profissões e novas formas de prestação de labor tem efeitos na organização do trabalho, nos métodos de produção, nas relações trabalhistas e na política financeira.

Isso significa que a Revolução das Tecnologias da Informação e Comunicação teve grande impacto não só na natureza econômica, decorrente da globalização, mas também na saúde, segurança e qualidade de vida do trabalhador.

A sofisticação tecnológica modificou a organização do trabalho, mas, ao mesmo tempo, tornou o trabalho ainda mais intenso, implicando em novas demandas, novas regras de produção e de sociabilidade, bem como novas formas de agir, de pensar e de viver¹⁵³.

Como bem pontua Otávio Pinto e Silva¹⁵⁴ "o direito do trabalho deve se adaptar ao mundo de hoje, que não é mais o mesmo de quando foi concebido"¹⁵⁵. A recente reestruturação do processo produtivo também teve grande impacto no meio ambiente de trabalho, que será discutido a seguir.

III. PROTEÇÃO DA SAÚDE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

152 FRAGA, Alexandre. Da rotina à flexibilidade: análise das características do fordismo fora da indústria. Revista Habitus: IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v.3, n.1, p.36-43,2006.

153 NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. Revoluções tecnológicas e transformações subjetivas. Psicologia: Teoria e Pesquisa, Brasília, v.18, n.2, p.193-202, maio/ago.2002.

154 SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Emprego. São Paulo: LTr, 2004.

A Constituição Federal de 1988 insculpiu como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, afirmando-a como valor primário e básico da própria existência do ser humano e pressuposto dos direitos fundamentais implantados na Carta Maior.

Apesar de não ter definido o que é meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira que destinou capítulo próprio para o tema: Título III – Da ordem social, elevando-o a categoria de direito fundamental. A sua definição está prevista no artigo 3º, inciso da Lei nº 6.938/1991, a qual instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente. Essa definição guarda perfeita relação com o teor do artigo 22 da Constituição Federal, que confere a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O conceito de meio ambiente também é definido por Paulo Roberto Lemgruber Ebert¹⁵⁶ como “a totalidade dos elementos materiais e imateriais que circundam os seres humanos e são essenciais para a manutenção de sua integridade física, bem como de sua qualidade de vida”. Esse conceito envolve, portanto, saúde, prevenção de acidentes, dignidade da pessoa humana, salubridade e condições de exercícios saudável do trabalho.¹⁵⁷

A Consolidação das Leis do Trabalho apresenta previsão protetiva ao meio ambiente do trabalho no Título II, Capítulo V.

Em âmbito internacional, a Organização das Leis do Trabalho passou a resguardar o meio ambiente de trabalho em 1976, pelo Programa Internacional para Melhoria das Condições e Meio Ambiente do Trabalho demonstrando a preocupação com segurança e medicina do trabalho; proteção contra efeitos físicos, químicos e biológicos prejudiciais no local de trabalho; prevenção da tensão mental resultante da duração excessiva da jornada; promoção de melhores condições no ambiente de trabalho.¹⁵⁸

As Convenções nº 148, 155 e 161 são alguns exemplos da produção da OIT que visam proteger o meio ambiente do trabalho, tratando, respectivamente, sobre contaminação do ar, de ruído e vibrações no ambiente de trabalho; política nacional de higiene e segurança dos trabalhadores e adoção de medidas preventivas para obter e

¹⁵⁶ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho – conceito, responsabilidade civil e tutela. Revista LTr. vol. 76. n. 11 Nov. 2012. p. 1334.

¹⁵⁷ TRENNEPOHL, Terence. Manual de Direito Ambiental – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 37.

¹⁵⁸ MIOLA, Ana Luisa Imoleni. O meio ambiente do trabalho enquanto direito fundamental diante da atuação do Poder Judiciário. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5184, 10 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59655>.

conservar o meio ambiente de trabalho seguro e são, e a adaptação do trabalho à capacidade física e mental do trabalhador.

Em paralelo e, aproximando a discussão com o tema central do presente artigo, com base na ideia kantiana, o ser humano passou de “meio” para ser fim em si mesmo, atuando no centro de imputação jurídica. Significa dizer que a dignidade da pessoa humana constitui valor absoluto e intrínseco ao próprio ser.

De acordo com Luís Roberto Barroso¹⁵⁹, o princípio ora comentado tornou-se “o centro axiológico da concepção de Estado Democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”. Nesse sentido, Marcelo Novelino¹⁶⁰ explica que o princípio da dignidade da pessoa humana possui tripla dimensão normativa:

“Isso significa que, por meio da interpretação do dispositivo constitucional que a consagra (CF/1988, art. 1º, III), é possível extrair três distintas espécies de normas :I) uma metarnorma, que atua como diretriz a ser observada na criação e interpretação de outras normas. A atuação como elemento informador do desenvolvimento do conteúdo da Constituição faz da dignidade uma importante diretriz hermenêutica, cujos efeitos se estendem por todo o ordenamento jurídico. Mesmo quando possível o recurso a um direito fundamental específico, ela deva ser considerada como parâmetro valorativo; II) um princípio, que impõe aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade e da promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna e,III) uma regra, a qual determina o dever de respeito à dignidade, seja pelo Estado, seja por terceiros, no sentido de impedir o tratamento de qualquer pessoa como um objeto, quando este tratamento for decorrente de uma expressão do desprezo pelo ser humano”.

Considerando-se, assim, que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado e, portanto, da ordem jurídica e, ainda, que possui eficácia vertical e horizontal, incidindo sobre as relações entre particulares, cumpre ressaltar a sua eficácia imediata fundada em uma posição de poder ou autoridade. Significa dizer que em relações assimétricas, como nas relações de emprego – ante a essencial existência de subordinação, a possibilidade de desrespeito ao referido princípio de sobressai.

159 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Revista latino-americana de estudos constitucionais. Número 2. Minas Gerais: Del Rey, 2004, p.200.

160 NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 66.

O contrato de trabalho é marcado pelo desequilíbrio econômico e social entre as partes. Em razão disso, o papel do Poder Judiciário é essencial para a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, na intenção de interpretar a norma de forma construtiva e evolutiva, objetivando atingir o equilíbrio entre as partes envolvidas.

O trabalho humano tem alto nível de proteção constitucional, já que a Carta Magna priorizou o homem em detrimento dos meios de produção, já que prevê conteúdo ético no trabalho, demonstrando não apenas a questão econômica, mas também a valorização do trabalho humano. Dessa forma, o trabalho passa a atuar como base da ordem social (artigo 193), como um direito social (artigo 6º) e como apoio sobre o qual deve ser construída a ordem econômica (artigo 170) e que exige meio ambiente sadio e equilibrado (artigo 225).

Em que pese a previsão constitucional acerca do direito subjetivo dos trabalhadores ao exercício de suas funções em ambiente de trabalho seguro e sadio¹⁶¹, cabendo ao empregador adotar as medidas necessárias para reduzir os riscos inerentes ao trabalho, o que se verifica é que as normas de proteção não têm alcançado efetividade, sendo que as doenças relacionadas ao trabalho estão aumentando, o que traz grande preocupação em diversos aspectos, em especial em relação à sociedade como um todo e aos prejuízos financeiros causados às empresas e ao Estado.

A partir disso surge a necessidade de ampliação do diálogo social para que as entidades se unam no esforço em prevenir doenças no trabalho. Até pouco tempo atrás, a Justiça do Trabalho interpretava a questão a partir da monetarização do risco. Em razão do direcionamento oferecido pelo legislador (constitucional e infraconstitucional) a Doutrina e a Jurisprudência foram conduzidas a priorizar a compensação dos danos por meio do pagamento de adicionais e indenizações.

Pertinente, nesse ponto, a crítica feita por Claudio Brandão¹⁶²:

“Criaram-se mecanismos de conviver com o mal e não de evita-lo, sendo, na verdade, um traiçoeiro incentivo salarial para o empregado (...) sequer reclama a melhoria das condições de trabalho, muitas vezes recusando-se a trabalhar noutro ambiente para permanecer percebendo o acréscimo”

Em 2016, mais de 75 (setenta e cinco) mil pessoas foram afastadas do trabalho em decorrência de quadros depressivos, sendo que esse número representa 37,8% de

¹⁶¹ Artigos: 6º; 7º, XXII; 200, II e VIII e 225 da Constituição Federal.

¹⁶² BRANDÃO, Cláudio. Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 100.

todas as licenças concedidas motivadas por transtornos mentais e comportamentais naquele ano e incluem depressão, estresse, ansiedade, entre outros. Esse número chega a 199.000 (cento e noventa e nove mil) pessoas que tiveram algum tipo de ausência e receberam benefícios relacionados a essas enfermidades e 97.000 (noventa e sete mil) foram aposentadas por invalidez pelos mesmos motivos. Somados, os benefícios concedidos chegam a R\$ 113,3 bilhões de reais anuais aos cofres públicos.¹⁶³

A Organização Mundial da Saúde já alertava que até 2020, a depressão seria a doença mais incapacitante do mundo. A Associação Nacional de Medicina do Trabalho (ANAMT) afirma que carga exaustiva e recorrente de trabalho e ambiente muito estressante podem fazer com que o trabalho seja o fator responsável por desencadear o problema.

Felipe Gondim Brandão¹⁶⁴ explica:

“A interseção entre o direito à redução aos riscos e proteção jurídica à saúde do trabalhador revela a proteção à sua qualidade de vida que se apresenta como quarta etapa do processo da relação saúde-trabalho, surgida por volta de 1985, segundo lições de Sebastião Geraldo de Oliveira, a partir de artigos doutrinários publicados na década de 70 que, como objeto de estudo, ressaltam a importância do melhoramento da vida do trabalhador, muitas vezes encarado pelos países industrializados como verdadeiro desafio político-econômico (Oliveira, 2002, p.74). No Brasil, a expressão qualidade de vida do trabalhador ganha força a cada dia. O marco importante para sua expansão é a Constituição Federal de 1988, especialmente pelos arts.25 e seguintes, que contemplam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida. A busca por qualidade de vida mostra-se como o resultado do diálogo entre a percepção da importância da qualificação do produtor, do produto e de todo o meio de produção, atrelada à noção de que não se pode isolar o ‘homem-trabalhador do homem-social’”.

Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁶⁵ defende que a velocidade das transformações tecnológicas, a introdução de novos modelos de gestão empresarial e mudanças na

¹⁶³ http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/programa/-/asset_publisher/0SUp/content/mais-de-75-mil-pessoas-foram-afastadas-do-trabalho-por-depressao-em-2016 acesso em 25/05/2020.

¹⁶⁴ BRANDÃO, Felipe Gondim. O direito à redução dos riscos no meio ambiente do trabalho na perspectiva constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio (org). Os direitos fundamentais, o direito e o processo do trabalho. Salvador: Podivm, 2010. p. 102-103; 110-111.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do trabalhador. 5. Ed. São Paulo: TRr, 2010.

estrutura produtiva trouxeram novas formas de danos à saúde do trabalhador, o que justifica a necessidade de atuação preventiva na proteção à saúde do obreiro.

O que se verifica, portanto, é que para o cumprimento da ordem jurídica e para a defesa do Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição Federal) os operadores do Direito também estão vinculados à observância das diretrizes acima expostas. A aplicação das normas e o debate sobre o tema devem inserir um novo paradigma além de princípios de interpretação voltados à finalidade social: a proteção à saúde é um direito fundamental do trabalhador e deve ser interpretado em conjunto com o direito à redução de riscos inerentes ao trabalho.

IV SAÚDE DO TRABALHADOR SOB A ÓTICA DA INTERDISCIPLINARIDADE E OS IMPACTOS DO MEIO AMBIENTE

Para que se possa entender como preservar, efetivamente, a saúde do trabalhador em relação aos riscos a que está exposto, é preciso, primeiro, compreender a influência de outros contextos ambientais no ambiente de trabalho que podem influenciar, ainda que de forma indireta, na saúde do trabalhador, que também é parte do meio ambiente está vinculado, de forma inseparável, a ele.

Vitor Hugo Almeida¹⁶⁶, citando um dos participantes de seu estudo destaca:

“Meio ambiente do trabalho é o local onde a pessoa trabalha. Mas eu vou um pouquinho mais longe, eu acho que o meio ambiente envolve todo o meio ambiente, não só o local onde a pessoa trabalha. São as ruas, o ar condicionado, o equipamento utilizado, a forma de atendimento, as pessoas com que as pessoas tem que trabalhar, a forma mais fácil no atendimento, o que pode gerar um melhor atendimento, o trabalho sendo feito de uma maneira alegre, de uma maneira tranquila, a tendência é fazer um trabalho melhor do que se ele trabalhar sob uma pressão, ou num local muito ruim, com pouca luminosidade...muito quente ou muito frio, tudo isso gera um ambiente de trabalho desagradável. Agora, de uma outra forma, você tem outras coisas que podem tornar esse ambiente desagradável...a pressão, as pessoas que trabalham junto, você não poder se relacionar com a pessoa do lado, não poder conversar, você acaba ficando isolado. No nosso caso de atendimento, você acaba ficando isolado, e isso leva muitas vezes a pessoa a se isolar um pouco do mundo e esquece que o ambiente de trabalho dele é aquele cubículo

¹⁶⁶ Consumo e Trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador – Tese de Doutorado, USP, 2013.

que ele está. Não é! É tudo mais, o restante todo da empresa, a pessoa que está trabalhando do lado dele, iluminação, o ar, a rua onde ele trabalha, ruídos, conversas e uma descontração para que ele possa ter um tempo, pelo menos por alguns minutos para aliviar a cabeça, pensar em outras coisas, poder ligar e falar com a esposa, com os filhos, ter alguns minutos para que ele possa relaxar um pouco, ter essa situação. (Participante: Sindicato).

O autor propõe que para que se possa compreender a influência de outras dimensões ambientais no meio ambiente de trabalho e na saúde do trabalhador é necessária uma abordagem interdisciplinar entre Direito do Trabalho e Psicologia Ambiental e, citando Júlio César de Sá da Rocha, explica que é necessária “a abertura de diálogo em outros quadrantes e sob outras justificativas teóricas, compreendendo sistematicamente, o momento do direito na atualidade e seu impacto sobre a sociedade”¹⁶⁷.

Nos séculos XVII, XVIII e XIX, a doença mental foi consolidada com base em explicações racionais muito em razão da valorização crescente da razão, herança cartesiana (Foucault, 1979,1999). O surgimento de alienistas como, por exemplo, Esquirol e Pinel, demonstraram a preocupação com os desvios enquanto atentados individuais à ordem moral e social. Significa dizer que o foco era a descrição e a classificação das doenças mentais e o tratamento moral através da hospitalização dos pacientes.

Na obra freudiana, as referências ao trabalho aparecem nas obras “A psicologia das Massas (Freud, 1967, v.1 texto de 1921) e “Análise terminável e interminável (Freud, 1967, v.3). Este último estuda a relação de força entre instinto e ego e é citado como possível “fator inespecífico e secundário na etiologia do transtorno psíquico¹⁶⁸”, que coincide com o filme de Charles Chaplin: “Tempos Modernos” em 1936, produção em que o autor explora a relação entre o trabalho – organizado segundo o já mencionado modelo taylorista-fordista, e o distúrbio mental.

A implantação desse modelo em larga escala contribuiu para demonstrar os efeitos do trabalho sobre psiquismo dos trabalhadores. A identificação das linhas de montagem fordistas como fonte de sofrimento psíquico dos operários também foi tema do primeiro número do *Journal of Mental Higiene*, de 1917 e o próprio Henry Ford

167 ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito ambiental do trabalho: mudança de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2002, p. 277.

168 JACQUES, Maria da Graça. O nexos causal em saúde/doença mental no trabalho: uma demanda para a psicologia. Psicol.Soc. vol.19 no.spe Porto Alegre 2007.

manifestava preocupação com problemas decorrentes das rotinas de trabalho ocasionadas pelos processos de trabalho.(JACQUES, 2007).

A publicação do livro de Hugo Munsterberg, em 1913 foi um marco formal da criação da psicologia industrial e deu-se por meio da aproximação do modelo taylorista-fordista da psicologia com o trabalho, buscando a aplicação do conhecimento e da técnica da psicologia às relações de trabalho.

Por sua vez, os estudos de Elton Mayo, entre 1924 e 1934, na empresa Wertern Electric em Chicago, marcaram o reconhecimento de fatores psicológicos como decisivos para o aumento da produtividade dos trabalhadores. Com isso, surgiu o Movimento das Relações Humanas e a aplicação de estudos sobre motivação, satisfação no trabalho, clima e cultura organizacional e práticas psicológicas aplicadas a diversos contextos empresariais.

Maria da Graça Jacques¹⁶⁹, em seu estudo sobre o nexos causal em saúde/doença mental no trabalho, afirma que na vertente da psicologia clínica o trabalho ocupa posição secundária e explica:

“Concepções teóricas que não dão conta da multiplicidade e complexidade da constituição do humano e do seu psiquismo, perspectivas reducionistas na compreensão do processo saúde/doença mental e a fragmentação do campo psicológico são algumas das explicações para a relativa invisibilidade dos vínculos entre trabalho e saúde mental no campo conceitual da psicologia. A hegemonia da psicologia aplicada nos espaços de trabalho, seus princípios e arcabouço teórico contribuem para esta invisibilidade”.

Diante da inserção da psicologia no campo da saúde do trabalhador foram abertas possibilidades de atuação, dentre elas, o estabelecimento do nexos causal entre o trabalho e o adoecimento mental.

Na antiga visão religiosa, o trabalho era considerado castigo, pois por meio de seu suor o homem conseguiria atingir meios para sobreviver. Associou-se a isso a concepção cultural-familiar que imprimiu ao trabalho uma conotação pessoal que varia entre obrigação e prazer. Cada vez mais, verifica-se que o homem busca dar sentido ao trabalho como um valor fundamental na sua formação pessoal e, conseqüentemente, contribuindo para o desenvolvimento da sociedade, tornando-se elemento de inclusão social.

¹⁶⁹ JACQUES, Maria da Graça. O nexos causal em saúde/doença mental no trabalho: uma demanda para a psicologia. *Psicol.Soc.* vol.19 no.spe Porto Alegre 2007.

No entanto, o trabalho provoca diferentes níveis de motivação e satisfação pessoal e, dependendo da forma que o trabalhador executa suas atividades e suas atribuições dentro do contexto organizacional, o trabalho pode levar a um quadro de enfermidades.

Paul Sivadon¹⁷⁰, integrante do Movimento de Psiquiatria Social que surgiu na França após a Segunda Guerra Mundial, pesquisou acerca do potencial terapêutico do trabalho como recurso no tratamento de portadores de distúrbios mentais graves e verificou que, a depender da forma como o trabalho é desenvolvido e da sua forma de organização, o trabalho poderia tornar-se patogênico. No entanto, sua conclusão seguiu outra linha de pensamento, afirmando que os transtornos mentais desencadeados no meio ambiente de trabalho seriam decorrentes das vulnerabilidades pessoais.

Louis Le Guillant¹⁷¹, que também foi integrante do Movimento da Psiquiatria Social, apontou elementos mais concretos para a vinculação da relação entre transtornos mentais e trabalho, estudando sobre os impactos das condições de vida e de trabalho sobre o psiquismo. LE GUILLANT, 1985,

A polêmica que envolve onexo causal da doença mental com o trabalho decorre, principalmente, das diferentes concepções a respeito da origem da doença mental. Sueli Teixeira¹⁷², seu estudo sobre depressão no meio ambiente de trabalho afirma que alguns estudiosos acreditam que ela advém, de fatores orgânicos; outros entendem que tem origem, exclusivamente, psicogênita; e outros que a compreendem como um fenômeno multidimensional, resultante de um somatório de fatores biopsicossociais.

A mesma autora¹⁷³, citando Gustavo Filipe Barbosa Garcia, afirma que a depressão encontra sérias dificuldades para ser reconhecida como doença do trabalho, por exemplo e afirma que há "nítido descompasso entre o acentuado avanço médico-científico nessa área, quando comparado com o ainda insuficiente desenvolvimento jurídico

170 "Les histoires de la psychologie du travail" (organizada por Clot e publicada pela Octarès em 1996), em especial o artigo de Billiard, "Les conditions historiques et sociales de l'apparition de la psychopathologie du travail en France (1929-1952)." Em <https://www.scielo.br/j/pcp/a/vb95JkLtrTDZvsqJ3DYBX3x/?lang=pt> acesso em 14/04/2022.

171 Le Guillant, 1985, p. 339 <https://www.scielo.br/j/pcp/a/vb95JkLtrTDZvsqJ3DYBX3x/?lang=pt> acesso em 14/04/2022.

172 TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p. 27-44, jul./dez.2007.

173 TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente de trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p. 27-44, jul./dez.2007. Encontrado em https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Sueli_Teixeira.pdf. Acessado em 06/02/2021.

legislativo no tratamento do tema”. Acrescenta, ainda que, mesmo existindo dados que comprovam que, a depender da organização do trabalho, as condições laborais acarretam consequências danosas à saúde mental dos trabalhadores:

“A grave consequência desse quadro e o evidente prejuízo, sofrido pela pessoa enferma, quanto à sua própria dignidade, por dificultar o acesso a adequados tratamentos e coberturas previdenciárias (como benefícios pertinentes a auxílio-doença acidentário, pensão e aposentadoria por invalidez), e garantias trabalhistas, como a estabilidade provisória de permanência no emprego”.

O que se verifica, portanto, é que prevalece o entendimento no sentido de que as doenças mentais decorrem de múltiplos fatores, sendo que para a correta averiguação devem ser considerados aspectos de saúde mental ligados à vida pessoal, pesquisa de histórico familiar, mas não se pode afastar o fato de que determinadas condições de trabalho podem ser conter fatores desencadeantes e/ou de agravamento de doenças mentais o que é imprescindível seja para o fornecimento do tratamento adequado ou a adoção de medidas preventivas e soluções diretamente relacionadas ao meio ambiente de trabalho no qual o trabalhador está inserido.

V DOENÇAS PSIQUIÁTRICAS RELACIONADAS AO TRABALHO

No início dos anos 2000, a Organização Mundial do Trabalho (OMS) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já previam o crescimento de problemas relacionados à saúde mental e alertaram sobre o impacto de doenças psiquiátricas na classe trabalhadora, que poderiam acarretar queda de produtividade, afastamentos, redução da capacidade laboral, exclusão social e estigmatização de trabalhadores.¹⁷⁴

Nas últimas décadas, as mudanças proporcionadas pela globalização e rápido crescimento da economia global acarretaram profundas transformações nos ambientes e nas condições de trabalho e levaram ao aumento da preocupação com a saúde do trabalhador e os Transtornos Mentais e Comportamentais (TMC).

Os TMC caracterizam-se por alterações clínicas e comportamentais significativas, funcionamento com prejuízo ou qualquer associação destes. Acarretam sofrimento relevante e danos em várias áreas do funcionamento mental, podendo advir de fatores orgânicos, sociais, genéticos, químicos ou psicológicos.¹⁷⁵

174 World Health Organization. International Labour Organization. Mental health and work: impact, issues and good practices. Geneva: WHO; 2000.

175 Baasch D, Trevisan RL, Cruz RM. Epidemiological profile of public servants absent from work due to mental disorders from 2010 to 2013. *Ciênc Saúde Coletiva*. 2017;22(5):1641-50.

Os afastamentos decorrentes de doenças é um grave problema de saúde pública e, nos últimos anos, os TMCs se mantiveram como a terceira maior causa de afastamentos laborais perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

A OIT já se posicionou diversas vezes sobre a gravidade do tema e pediu “urgente e vigorosa” campanha global para combater o crescente número de doenças relacionadas ao trabalho. Em comunicado divulgado no Dia Mundial da Segurança e Saúde no Trabalho, o Diretor Geral da OIT, Guy Ryder afirmou:

“O custo final das doenças ocupacionais é a vida humana. Elas empobrecem os trabalhadores e suas famílias e comunidades inteiras podem ser afetadas quando perdem seus trabalhadores mais produtivos. Ao mesmo tempo, reduz-se a produtividade das empresas e aumenta a carga financeira do Estado à medida que aumentam os custos de cuidados médicos. Nos casos em que a proteção social é fraca ou inexistente, muitos trabalhadores, bem como suas famílias precisam de cuidado e de apoio”¹⁷⁶

Em 2008 o Ministério de Saúde elaborou a 2ª Edição da Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho, instituída pela Portaria nº 1.339/GM de 18 de novembro de 1999, atendendo à determinação prevista pela Lei nº 8.080/90 e acata a recomendação da Convenção nº 121 da OIT. A instituição de uma lista de doenças relacionadas ao trabalho decorre da necessidade de conhecer a forma de adoecimento dos trabalhadores no que concerne a agravos relacionados com o trabalho, portanto visa possibilitar a identificação da frequência desses agravos.

Como já mencionado acima, o trabalho é mediador de integração social, seja pelo valor econômico, seja pelo aspecto cultural, tendo impacto direto na constituição da subjetividade, no modo de vida e, conseqüentemente, na saúde física e mental das pessoas. A contribuição do trabalho para alterações na saúde mental do trabalhador ocorre por meio de uma soma de fatores que vão desde a exposição a agentes tóxicos até a divisão de tarefas, políticas de gerenciamento de pessoas, estrutura organizacional, entre outros

As ações advindas do trabalho podem atingir o corpo, atingindo a saúde física através de disfunções e lesões biológicas, mas também reações psíquicas relacionadas à situações de trabalho patogênicas, além de possibilitar o desencadeamento de processos psicopatológicos relacionados às condições de trabalho. Da mesma forma, fatores

¹⁷⁶<http://abrat.adv.br/index.php/noticias/5007-oit-pede-acao-mundial-urgente-para-combater-doencas-relacionadas-com-o-trabalho#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20do%20Trabalho,ocupacionais%20%C3%A9%20a%20vida%20humana>. Acessado em 19/12/2020.

relacionados ao tempo e ao ritmo de trabalho (como jornadas longas, poucas pausas, trabalhos noturnos ou jornadas alternadas, ritmos muito intensos ou monótonos) também influenciam na determinação do sofrimento psíquico.

Na Parte II da Lista de Doenças Relacionadas ao Trabalho estão relacionados os transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho (Grupo V da CID-10). No estudo consta que dentre as diversas possibilidades que influenciam no desenvolvimento desse tipo de doença, como um acidente de trabalho, mudança de posição, um fracasso, um acidente de trabalho e até mesmo o processo de comunicação no ambiente laboral:

“Ambientes que impossibilitam a comunicação espontânea, a manifestação de insatisfações, as sugestões dos trabalhadores em relação à organização ou ao trabalho desempenhado provocarão tensão e, por conseguinte, sofrimento e distúrbios mentais. Frequentemente, o sofrimento e a insatisfação do trabalhador manifestam-se não apenas pela doença, mas nos índices de absenteísmo, conflitos interpessoais e extratrabalho. Os fatores relacionados ao tempo e ao ritmo de trabalho são muito importantes na determinação do sofrimento psíquico relacionado ao trabalho. Jornada de trabalho longas, com poucas pausas destinadas ao descanso e/ou refeições de curta duração, em lugares desconfortáveis, turnos de trabalho noturnos, turnos alternados ou turnos iniciando muito cedo pela manhã, ritmos intensos ou monótonos, submissão do trabalhador ao ritmo das máquinas, sob as quais não tem controle; pressão de supervisores ou chefias por mais velocidade e produtividade causam, com frequência, quadros ansioso, fadiga crônica e distúrbios do sono. Os níveis de atenção e concentração exigidos para a realização das tarefas, combinados com o nível de pressão exercido pela organização do trabalho, podem gerar tensão, fadiga e esgotamento profissional ou *burn-out*.¹⁷⁷”

O estudo chega a apontar alguns procedimentos para a prevenção dos transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho, tais como identificação dos problemas ou danos potenciais para a saúde, identificação e proposição de medida que devem ser adotadas para a eliminação ou controle da exposição aos fatores de risco e para a proteção dos trabalhadores; educação e informação aos trabalhadores e empregadores, sem, no entanto, apontar medidas preventivas práticas.

177 https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho1.pdf

Diante disso, verifica-se a necessidade de ampliar os estudos sobre afastamentos decorrentes de doenças psiquiátricas, como a ansiedade, a depressão e a síndrome *burn-out*, a fim de não só reduzir custos financeiros, mas também o custo humano gerado por adoecimento em razão de transtornos mentais, pois impõe limitações às suas atividades cotidianas, reduzem suas potencialidades no trabalho, interferem na convivência familiar e social.

Portanto, passaremos a analisar o papel do empregador e dos atores sociais na implementação de medidas preventivas de transtornos mentais decorrentes do trabalho.

VI RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

Como já exposto acima, o processo de comunicação dentro do ambiente de trabalho influencia na saúde mental do trabalhador. Ambientes que impossibilitam a comunicação espontânea, manifestação de insatisfações, sugestões dos trabalhadores em relação a organização ou ao trabalho tendem a favorecer a tensão no meio ambiente de trabalho e, conseqüentemente, o surgimento de distúrbios mentais.

Assim, diante do cenário de um ambiente de trabalho que não é saudável, é essencial que seja analisada a responsabilidade civil do empregador e o papel dos atores sociais na efetivação do direito à saúde pela adoção de medidas preventivas.

A responsabilidade civil nasce a partir do descumprimento de um dever imposto pelo ordenamento jurídico que imponha prejuízo a outros indivíduos. A responsabilidade civil é, portanto, um dever jurídico sucessivo que nasce com o objetivo de reparar prejuízo ocasionado pela violação de um dever jurídico.¹⁷⁸

Está previsto no artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal o dever do empregador de reduzir os riscos inerentes ao trabalho por meio da adoção de normas de saúde, higiene e segurança. Significa dizer, portanto, que o empregador tem a responsabilidade de assegurar um ambiente de trabalho sadio. Da mesma forma, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 157 também assegura ao trabalhador a proteção à saúde física e psíquica.

Nesse sentido, após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 foram encerradas quaisquer discussões acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil ao

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. Ed. ver. E ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

empregador, considerando-se, inclusive, a redação dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira¹⁷⁹:

“Onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é invocada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, além de punir o desvio de conduta e amparar a vítima, serve para desestimular o violador potencial, o que pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar”.

A responsabilidade civil objetiva exige apenas a comprovação do dano e do nexo causal e será caracterizada quando a função desempenhada estiver pautada em risco. Por sua vez, a responsabilidade civil subjetiva exige, além dos dois elementos já mencionados, a comprovação de culpa do empregador no evento que lesionou o empregado.¹⁸⁰VENOSA, 2003.

O artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal exige a presença do dolo ou da culpa do empregador para que haja responsabilização pelos danos causados ao empregado, portanto, em regra, a responsabilidade será subjetiva.

A jurisprudência vem reconhecendo que a regra da responsabilidade subjetiva comporta exceções. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 828040 decidiu em setembro de 2019 que o trabalhador que atua em atividade de risco tem direito à indenização em razão de danos decorrentes de acidente de trabalho, independentemente da comprovação de dolo ou de culpa. O principal fundamento utilizado pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive pelo Tribunal Superior do Trabalho, é de proteção da vítima, proteção da dignidade humana, valorização do trabalho e sua finalidade pedagógica, punitiva e preventiva.

Assim, em que pese a regra de que a responsabilidade civil subjetiva prevalece, o Direito está em constante evolução e, por meio da interpretação adequada do caso concreto, também nos casos de doenças ocupacionais decorrentes de dano ambiental é possível a aplicação do artigo 927 do Código Civil, portanto a responsabilidade civil objetiva.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 7ª Ed. Ver. e atual. – São Paulo: LTr, 2013 p.79)

¹⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. P.21.

Nos casos de doença psiquiátrica, as decisões administrativas proferidas pelo INSS não vincula o Judiciário, tratando-se de presunção *juris tantum*, podendo o empregador apresentar provas em sentido contrário, demonstrando que a doença teve ou não vínculo com o trabalho. Nas hipóteses de sofrimentos psíquicos, a tendência é de que a discussão permaneça em relação aonexo causal, já que a realização da prova de culpa do empregador por parte do empregado seria extremamente onerosa e, considerando todo o exposto, praticamente impossível de ser realizada o que, certamente, não se pode admitir.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que a obrigação do empregador em relação à prevenção de riscos ambientais não se limita à adoção de medidas preventivas de segurança ou fornecimento de equipamentos de proteção individual ou coletiva, mas também de conscientização da necessidade de manutenção de ambiente mentalmente sadio coibindo abusos no ambiente laboral.

VII CONCLUSÃO

Como foi possível verificar no presente estudo, desde a Revolução Industrial até a Revolução das Tecnologias foram introduzidas novas perspectivas para a atividade econômica em si, mas, em contrapartida, a supressão de fronteiras desencadeou um processo de intensificação do trabalho, tornando-o mais controlado.

Não só o Direito, mas diversas outras áreas, como a Medicina e a Psicologia, vem estudando os impactos dos processos de modernização do trabalho na saúde do empregado, especialmente no que tange à saúde mental.

O conflito entre os interesses econômicos (modelo capitalista) e interesses sociais contribui para a precarização das condições laborarias. No entanto, a Constituição Federal de 1988 insculpiu como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, dentre outros, a dignidade da pessoa humana, afirmando-a como valor primário e básico da própria existência do ser humano e pressuposto dos direitos fundamentais implantados na Carta Maior.

Com isso, o Direito, que, de forma constante, deve se adequar à realidade precisa encontrar o equilíbrio entre o desenvolvimento empresarial e os direitos dos trabalhadores, a fim de alcançar a verdadeira sustentabilidade.

Foi possível verificar que a evolução histórica introduziu diversas fases do capitalismo e a globalização culminou na reestruturação das formas de trabalho. Por outro lado, essa ampliação afetou as relações trabalhistas, apresentando novas demandas e regras de produção.

Como visto, o trabalho humano passou a ter alto nível de proteção constitucional, no entanto, apresentam baixo nível de efetividade, já que as doenças relacionadas ao trabalho estão aumentando.

A monetarização do risco ainda é muito utilizada para compensar os danos causados pelo trabalho em condições adversas.

Os impactos decorrentes do meio ambiente laboral causados na saúde mental dos empregados vem sendo estudada e prevalece o entendimento no sentido de que as doenças mentais decorrem de múltiplos fatores, mas não se pode afastar o fato de que determinadas condições de trabalho podem conter fatores desencadeante ou de agravamento de doenças.

Por isso, a OIT já se posicionou sobre a gravidade do tema, alertando sobre a gravidade do crescimento de problemas relacionados à saúde mental e a relação com a queda de produtividade, afastamentos, redução da capacidade laboral, exclusão social e estigmatização dos trabalhadores.

Em razão disso, o dever do empregador não pode se limitar apenas ao pagamento de adicionais monetários e no cumprimento de regras que, em uma primeira análise, sequer tiveram a intenção de eliminar efetivamente os riscos laborais, mas apenas a sua redução a níveis toleráveis. Ao contrário, entendemos que a prioridade deve ser sempre a tentativa de redução total do agente agressor. Maior volume de horas no trabalho não aumenta a produção, ao contrário, faz com que o indivíduo produza menos e, além disso, o excesso de trabalho leva à fadiga, resulta em erros e pode acarretar diversas doenças, mentais ou não.

A imposição de ordens de comando tem impacto negativo sobre o ambiente de trabalho, já que aumenta o grau de tensões e valoriza apenas os talentos individuais. Portanto, métodos de avaliação e de monitoramento de produtividade que acarretem aceleração do ritmo de trabalho ou pressão excessiva para alcançar metas podem contribuir para o desencadeamento ou agravamento de doenças como *stress*, depressão, síndrome de *burnout*.

Atualmente, o mundo enfrenta grandes mudanças, seja em relação ao que os analistas chamam de Quarta Revolução Industrial (por meio automação, inteligência artificial, computação quântica), seja em relação a forma de consumo ou de se relacionar em decorrência da necessidade de isolamento social¹⁸¹. Muito se estuda sobre os

181 O presente artigo foi escrito durante a pandemia causada pelo Covid-19.

impactos dessa revolução nas profissões, já que muitas serão substituídas pelo uso da tecnologia e tantas outras serão criadas.

No entanto, ainda que já existam diversas teorias sobre a necessidade de mudança na forma de gestão – inclusive, apresentando diversos meios para introduzir alterações de forma amplamente benéfica, o que se verifica, na prática, é a resistência do setor empresarial em abrir mão da gestão no formato “comando e controle” e o Poder Judiciário atuando por meio da monetização do risco e da compensação meramente financeira. O que se verifica, na prática, é que quando há transparência e diálogo para que o trabalho em equipe seja, efetivamente, praticado há melhora na organização, aumento na qualidade, redução de tempo de trabalho (o que diminui a prestação de horas extras).

O objetivo desse estudo, portanto, foi demonstrar que há necessidade de mudar a forma de trabalhar.

O presente artigo mencionou a questão sobre a interligação entre todos os aspectos da vida humana, sendo impossível destacar integralmente trabalho, vida social, vida pessoal, sendo que todos eles devem conviver de forma harmônica para que a saúde mental seja mantida.

Se, como afirmou a OMS, a depressão seria a doença mais incapacitante do mundo no ano de 2020, a adoção de medidas alternativas é urgente. A compensação financeira se mostrou inviável, pois perpetua uma sociedade doente. O foco, na verdade, deve ser em manter uma sociedade sã, para que as pessoas tenham mais qualidade de vida.

O empregador deve se engajar na efetivação do direito à saúde, aliado aos sindicatos profissionais e econômicos, sem esperar que o Estado atue de forma isolada. O caminho é o planejamento e instituição de ações voltadas a implementar uma cultura de valorização da saúde mental e conscientização de que o meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado agrega valor à vida do trabalhador, à atividade empresarial, ao Estado e, portanto à toda a sociedade.

VIII BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Victor Hugo. Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente de trabalho e na saúde do trabalhador. Tese de doutorado disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-02082017-152602/publico/Tese_VictorHugoAlmeida_VersaoIntegral.pdf. Acesso em 15/12/2020.

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

BAASCH D, Trevisan RL, Cruz RM. Epidemiological profile of public servants absent from work due to mental disorders from 2010 to 2013. *Ciênc Saúde Coletiva*. 2017;22(5):1641-50.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 7ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*. Número 2. Minas Gerais: Del Rey, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2006.

BRANDÃO, Felipe Gondim. O direito à redução dos riscos no meio ambiente do trabalho na perspectiva constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio (org). *Os direitos fundamentais, o direito e o processo do trabalho*. Salvador: Podivm, 2010.

CASSAR, Vólia Bonfim. *Direito do Trabalho*. 5. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

CASTELLS, Manuel. *A Era da informação: economia, sociedade e cultura*. Fim de milênio. V.3. Tradução Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majerv. São Paulo: Paz e terra, 1999.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1981. V.1.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. Ed. ver. E ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves Delgado. *Direito do Trabalho*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012, v. II.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho – conceito, responsabilidade civil e tutela. *Revista LTr*. vol 76. n. 11 Nov. 2012.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho – conceito, responsabilidade civil e tutela. *Revista LTr*. vol 76. n. 11 Nov. 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 25. Ed. 2. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011, v.7, p.50.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O meio ambiente do trabalho – conceito, responsabilidade civil e tutela. Revista LTr. vol. 76. n. 11 Nov. 2012. p. 1334.

FILHO, Rodolfo Pamplona. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro. Revista Trabalho & Doutrina n. 28. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRAGA, Alexandre. Da rotina à flexibilidade: análise das características do fordismo fora da indústria. Revista Habitus: IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v.3, n.1, p.36-43,2006.

JACQUES, Maria da Graça. O nexo causal em saúde/doença mental no trabalho: uma demanda para a psicologia. Psicol.Soc. vol.19 no.spe Porto Alegre 2007.

MELO, Raimundo Simão de. Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador. São Paulo: LTR, 2003.

MIOLA, Ana Luisa Imoleni. O meio ambiente do trabalho enquanto direito fundamental diante da atuação do Poder Judiciário. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5184, 10 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59655>.

NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. Revoluções tecnológicas e transformações subjetivas. Psicologia: Teoria e Pesquisa, Brasília, v.18, n.2, p.193-202, maio/ago.2002.

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção Jurídica à Saúde do trabalhador. 5. Ed. São Paulo: TRr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 7ª edição, São Paulo: LTR, 2013.

RAMAZZINI, Bernardino. As Doenças os Trabalhadores. Tradução de Raimundo Estrela. 3ªedição. São Paulo: Fundacentro, 2000.

ROCHA, Júlio César de Sá da. Direito ambiental do trabalho: mudança de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: LTr, 2002, p. 277.

ROMITA, Arion Sayão. Conceito objetivo de subordinação. Arquivos do Ministério da Justiça. Rio de Janeiro, ano 35, nº 148, out/dez. 1978.

ROSSEAU, Jean-Jaques. O contrato social. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: José Bushatsky, 1978. p. 80.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Otavio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Emprego. São Paulo: LTr, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. 22 ed. v.1 São Paulo: LTr, 2005.

TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p. 27-44, jul./dez.2007.

TRENNEPOHL, Terence. Manual de Direito Ambiental – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil. Responsabilidade civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<https://www.anamt.org.br/portal/2017/10/26/transtorno-mental-e-a-3a-causa-de-afastamentos-de-trabalho/>. Acesso: 13/12/2020.

http://www.anamt.org.br/site/upload_arquivos/jornal_da_anamt_24102014756167055475.pdf. Acesso: 06/02/2021.

http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/partes/doencas_trabalho1.pdf. Acesso: 15/12/2020.

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_2ed_p1.pdf. Acesso: 15/12/2020.

http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf. Acesso: 11/12/2020.

http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/docs/PAGE/GRPPORTALTRT/PAGINAPRINCIPAL/JURISPRUDENCIA_NOVA/REVISTAS%20TRT-RJ/049/11_REVTRT49_WEB_CLAUDIO.PDF. Acesso: 06/02/2021.

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822007000400015&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso: 12/12/2020.

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572019000101501&tlng=pt#B4. Acesso: 10/12/2020.

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200009&lng=pt&tlng=pt. Acesso: 13/12/2020.

http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/programa//asset_publisher/OSUp/content/mais-de-75-mil-pessoas-foram-afastadas-do-trabalho-por-depressao-em-2016
Acesso:10/12/2020.

http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/programa/-/asset_publisher/OSUp/content/mais-de-75-mil-pessoas-foram-afastadas-do-trabalho-por-depressao-em-2016 Acesso: 10/12/2020.

https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Sueli_Teixeira.pdf.
Acesso:11/12/2020

http://www.granadeiro.adv.br/arquivos_pdf/rel_oit_acidentes_2013.pdf. Acesso:
10/12/2020.

<http://uniesp.edu.br/sites/biblioteca/revistas/20170602114425.pdf>. Acesso: 15/12/2020.

<http://abrat.adv.br/index.php/noticias/5007-oit-pede-acao-mundial-urgente-para-combater-doencas-relacionadas-com-o-trabalho#:~:text=A%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Internacional%20do%20Trabalho,ocupacionais%20C3%A9%20a%20vida%20humana>. Acesso: 19/12/2020

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

LETÍCIA MIRANDA DE AMARAL BARBALHO:

Graduanda de Bacharel em Direito na
Universidade de Gurupi - Tocantins

VANUZA PIRES COSTA¹⁸²

(orientadora)

RESUMO: Devido ao avanço tecnológico e a crescente popularidade das redes sociais, os chamados influenciadores digitais são considerados figuras centrais do comércio digital. Assim, surgiu o tema do presente artigo, devido à necessidade de proteção dos direitos dos seguidores ao comprar um produto devido a influência sofrida nas redes sociais. O problema central deste artigo é: os influenciadores digitais podem ser responsabilizados devido a problemas nos produtos ou serviços divulgados em suas redes sociais? Para solucionar tal questionamento os objetivos são: entender o papel do influenciador na sociedade consumerista e os objetivos específicos são: analisar como se dá a responsabilidade civil dos influenciadores digitais; verificar se existe relação de consumo entre os influenciadores digitais e seu público e analisar decisões do CONAR sobre o tema, pois as hipóteses são que o influenciador digital deve indenizar seu seguidor prejudicado pelo produto ou serviço junto com a dificuldade de configurar essa responsabilidade. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação e material publicado na internet bem como o método dedutivo. Conclui-se que os influenciadores digitais, por serem indivíduos que atuam frente aos consumidores como se fossem os próprios fornecedores, respondem solidariamente e objetivamente pelos produtos e serviços divulgados por eles.

PALAVRAS-CHAVE: Influenciadores digitais. Responsabilidade civil. Código de Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: *Due to technological advancement and the growing popularity of social networks, so-called digital influencers are considered central figures in digital commerce. Thus, the theme of this article emerged, due to the need to protect the rights of followers when buying a product due to the influence suffered on social networks. The central problem of this article is: can digital influencers be held accountable due to problems in the products or services advertised on their social networks? To solve this questioning, the*

182 Professora Orientadora da Universidade de Gurupi – Tocantins. Possui graduação em Direito pela Fundação Educacional de Gurupi, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de Gurupi (2001). Especializou-se em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Pós Graduação "Latu Sensu", concluída no ano de 2009, pela Faculdade ITOP. Mestranda em Direito e Estado Era Digital pelo Centro Universitário Eurípides de Marília.

objectives are: to understand the role of the influencer in the consumer society and the specific objectives are: to analyze how the civil responsibility of digital influencers takes place; verify if there is a consumer relationship between digital influencers and their audience and analyze CONAR decisions on the subject, as the hypotheses are that the digital influencer must indemnify his follower harmed by the product or service along with the difficulty of configuring this responsibility. The methodology used will be bibliographic research on doctrine, legislation and material published on the internet as well as the deductive method. It is concluded that digital influencers, because they are individuals who act in front of consumers as if they were the suppliers themselves, are jointly and objectively responsible for the products and services advertised by them.

KEY WORDS: *Digital Influencers. Civil responsibility. Consumer Protection Code.*

Sumário: Introdução. 1. Os influenciadores digitais. 1.1 Da relação jurídica entre os influenciadores digitais e os seguidores. 2. Da responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços divulgados nas mídias sociais. 2.1 A responsabilidade civil dos influenciadores digitais de acordo com o CDC e o CONAR. 2.2 Análise de casos julgados pelo Conselho do CONAR. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Devido ao avanço da internet e o surgimento das redes sociais, os influenciadores digitais começaram a ser muito usados para a publicidade e propaganda de inúmeros produtos e serviços, pois, devido a sua influência para com seus seguidores, seu estilo de vida, gostos e predileções acabam conquistando também o seu público.

Tais personagens foram surgindo aos poucos e ganharam um destaque enorme, principalmente durante a pandemia, pois, com a população em casa, o acesso às redes sociais aumentou muito e as marcas e empresas começaram a apostar nos influenciadores para divulgar seus produtos e serviços.

Foi a partir daí que surgiu o tema do presente artigo, devido à necessidade de proteção dos direitos dos seguidores ao comprar um produto devido a influência sofrida nas redes sociais. Pois o grande questionamento é: os influenciadores digitais podem ser responsabilizados devido a problemas nos produtos ou serviços divulgados em suas redes sociais?

Assim, o objetivo geral do artigo é: entender o papel do influenciador na sociedade consumerista e os objetivos específicos são: analisar como se dá a responsabilidade civil dos influenciadores digitais; verificar se existe relação de consumo entre os influenciadores digitais e seu público e analisar decisões do CONAR sobre o tema.

Por fim, A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica em doutrina, legislação e material publicado na internet bem como o método dedutivo.

1.OS INFLUENCIADORES DIGITAIS

Os influenciadores digitais estão cada vez mais presentes no mundo digital, sendo um importante instrumento para a publicidade, propaganda e marketing de inúmeros produtos e serviços. Eles trabalham usando suas redes sociais, onde ditam comportamentos e tendências, indicam uma variedade muito grande de produtos e serviços além de compartilhar ideias e estilo de vida, sendo considerados indispensáveis para as estratégias de divulgação das empresas.

De acordo com Alberto Valle (2019), que é o diretor da Academia do Marketing, o influenciador digital pode ser considerado a pessoa que, por meio do seu conteúdo, é capaz de influenciar o modo que os seus seguidores encaram ou consideram determinadas questões ou conceitos. Para o diretor, qualquer indivíduo pode ser um influenciador digital, desde que ele consiga ser formador de opinião na internet, de influenciar as pessoas, ou seja, precisa ser engajado nas redes sociais.

Já para Gasparotto, Freitas & Efig (2019, p. 11), os influenciadores digitais quando compartilham o seu estilo de vida, suas experiências e seus gostos são capazes de conquistar a confiança dos seus seguidores, e, por esse motivo, são considerados formadores de opinião e que devido ao seu engajamento conseguem modificar comportamentos e mentalidade daqueles que os seguem.

Nesse mesmo sentido Bastos *et al.* (2017, p. 2) diz:

Em virtude disso os novos profissionais da web exercem grande poder sobre as massas, pois eles possuem credibilidade diante de seus seguidores. Sendo assim, são verdadeiros formadores virtuais de opiniões. Aplicando estratégias empregadas pelas marcas que os contratam, ou então por eles mesmos, são capazes de atingir possíveis consumidores de forma mais natural/orgânica, promovendo a mudança comportamental e de mentalidade em seus seguidores, os quais, por se identificarem com o digital influencer, também se identificam com o conteúdo que é por ele divulgado.

É importante destacar que, antigamente, o trabalho do influenciador digital não era associado a uma atividade profissional, pelo fato de que eles eram considerados indivíduos que, devido ao seu carisma e personalidade conseguiam se destacar nas redes sociais e, dessa forma, ditavam regras entre os seus seguidores.

Entretanto, devido ao desenvolvimento da internet, especialmente em relação ao comércio digital e à sociedade de consumo, esses mundos se encontraram, ou seja, a publicidade, marketing e o comércio digital se ligaram devido a presença dos influenciadores digitais.

E, mesmo que essa profissão ainda não tenha sido regulamentada e nem tenha uma lei própria que discipline suas atividades e as relações formadas entre os influenciadores digitais e as empresas que os contratam, bem como com os seguidores que consomem os produtos divulgados nos chamados *publiposts*, algumas leis esparsas são aplicadas para assegurar os direitos dos seguidores, que são: o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a legislação do CONAR, o Marco Civil da Internet, entre outras.

É importante que se utilizem essas leis citadas anteriormente, pois, pelo fato de que os seguidores que acompanham os influenciadores digitais são pessoas que se identificam com eles, e, de forma consciente ou não passam a replicar o estilo de vida e de consumo dos influenciadores, as grandes marcas viram nisso uma oportunidade de angariar consumidores nas mídias sociais.

De modo geral, isso acontece da seguinte forma: as grandes marcas contratam os influenciadores que tem os perfis que, de alguma forma se identificam com o seu produto ou serviço, para que, de forma natural ou orgânica, consiga alcançar o seu público alvo, aumentando o seu alcance de novos consumidores.

Quanto à publicidade feita pelos influenciadores digitais, de maneira geral eles agem da mesma forma, incluindo o produto ou serviço que pretende divulgar em sua rotina, para que, dessa forma, consiga despertar em seus seguidores a vontade de também utilizar tal produto ou serviço. Nesse sentido, Bastos *et al.* (2017, p. 2) diz:

Através dos resultados obtidos, pôde-se verificar que os digital influencers atuam como formadores de opiniões, sobre as marcas anunciadas, ao criarem um ambiente propício para troca de experiências com os usuários, a partir das redes sociais. Desta forma, as empresas varejistas passaram a vislumbrar o fato de que esses influenciadores trazem benefícios aos seus negócios, visto que a relação existente entre consumidor e influenciador é de confiança e credibilidade, e a aceitação do influenciador, acerca de um produto ou serviço, indica que a empresa terá grandes chances de agradar o seu público alvo.

1.1 Da relação jurídica entre os influenciadores digitais e os seguidores

O Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária (CONAR), é uma organização não-governamental que tem por objetivo garantir a liberdade de expressão publicitária, mas, não é só isso, esse conselho também trabalha com a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial, faz a classificação da atividade feita pelos influenciadores digitais em suas redes sociais, através dos *publipost*, como anúncio publicitário. O conceito de anúncio está disposto no artigo 18 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, *in verbis*:

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;

A palavra produto inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou ideias que sejam promovidos pela publicidade;

A palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.

Levando em consideração o artigo citado acima, é possível fazer um paralelo entre ele e o que os influenciadores digitais fazem, chegando à conclusão que o **anúncio** publicitário pode ser considerado todas as formas de publicidade, independentemente da forma em que tal anúncio é propagado. Dessa forma, levando em consideração os influenciadores, a forma de propagar a sua publicidade é por meio das redes sociais em aplicativos como *facebook, twitter, instagram, Tumblr*, entre outros.

Quanto ao termo produto, ele pode ser considerado o gênero, que é composto por diversas espécies, tais como: os bens, serviços, facilidades, instituições, até mesmo ideias, que são promovidas por meio da publicidade. Ou seja, tudo que os *influenciadores digitais* divulgam em suas redes com o intuito de vender, comercializar e divulgar, é considerado produto. Por fim, de acordo com o CONAR, o consumidor é toda pessoa que pode ser atingida pelo anúncio, como consumidor final, público intermediário ou usuário (FILOMENO, 2018).

Em outras palavras, os seguidores, que são o público dos conteúdos que os *digital influencers*, são considerados consumidores, pelo fato de que eles são afetados de forma direta pelos anúncios publicitários nas redes sociais daqueles, sendo o público-alvo do anúncio.

Já no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 2º diz que o consumidor é "toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". E o conceito de fornecedor está disposto em seu artigo 3º onde diz: "toda pessoa que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

Além disso, existe o fornecedor por equiparação, que é um conceito criado por Leonardo Bessa, onde ele defende que, além das pessoas que se enquadram no artigo 3º do CDC, também será considerado fornecedor o terceiro que, durante a relação de consumo, agiu como um intermediário para que o consumidor adquirisse o produto ou serviço do fornecedor principal (FILOMENO, 2018).

Outro ponto que merece destaque é que, de acordo com entendimento de Filomeno (2018) a mensagem publicitária conta com três personagens, que são: o anunciante, o agente publicitário e o veículo. De acordo com o autor, o primeiro é o próprio fornecedor; o agente publicitário é quem faz a criação, produção da publicidade; é qualquer meio de comunicação que faz a distribuição da mensagem publicitária até o seu destinatário, que são os consumidores ou potenciais consumidores. Nesse sentido, o influenciador digital seria o agente publicitário.

Para Silva (2019) com o passar dos anos as relações de consumo sofreram algumas modificações e, dessa forma, foram surgindo diversos instrumentos para incentivar o consumo, pois as novas ferramentas de publicidade têm um alcance muito alto, que é o caso dos influenciadores digitais, que, por meio de suas redes sociais, fazem a postagem do anúncio publicitário, podendo configurar, assim a relação de consumo.

Dessa forma, sob a ótica do CONAR e do CDC, o seguidor pode sim, ser considerado consumidor, pois ele é o alvo da publicidade feita pelos influenciadores digitais. E estes, de acordo com a teoria do fornecedor equiparado, podem ser considerados fornecedores, pelo fato de que eles agem como intermediários para a realização da relação principal.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS PELOS PRODUTOS OU SERVIÇOS DIVULGADOS NAS MÍDIAS SOCIAIS

No começo dos chamados *publiposts*, era normal que os *digital influencers* fizessem a *divulgação* dos produtos de forma oculta, ou seja, eles não deixavam claro para os seus seguidores que aquilo se tratava de um conteúdo publicitário, e que a sua intenção quando postou a foto ou vídeo era de justamente indicar o produto ou serviço, impulsionando assim a venda destes. Essa prática acabou se tornando comum entre os influenciadores, e por isso começou a ser considerado um tipo de publicidade ilícita junto com a publicidade enganosa e abusiva, pois ela afronta o princípio da identificação publicitária.

Assim, com a crescente globalização comercial, especialmente com o comércio virtual, foi necessário que o Direito interviesse nessas relações comerciais. Dessa forma, passou a ser imprescindível que o conteúdo, a forma e os limites da publicidade estivessem de acordo com a legislação, para proteger o consumidor final dessa atividade arbitrária que era feita pelos influenciadores digitais em seus anúncios publicitários disfarçados.

Conforme os autores Efing, Bauer & Alexandre (2013), outro fato muito importante para conseguir combater os atos ilícitos que eram praticados nos anúncios publicitários foi a constitucionalização do Direito Civil, especialmente em relação à tutela da dignidade da pessoa humana, pelo fato de que os agentes envolvidos nas práticas comerciais, passaram a ser obrigados a seguir todos os princípios dispostos no Direito Civil, e, principalmente, respeitar as normas constitucionais.

Dessa forma, o anúncio publicitário, independente do meio usado para a sua veiculação e de quem o fará, precisa, obrigatoriamente, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento equilibrado, da redução das desigualdades sociais, da igualdade, entre outros, e, caso isso não aconteça, a publicidade será considerada ilícita.

Em relação à fiscalização da publicidade, Simas & Júnior (2019) afirmam que o Brasil usa a modalidade mista, pois tal fiscalização é feita tanto pelo Estado quanto por instituições não-governamentais, como é o caso do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR.

O CONAR é uma associação de direito privado, partidária e sem fins lucrativos, que tem seus objetivos estabelecidos por meio seu Estatuto Social, que conforme o seu artigo 5º são:

- I zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, as quais prevalecerão sobre quaisquer outras;
- II. funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto os conteúdos publicitários ou questões a eles relativas;
- III. oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada;
- IV. divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda a

atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias;

V. atuar como instrumento de concórdia entre anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores, podendo promover tentativas de conciliação antes ou durante a tramitação de representações éticas;

VI. promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.

Além disso, o artigo 15 do estatuto do CONAR diz que todos os envolvidos na cadeia publicitária, sendo eles os anunciantes, as agências de publicidade, os veículos de divulgação, os publicitários, os jornalistas e outros profissionais que podem participar do processo precisam respeitar todas as normas de conduta que são estabelecidas por ele, sob pena de sofrer as seguintes penalidades:

Artigo 15: As infrações à disciplina social serão punidas, segundo sua autoria e gravidade, com uma das seguintes sanções:

I advertência oral ou escrita;

II. advertência pública por edital afixado na sede social e transcrita em boletim; III. suspensão até 12 (doze) meses;

IV. exclusão do quadro associativo;

V. impedimento para atuar em órgão criado por este estatuto.

Dessa forma, o influenciador digital que não obedecer ao estabelecido pelo CONAR estará sujeito a receber as penalidades informadas anteriormente, pois, como já foi explicado, eles podem ser considerados fornecedores por equiparação.

Já para o Código de Defesa do Consumidor a publicidade é todo meio usado para divulgar produtos e serviços com o intuito de chegar ao seu consumidor final e provocar neles a vontade de adquirir o produto ou serviço, e que pode ser veiculada pela televisão, rádio, internet, mídia impressa em geral, entre outros (TARTUCE E NEVES, 2015, p. 301).

Ainda de acordo com Tartuce e Neves (2015) existem os princípios que devem ser aplicados aos anúncios publicitários, que são: da identificação da publicidade, da vinculação contratual, da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova,

da transparência da fundamentação, da correção do desvio publicitário, da lealdade publicitária e, por fim, o da identificação publicitária.

Todos esses princípios precisam, de forma obrigatória, ser respeitados por todos os envolvidos na cadeia publicitária, ou seja, os influenciadores digitais têm a obrigação de respeitar todos os princípios citados.

Dessa forma, o que os influenciadores faziam no começo dos *publiposts*, conhecido como publicidade invisível, abusiva ou enganosa nada mais é que o desrespeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da função social contratual, junto com o desrespeito a todos os princípios citados acima. E um ponto muito importante a ser destacado é que grande parte das decisões do CONAR estão diretamente ligadas ao desrespeito aos princípios.

O CONAR, através de seu Código de Auto-regulamentação, e o CDC, proíbe expressamente essa prática da publicidade invisível em seus artigos 28e 36, respectivamente, por entenderem que isso desrespeita princípio da Identificação da Publicidade. Veja abaixo tais artigos na íntegra:

Artigo 28: O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.

Artigo 36: A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem (BRASIL, 1990).

Devido à existência desses artigos houve a necessidade da criação da ferramenta conhecida como “propaganda paga”, onde se tornou obrigatório que o influenciador digital, ao fazer a publicidade sobre algum produto ou serviço, deixe claro que aquela publicação se trata de propaganda.

Já o artigo 37 do CDC dispõe sobre a publicidade abusiva e discriminatória bem como a publicidade enganosa, que também são práticas expressamente proibidas, pois vai de encontro aos princípios citados ao longo deste artigo. Confira a redação do artigo 37 do CDC na íntegra:

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.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 1990).

Assim, a publicidade enganosa, conforme o §1º do artigo 37, do CDC, nada mais é que a informação publicitária, podendo ser ela inteira ou parcialmente falsa, ou então por alguma omissão, é capaz de induzir o consumidor ao erro, pois a informação passada no anúncio não é realmente o que o produto ou serviço oferece.

Por último, a publicidade abusiva, disposta no §2º do artigo 37 do CDC, é a publicidade que, independente de natureza, possa provocar algum medo no consumidor, pelo fato de usar de superstições, aproveitarem da falta de discernimento do consumidor devido a sua pouca experiência, desrespeita o meio ambiente, ou que consiga induzir um comportamento prejudicial ou perigoso à saúde ou segurança do consumidor, e por esse motivo, ela é proibida, pois, da mesma forma que a publicidade enganosa, fere os princípios citados.

2.1 A responsabilidade civil dos influenciadores digitais de acordo com o CDC e o CONAR

A responsabilidade civil é o instituto jurídico usado para punir o sujeito que, agindo de forma comissiva ou omissiva, causou dano a terceiro. O Código de Defesa do Consumidor adotou a Teoria do Risco, a qual caracteriza a responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços por eventuais danos causados aos seus consumidores. Assim, a responsabilidade civil de acordo com o CDC é objetiva e solidária, gerando para o agente o dever de indenizar, sem a necessidade de comprovar a existência de dolo ou culpa. É o que afirmam Tartuce & Neves (2015, p. 120):

Na verdade, o CDC adotou expressamente a ideia da teoria do risco-proveito, aquele que gera a responsabilidade sem culpa justamente por trazer benefícios ou vantagens. Em outras palavras, aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar

um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

Entretanto, independente da teoria usada, para a caracterização da responsabilidade civil sempre é preciso estar presente os três elementos básicos da responsabilidade civil: a ação ou omissão, o nexo causal e o resultado danoso.

Assim, é possível responsabilizar civilmente os influenciadores digitais devido aos anúncios publicitários que eles postam em suas redes sociais, sobre determinado produto ou serviço, desde que ele tenha cometido uma ação ou omissão (ter dito ou deixado de dizer algo essencial sobre o produto ou serviço) e, por esse motivo o seu seguidor tenha adquirido e sofrido algum dano.

A fiscalização dos anúncios publicitários é feita pelo CONAR para reprimir essas irregularidades, e o Conselho de Ética é o órgão responsável, além da fiscalização, pelo julgamento e deliberação em relação à observância do CONAR.

Além disso, Filomeno (2018) diz que o caráter da atuação do CONAR é administrativo, pois ele é um órgão usado para recomendar e aconselhar a sociedade quanto aos anúncios publicitários. Em regra, a atividade desempenhada pelo órgão não conta com um caráter cogente, e em caso de descumprimento das determinações, não existe uma repressão devida.

Entretanto, o mesmo autor diz que, mesmo assim, os atos expedidos pelo órgão precisam ser considerados uma fonte subsidiária para caracterizar os abusos publicitários, além de ser uma fonte muito importante de obrigações assumidas pelos anunciantes, agências e veículos de publicidade.

Porém, uma forma de compensar essa falta de força normativa e cogente das disposições do CONAR, Filomeno (2018) diz que as regras materiais do CDC a respeito da publicidade e da oferta de produtos e serviços também podem ser aplicadas aos influenciadores digitais para que eles sejam punidos de forma adequada sempre que for verificado algum tipo de abuso no campo publicitário, *in verbis*:

O sistema implementado pelo respeitado Conselho de Autorregulamentação Publicitária (Conar), por exemplo, já que privado, mesmo porque congrega anunciantes, agências e veículos de publicidade, não dispõe de força coercitiva suficiente para punir adequadamente aqueles que infringem seus próprios postulados, bem como as normas de ética da publicidade. Em conclusão, pois,

diríamos que a grande preocupação nessas hipóteses de abusos verificados no campo publicitário é a de dar-se efetivo cumprimento aos dispositivos da parte material do Código de Defesa do Consumidor que cuidam de publicidade e da oferta de produtos e serviços.

Entretanto, essa aplicação do CDC aos influenciadores digitais em relação à responsabilidade civil é uma questão bem complexa, pelo fato de que esse tema não tem um consenso doutrinário.

Para Tartuce & Neves (2015, p. 280) a natureza da responsabilidade civil do profissional liberal quanto à publicidade, se for levado em consideração que o §4º do art. 14 do CDC, ele irá responder independente da existência de culpa pelos danos causados aos seguidores. Dessa forma, quem seria responsabilizado pelo conteúdo ou informação divulgado nas redes sociais do influenciador digital seria o publicitário que o fez.

Porém, se levar em consideração a regra da responsabilidade civil de acordo com o CDC, existe a solidariedade entre todos os envolvidos na veiculação do anúncio, conforme o disposto no *caput* do artigo 34, bem como o modelo de responsabilidade solidária do preposto, disposta nos artigos 932, inc. III, e 942, parágrafo único, do Código Civil, será o caso da natureza objetiva da responsabilidade civil.

Além disso, o artigo 934 do Código Civil dispõe que a empresa irá responder por culpa do seu preposto, garantindo assim o direito de regresso em face do culpado, após ter sido satisfeito o consumidor dos seus direitos. Porém, é preciso ressaltar que o artigo 34 do CDC é visto com reservas tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Conforme o disposto no artigo, o consumidor pode somente acionar quem anunciou a publicidade, não sendo possível acionar a agência (aqui situado o influenciador digital) e o veículo. Nesse sentido, Tartuce & Neves (2015, p. 245) dizem:

Como esclarece Herman Benjamin, pelo teor do dispositivo, o consumidor somente pode demandar o anunciante da oferta, em regra. Sendo assim, "tal limitação passiva do princípio traz, como consequência, a impossibilidade de o consumidor acionar, exceto em circunstâncias especiais, a agência e o veículo. Vale dizer, caso ao fornecedor fosse dado o direito de exigir sua responsabilidade a pretexto de que o equívoco no anúncio foi causado pela agência ou pelo veículo, o consumidor, não podendo acionar nenhum dos sujeitos envolvidos com o fenômeno publicitário, ficaria sem recurso jurídico disponível, ou seja, haveria de arcar sozinho com o seu prejuízo. Se a desconformidade no anúncio decorrer de falha da

agência ou do veículo, só o anunciante, e não o consumidor, dispõe dos recursos –inclusive contratuais –, para evitá-los, controlá-los e cobrá-los.

Além disso, Tartuce & Neves (2015) dispõem que a responsabilidade seria apenas para um dos sujeitos da cadeia publicitária, o que acaba contrariando diversos preceitos da Lei Consumerista, entre os quais é possível citar: proteção ao consumidor, a forma de responsabilização objetiva, o princípio da boa-fé objetiva, a teoria da aparência e a presunção de solidariedade.

Outro ponto que os autores discutem diz respeito à aplicação do CDC em toda cadeia publicitária, e não somente para o anunciante, pois leva-se em consideração o conceito de fornecedor equiparado, citado anteriormente, que, trazendo para a realidade dos influenciadores digitais, poderia ser perfeitamente aplicável, segundo Tartuce & Neves (2015, p. 303):

A atribuição de responsabilidade a apenas uma das pessoas da cadeia publicitária afasta-se da presunção de solidariedade adotada pela Lei Consumerista, representando uma volta ao sistema subjetivo de investigação de culpa. Além disso, há uma total declinação da boa-fé objetiva e da teoria da aparência que também compõem a Lei 8.078/1990. Em reforço, para a responsabilização de todos os envolvidos, serve como luva o conceito de fornecedor equiparado, de Leonardo Bessa.

Já para Gasparatto, Freitas & Efig (2019), a responsabilidade civil dos influenciadores digitais se dá pelo fato de que eles assumem o risco ao indicar um produto ou serviço, pois os seus seguidores só adquirem o que foi anunciado por eles devido a confiança que eles depositam no *influencer*.

Agora que ficou claro que é possível responsabilizar civilmente os influenciadores digitais pelos anúncios divulgados em suas redes sociais, surge o questionamento, essa responsabilidade seria objetiva ou subjetiva?

De acordo com Gasparatto, Freitas & Efig apud Guimarães (2019), a responsabilidade civil dos influenciadores digitais, levando em consideração o CDC, seria subjetiva, pelo fato de que eles não acham que é correto considerar a celebridade como um profissional liberal, pelo fato de que a sua contratação, na maioria das vezes, não decorre das suas qualidades técnicas ou intelectuais, levando em consideração somente as suas qualidades externas, como a beleza, a fama e o prestígio de que gozam perante as redes sociais.

Já para Tartuce & Neves (2015) a responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos anúncios em suas redes sociais seria a objetiva, pois eles consideram que uma eventual ilicitude cometida por eles afrontaria diretamente dois princípios de ordem pública, quais sejam: o da boa-fé e o da confiança. Tal fato ensejaria o surgimento da responsabilização por força de lei, atraindo a aplicação da regra contida no art. 927 do Código Civil.

2.2 Análise de casos julgados pelo Conselho do CONAR

Como dito anteriormente, o CONAR conta com um Conselho de Ética que é o responsável por julgar e aplicar penalidades àqueles que desrespeitam as disposições do seu Código. O resultado do julgamento feito pelo conselho pode resultar desde a alteração do anúncio pelo agente até a retirada da publicidade dos meios de comunicação.

Entre os postulados é possível destacar a responsabilização total do influenciador digital por sua publicidade; a existência de solidariedade entre o influenciador digital e a agência que elaborou o anúncio; e a atribuição de responsabilidade tanto ao anunciante, à agência, quanto ao veículo usado para a divulgação, esse último só acontece em casos excepcionais.

Além disso, o artigo 46 do CONAR diz que toda a cadeia publicitária pode ser responsabilizada, ou seja, todos que participaram, de forma direta ou indireta, no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio (na medida de seus poderes decisórios), quando do descumprimento da norma.

Quanto aos aspectos do anúncio que podem acabar gerando a responsabilidade dos envolvidos, o artigo 47 do CONAR diz que:

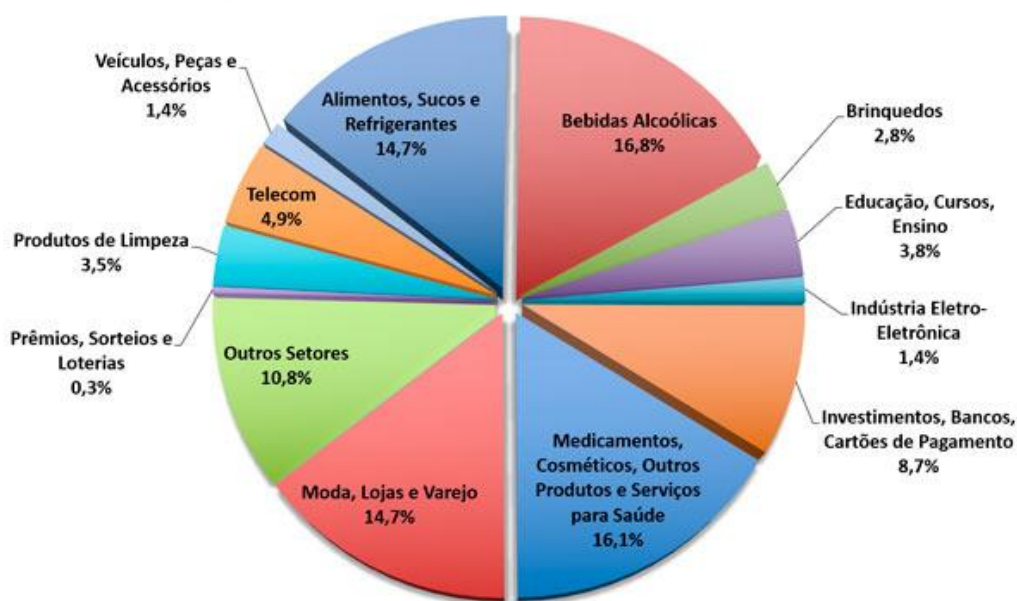
Artigo 47 - A responsabilidade na observância das normas deste Código abrange o anúncio no seu conteúdo e forma totais, inclusive testemunhos e declarações ou apresentações visuais que tenham origem em outras fontes. O fato de o conteúdo ou forma serem originários, no todo ou em parte, de outras fontes, não desobriga da observância deste Código.

Além de tudo isso, o site oficial do CONAR disponibiliza todas as informações atualizadas a respeito da atuação da entidade, o Boletim do CONAR, onde consta todo o balanço das atividades de auto-regulamentação publicitária em 2021, onde constam estatísticas gerais, teor das decisões, números de Câmaras e componentes destas, dentre outros. Informações de grande valia para a sociedade.

Assim, para dar mais ênfase a essa questão, logo abaixo será mostrados alguns gráficos retirados diretamente do site do CONAR onde fica bem explícito a quantidade de

reclamações dos consumidores em relação aos produtos e serviços adquiridos devido ao que foi compartilhado nas redes sociais dos influenciadores digitais.

Processos Instaurados em 2021 (Setores Envolvidos)



Total de Processos Instaurados: **286**

Fonte: CONAR (2022)

Nesse primeiro gráfico nota-se a quantidade de processos instaurados no ano de 2021 bem como os setores de maior reclamação dos consumidores.

Processos Instaurados em 2021 (Questionamentos)



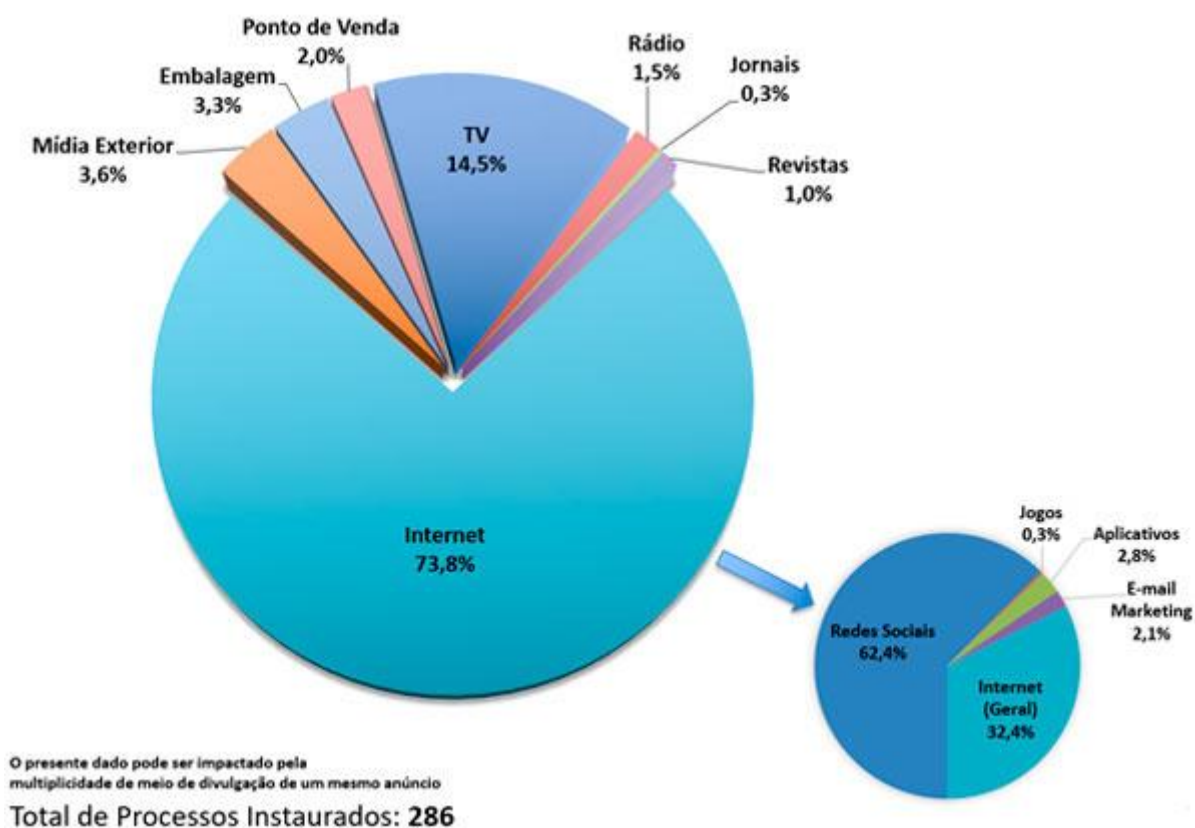
Total de Processos Instaurados: 286

Cada caso pode ter mais de um enquadramento * Depreciação de imagem; discriminação; estímulo a excessos; excesso em mídia-exterior; identificação publicitária; indução a atividade ilegal; indução a violência; leal concorrência; ofensa à dignidade; padrões de decência; proteção e uso de marcas de terceiros; proteção à intimidade; publicidade de serviços de saúde; segurança e acidentes

Fonte: CONAR (2022)

Já nesse outro gráfico ficam evidenciados todos os questionamentos e dúvidas dos consumidores acerca do que foi publicado e divulgado pelos influenciadores digitais em suas redes sociais.

Processos Instaurados em 2021 (Por Mídia)



Fonte: CONAR (2022)

Os gráficos informam, com base nos 286 processos instaurados em 2021, quais são os principais setores denunciados e a quantidade de denúncias recebidas pelos principais veículos publicitários.

No primeiro caso, é possível observar que existe um certo equilíbrio entre os setores da economia denunciados, onde grande parte deles envolve pouco mais de 10% do número de processos, que são: o setor de alimentação, refrigerantes, bebidas alcoólicas, medicamentos, cosméticos, saúde, moda, loja e varejo, bebidas alcoólicas, entre outros.

No segundo gráfico, o número de denúncias em face de questionamentos dos anúncios devido a inobservância dos princípios, mostra que 49,1% das denúncias são feitas em face da falta de veracidade nos anúncios, sendo seguindo pela inobservância dos princípios: respeitabilidade, responsabilidade social, (in)adequação às leis, sustentabilidade, identificação publicitária, discriminação, cuidados com o público infantil.

No terceiro gráfico, os processos instaurados levando em consideração a mídia usada deixam claro que a grande maioria das denúncias são feitas contra os anúncios na internet, com a marca de 73,8% dos 286 processos que foram instaurados, ou seja, grande parte das denúncias dos consumidores é feita em face dos influenciadores digitais

Para exemplificar as atribuições do CONAR, foi selecionado dois casos concretos onde acontece a afronta de princípios importantes da publicidade, um envolvendo o princípio da identificação publicitária.

É importante destacar que esses são apenas alguns dos 286 casos julgados do CONAR somente no ano de 2021. Vejamos:

Afronta ao princípio da identificação publicitária

Mês/Ano Julgamento: MARÇO/2021

Representação nº: 005/21

Autor(a): Conar, mediante queixa de consumidor

Anunciante: Cervejaria Petrópolis e Cleo Pires

Relator(a): Conselheira Mirella Caldeira Fadel

Câmara: Sétima Câmara

Decisão: Alteração e advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, letras "a" e "b", do Código e seu Anexo P

Resumo: Duas queixas de consumidor motivaram esta representação contra anúncio em redes sociais da cerveja Itaipava, por considerarem que não é facilmente perceptível a sua natureza publicitária. A direção do Conar notou a ausência da frase recomendando consumo moderado de bebidas alcoólicas e questionou a adequação do desafio proposto na peça publicitária e se ele atende recomendação do recém-lançado Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais, em especial se há estímulo ao engajamento responsável dos consumidores.

A Cervejaria Petrópolis, fabricante de Itaipava, alegou em sua defesa que o desafio proposto é apenas uma brincadeira, para promover interação, que considera adequada a forma como a peça é identificada como publicidade, mas que, mesmo assim, alterou os posts de forma a tornar mais clara esta informação.

A influenciadora Cleo Pires também enviou defesa ao Conar, informando que uma das postagens objeto desta representação foi

espontânea. Reconheceu nas demais erro na omissão da frase de advertência. A relatora propôs a advertência à Cervejaria Petrópolis e à influenciadora Cleo Pires para que assegurem o atendimento aos critérios gerais de veiculação do anúncio, em especial a presença de expressão que identifique o conteúdo publicitário do anúncio e a frase de advertência. Propôs também a alteração dos posts que tratam do "Desafio tá no clima, tá na mão", para que se façam presentes a responsabilidade social e o incentivo ao consumo moderado de bebidas alcoólicas, cujos limites foram extrapolados no chamamento para "não largar a lata da mão" e na veiculação de cenas que desestimulam a moderação, devendo tanto o anunciante como a influenciadora reforçarem a importância dessas regras gerais aplicáveis à publicidade de bebidas alcoólicas. O voto foi aceito por unanimidade

AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO PUBLICITÁRIA

Mês/Ano Julgamento: JULHO/2021

Representação nº: 110/21

Autor(a): Conar mediante queixa de consumidor

Anunciante: Campari e Caio Castro

Relator(a): Conselheiro Paulo Fernandes Neto

Câmara: Quinta e Oitava Câmaras

Decisão: Advertência

Fundamentos: Artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, letra "a" do Código e seu Anexo A

Resumo: De acordo com a queixa de consumidor, anúncio de Campari nas redes sociais do influenciador Caio Castro seria irregular pela ausência de clara identificação de sua natureza publicitária. Em sua defesa, Campari informa ter pedido ao influenciador a correção da postagem tão logo notificada pelo Conar. O influenciador furtou-se a enviar defesa, ainda que regularmente citado. O relator propôs advertência a Campari, sendo acompanhado por unanimidade

A partir dos casos julgados, é possível observar as disposições do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária sendo aplicadas *in concreto*, em especial a previsão do artigo 27, o qual diz:

Artigo 27: O anúncio deve conter uma apresentação verdadeira do produto oferecido, conforme disposto nos artigos seguintes desta Seção, onde estão enumerados alguns aspectos que merecem especial atenção.

§ 1º: Descrições: No anúncio, todas as descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos devem ser comprobatórias, cabendo aos Anunciantes e Agências fornecer as comprovações, quando solicitadas.

§ 2º: Alegações: O anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao Anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à:

- a) natureza do produto (natural ou artificial);
- b) procedência (nacional ou estrangeira);
- c) composição;
- d) finalidade.

§ 3º - Valor, Preço, Condições: O anúncio deverá ser claro quanto a:

valor ou preço total a ser pago pelo produto, evitando comparações irrealistas ou exageradas com outros produtos ou outros preços: alegada a sua redução, o Anunciante deverá poder comprová-la mediante anúncio ou documento que evidencie o preço anterior;

- a) entrada, prestações, peculiaridades do crédito, taxas ou despesas previstas nas operações a prazo;
- b) condições de entrega, troca ou eventual reposição do produto;
- c) condições e limitações da garantia oferecida.

§ 4º - Uso da Palavra "Grátis": O uso da palavra "grátis" ou expressão de idêntico significado só será admitido no anúncio quando não houver realmente nenhum custo para o Consumidor com relação ao prometido gratuitamente (...)

Além disso, as decisões do CONAR citadas acima trazem que a responsabilidade civil dos influenciadores digital pelos anúncios divulgados em suas redes sociais é objetiva, pelo fato de que os Conselheiros não levam em consideração a intenção no momento da publicação, ou seja, se existia culpa ou dolo pela publicidade ilícita, sendo necessário somente a ação ou omissão de informação que ensejou a ilicitude, para que o influenciador sofra a aplicação da penalidade.

É importante destacar que, ao pesquisar casos concretos para análise foi observada a falta de jurisprudência a respeito da responsabilidade civil de influenciadores digitais em geral sobre os anúncios publicitários. Isso mostra que o controle feito pelo CONAR é efetivo, pelo fato de que a maiorias dos casos são julgados e reprimidos na própria esfera extrajudicial, sem a necessidade de encaminhar o caso ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário.

Desse modo, é possível concluir que os influenciadores digitais não estão alheios à responsabilidade pelos anúncios que eles fazem em suas redes sociais e o CONAR, pode sim, penalizá-los, indo desde uma simples advertência, até alteração e retirada da postagem do influenciador de sua rede social, podendo chegar, inclusive, no dever de indenizar o seguidor-consumidor que sofrer algum dano decorrente dos produtos ou serviços divulgados por aqueles, independentemente da intenção no momento da realização do anúncio. Ou seja, possui natureza objetiva.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, fica claro que influenciadores digitais foram de meros formadores de opinião a um instrumento muito bom de publicidade e propaganda, sendo considerado, inclusive, uma profissão nos dias de hoje, mesmo que ainda não seja regulamentada.

Por esse motivo, as atividades exercidas pelos influenciadores através de suas redes sociais devem ser feitas de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, os órgãos de controle (públicos e privados), pois eles são responsáveis por regulamentar as atividades publicitárias.

A partir da análise legal, doutrinária e casuística, nota-se que existem poucas demandas judiciais que tratam da punição de influenciadores digitais devido aos anúncios publicitários em suas mídias sociais.

Pois, tal fiscalização e consequente punição é feita no âmbito administrativo, através do Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária – CONAR, que, através do seu Conselho de Ética, julga os casos concretos levando em consideração o disposto no Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, cujas penalidades são de natureza meramente administrativa.

Com o objetivo de possibilitar a aplicabilidade de outros diplomas que reпреendam de forma mais efetiva, de modo a alcançar as demais esferas judiciais (cível e penal), entende-se que, na relação influenciador-seguidor, no que concerne aos produtos e serviços anunciados nas suas redes sociais, a interpretação que deve ser empregada é a do enquadramento dos influenciadores digitais (e celebridades em geral) como fornecedor equiparado, situação que permite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos casos e, conseqüentemente a responsabilização objetiva e solidária destes juntamente com o anunciante e o veículo, garantindo, assim, a proteção integral ao consumidor.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Maria Augusta et al. **O impacto da utilização das redes sociais pelos digital influencers como ferramenta de marketing das empresas varejistas**. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO, 1., 2017, Ponta Grossa. p. 1 – 11.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 28 fev. 2022

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 28 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Decisões**. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 28 fev. 2022.

EFING, Antônio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. **Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo**: análise jurídica embasada em direitos fundamentais. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 11, n. 15, p.38-53, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/294/150>. Acesso em: 01mar. 2022.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. **Responsabilidade civil dos influenciadores digitais**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, v. 19, n. 1, p.65-87, 9 abr. 2019. Centro Universitario de Maringa.

Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87>. Acesso em: 20 fev. 2022.

JEZLER, Priscila Wândega. **Os influenciadores digitais na sociedade de consumo:** uma análise acerca da responsabilidade civil perante a publicidade ilícita. 2017. 77 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25019>. Acesso em: 20 fev. 2022.

SIMAS, Danielle Costa de Souza; SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. **Sociedade em rede:** os influencers digitais e a publicidade oculta nas redes sociais. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 4, n. 1, p.17-33, 21 ago. 2018. Conselho Nacional de Pesquisa e Pos-Graduação em Direito – CONPEDI. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0049/2018.v4i1.4149>. Acesso em: 20 fev. 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor:** Direito Material e Processual. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015. (Revista, atualizada e ampliada).

VALLE, Alberto. **O que são influenciadores digitais.** Disponível em: <https://www.academiadomarketing.com.br/o-que-sao-influenciadores-digitais/>. Acesso em: 07 mar. 2022.

A CULTURA DO ESTUPRO: A PRÁTICA E INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA AS MULHERES

MAYRA OLIVEIRA DE LIMA:
Bacharelada em Direito pela
UNISULMA

LETÍCIA PEREIRA DE JESUS

(orientadora)

RESUMO: Este artigo examina a cultura do estupro, a prática e a incitação à violência sexual contra as mulheres. A relevância deste estudo promove esclarecer o quão intensa é a objetificação da mulher perante a crença da sociedade patriarcal. O objetivo desse artigo é propor uma reflexão sobre os meios sistemáticos e culturais promoventes da cultura do estupro, observando as formas de violência simbólica que tem por finalidade invalidar e anular os direitos da mulher. Com a ideia de desconstruir a imagem criada tanto para a vítima quanto como para o estuprador. Elucidando como o estupro é acima de tudo uma das formas mais difundidas da violência de gênero. A metodologia aplicada foi à pesquisa bibliográfica e explicativa, de abordagem qualitativa, fruindo de fontes de leitura e análise de doutrinas, artigos científicos, teses, dissertações e leis, que tratam sobre tal discussão. O estudo conclui que para que haja mudanças significativas é necessário que se passe um pente fino, identificando meios que enriquecem ainda mais a cultura do estupro, podendo assim ressignificar a imagem da mulher, valorizando sua luta no decorrer da história para conquistar seus direitos e mantê-los protegido, perante nossa sociedade patriarcal, reforçando assim, ideais que promovem a equidade de gênero.

Palavras-Chave: Cultura do estupro. Patriarcado. Violência sexual contra a mulher.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade, a mulher sempre foi percebida através da figura do homem de quem dependia, mas com o passar dos anos e com o aparecimento de alguns eventos históricos importantes, a mulher começou a se posicionar mais e, portanto, começou a lutar por seus direitos, pela igualdade de tratamento.

Em meio a todo este processo de evolução dos direitos, a mulher teve que lutar pelo direito de não ser agredida por seu próprio parceiro, o que mudou radicalmente o cenário dos direitos humanos no Brasil, repercutindo nas leis de proteção.

Diante disso, é cediço que as relações sociais, desde o início da história humana, existem e continuam a se espalhar até hoje que a mulher é sexo frágil e deve ser considerada submissa ao homem, motivo esse que tenciona homens a estuprarem

mulheres. Entretanto, deve-se procurar erradicar a naturalização da violência contra a mulher através de uma mudança cultural, complementada pela emancipação da mulher e pela luta constante pela proteção legal de seus direitos.

Neste contexto, a escolha do tema foi ditada pela relevância da naturalização do crime de estupro, o deslocamento da responsabilidade do agressor para a vítima, a presença em um ambiente que banaliza, legitima e justifica a violência contra a mulher, onde a opinião comum é que o valor da mulher está ligado ao seu comportamento moral e sexual.

Dessa forma, esta questão torna-se relevante para desacreditar a ideia de que as mulheres têm alguma responsabilidade por crimes de estupro, negando assim os direitos das vítimas. Analisar e argumentar as formas simbólicas de violência que contribuem para a persistência deste tipo de crime.

O problema subjacente a este estudo consiste: é possível desconstruir uma “cultura” criada há décadas onde à mesma incita a prática à violência sexual contra mulheres de maneira sutil ou explícita?

Para responder a esta pergunta, fixou-se como objetivo geral do estudo analisar a cultura do estupro como prática e incitação à violência sexual contra mulheres.

A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa, fruindo de fontes de leitura e análise de doutrinas, artigos científicos, teses, dissertações e leis, que tratam sobre tal discussão.

Assim, pode-se dizer que a cultura do estupro na sociedade é um fenômeno difundido e excessivo que tem sido parte explícita das relações sociais desde o início da história humana, e que continua a existir e se espalhar até hoje, mas que busca erradicar a naturalização da violência contra as mulheres através de uma mudança cultural, complementada pelo empoderamento das mulheres e por uma luta constante pela proteção legal de seus direitos.

2 O PODER DO GÊNERO PERANTE A SOCIEDADE PATRIARCAL

Na época de Péricles, particularmente entre os atenienses, a mulher foi oprimida de forma mais intensa. Perante essas sociedades, ainda que pertencente a uma classe dominante, não havia diferença entre ela e seus escravos domésticos, já que ambos eram despossuídos de qualquer tipo de direito. Os próprios filósofos gregos tinham clareza desta situação. Platão afirmou: “Se a natureza não tivesse criado as mulheres e os escravos, teria dado ao tear a propriedade de fiar sozinho”.

Napoleão Bonaparte (1808-1873) ainda pontificava em nome do sexo masculino: “A mulher é nossa propriedade e nós não somos propriedade dela. Ela nos dá filhos, nós não damos filhos a ela. Ela é, pois, nossa propriedade, tal como a árvore frutífera é propriedade do jardineiro.”

Segundo Richter (2017), o papel da mulher atribuído a sociedade atual ou seu novo papel é bastante comentado, mas a verdade é que desde muito antes a mulher vem desempenhando diversos papéis em conjunto, possuindo trajetórias com diferentes realidades perante cada época, país, região, religião de seu povo e cultura. Ao longo da história desses vários papéis, um e outro tiveram um destaque, ofuscando os demais, tais como o de mãe e o de esposa, não havendo então espaço para o papel de mulher enquanto profissional, cidadã e outros mais.

Anflor (2019) menciona que, diante da sociedade é possível observar o quanto está incrustada a ideia de inferioridade da mulher em relação aos homens. A violência em desfavor da mulher é um fenômeno antigo, tendo uma maior visibilidade nos anos 70, em decorrência dos movimentos feministas. Data-se que as raízes da desigualdade entre homens e mulheres possuem uma trajetória de mais de 2500 anos.

Culturalmente nos habituamos a ver a **mulher** como um ser menor. Desde a Grécia em seu período clássico, quando Apolo era tido como o Deus da razão, posteriormente a mulher era vista como o oposto da verdade e do conhecimento, sendo assim tida como uma alma de cunho inferior, sendo as mulheres gregas afastadas de possuir direitos políticos e jurídicos (ANFLOR, 2019)

A subjugação da mulher não é natural, mas sim naturalizada. Na vida cotidiana, os mecanismos ideológicos impedem a maioria das pessoas de formar uma imagem de desigualdade de gênero, reforçando assim um *status quo* baseado em uma falsa igualdade entre homens e mulheres. Para abalar a confiança derivada deste senso comum, é necessário perguntar se a sociedade sempre foi governada por uma cultura patriarcal (BOURDIEU, 2014). Em outras palavras, deve-se examinar se, historicamente, existiu uma sociedade diferente daquela em que vivemos.

Quando se fala da posição da mulher na sociedade em geral, não é raro ouvir uma série de preconceitos e clichês sobre a questão feminina. Por exemplo, diz-se que as mulheres são mais vulneráveis, sensíveis e vaidosas do que os homens. Estas opiniões são encobertas por contextos aparentemente científicos, de forma que a construção social, ou seja, a cultura patriarcal é biologicamente justificada (BEAUVOIR, 2019).

Segundo Anflor (2019), a cultura do patriarcado, enraizada na sociedade, reforça esses paradigmas. Estudos antropológicos indicam que nem sempre as organizações humanas foram patriarcais como se é fortemente defendido. No princípio da história da

humanidade, as sociedades humanas eram coletivistas, tribais, nômades e matrilineares. Porém, vai perdendo sua efetividade na medida em que se passa a modos de vida sedentários, culminando a valorização da ideia de posse e propriedade. Através da agricultura, da caça e do fogo, além da descoberta da contribuição do homem na reprodução, de modo que as relações tornam-se monogâmicas com o intuito de garantir a herança de filhos legítimos, e posteriormente, a sexualidade da mulher passam a ser controlados.

As mulheres possuintes de liberdade para exercer sua sexualidade, livres, trabalhavam na esfera produtiva ombro a ombro com os homens e detinham o mesmo respeito pela comunidade e, de repente, passam a ser trancafiadas dentro do lar e reduzidas a objeto de procriação (KOLLONTAI, 2016).

Naturalmente inclinadas a cuidar do lar, as mulheres tinham funções distintas dos homens, os quais iam "caçar", ficando longe do ambiente doméstico porque têm mais força física (BEAUVOIR, 2019). Dessa forma, observa-se que este é só um dos vários exemplos de como a dominação masculina, vista como algo que sempre existiu, desde a antiguidade, está ideologicamente enraizada.

Em um ambiente no qual o poder do gênero ainda não prevalecia, a necessidade de impor limitações sobre os sexos até então não havia sido cogitada, ambos os sexos dividiam as mesmas funções sem que houvessem conflitos estabelecidos, conforme a evolução da sociedade é moldada uma nova imagem, trazendo um novo valor social para o homem e a mulher.

Estudiosos cujo foco de estudo é voltado ao patriarcado, desacreditam da possibilidade de sociedades matriarcais, já que preferem o uso do significado dominação. Estudos sobre o matriarcado usam o termo "mães do começo", trazendo um olhar para as mulheres além do sentido biológico, mas também no sentido cultural, como criadoras do início, do começo. As mulheres são detentoras de um poder tal como superior ao poder de dominação, característico do patriarcado, sendo a virtude de dar a luz, de fazer nascer, o poder da criação. (ARAUJO, s.d)

De acordo com a pesquisa sociológica e antropológica de Rose Marie Muraro (2014), é possível que nunca tenha havido uma organização social matriarcal, mas sim sociedades matricidas/matrilocais, a autora segue dizendo:

Na verdade, a organização social matriarcal provavelmente nunca existiu, nem em animais, nem em humanos, nem em proto-humanos. Para a organização social matriarcal, análoga ao patriarcado, que surgiu mais tarde teria sido uma sociedade dirigida por mulheres da mesma forma que os homens dirigem nossas sociedades de hoje, ou

seja, de forma autoritária, de cima para baixo, com líderes determinando o comportamento e o pensamento dos outros elementos do grupo. Por outro lado, nas sociedades matrículas e matrilocais, como as conhecemos, a relação entre os membros não é tão estreita como nas sociedades patriarcais. A relação entre um homem e uma mulher é esporádica e ocasional, e quando ocorre um "casamento", ou seja, uma relação estável, geralmente não é exclusiva ou, pelo menos, subordinada a uma das partes. A relação entre pai e filho ou mãe e filho é protetora e fluida, a criança não é educada para realizar tarefas pré-determinadas para ele, mas para se tornar independente rapidamente (MURARO, 2014, p. 13-14).

A maternidade estimulava o trabalho, e a fusão de ambos os conceitos reforçou o papel da mulher nesta era. Embora os homens estivessem encarregados da caça, a fonte mais confiável de alimento eram as mulheres, as quais colhiam vegetais. Isto as tornou pioneiras, por exemplo, na domesticação de animais e na descoberta da agricultura (CERQUEIRA; SILVA, 2019).

Os conceitos e análises refutam a ideia de que o poder do gênero sempre prevaleceu, perante estudos que comprovam a existência de sociedades matriarcais, ainda assim, dentro dela, o gênero não estava sob discussão, já que não havia uma dominância, já que era uma sociedade igualitária. Consiste, portanto, no oposto da visão estabelecida pelo patriarcado que carrega o parecer de dominante e dominado, naturalizando como um fato de fácil compreensão e de cunho puramente biológico.

A transição para a sociedade patriarcal não se tem um momento específico, tudo foi ocorrendo de forma gradual. Estudos apontam que nos tempos primitivos, os grupos já adotavam a divisão de tarefas de acordo com o sexo. Enquanto as mulheres procuravam alimentos, os homens as acompanhavam (SMITH, 2020). Com o poder da criação, no decorrer da gestação ou da amamentação, a mulher é limitada, em comparação ao homem não consegue desfrutar das mesmas capacidades físicas.

O patriarcado transforma assim os laços afetivos em relações de poder, que se consolidam na família monogâmica. Neste modelo, o papel central da mulher dá lugar ao domínio do homem, que reivindica a paternidade inquestionável de seus filhos, que - como herdeiros diretos - tomarão posse dos bens do pai no futuro (DUBY, 2017). Embora esta interpretação seja criticada por seu economicismo, ela não pode ser ignorada, pois a sociedade continua a viver sob a proteção do sistema econômico capitalista que se apropria do patriarcado e de seu modelo familiar monogâmico.

Nesta relação de dupla subordinação (simbiose do patriarcado e do capitalismo), as mulheres estão em clara desvantagem, especialmente se for considerado o último relatório

das Nações Unidas (ONU) intitulado “A armadilha do gênero – Mulheres, violência e pobreza”, que afirma que 70% dos pobres do mundo são mulheres. Não é coincidência que uma pesquisa anual da Forbes de 2014 tenha revelado que dos 65 bilionários brasileiros, apenas 13 são mulheres (HARARI, 2018).

Os resultados podem não ser inteiramente precisos, mas destacam uma realidade nacional e internacional, a saber, a posição das mulheres nas sociedades capitalistas patriarcais. Neste sentido, não se pode dizer que o feminismo marxista está ultrapassado, pois muitos aspectos da desigualdade de gênero ainda não foram superados. Além disso, o feminismo marxista apresenta um argumento convincente para a transição de sociedades matriarcais para sociedades patriarcais, baseadas no paradigma da família monogâmica e heterossexual (PRIORE, 2017).

Esta nova configuração da família, como descrita acima, baseia-se no mito da inferioridade das mulheres, que são submetidas a um regime rigoroso de castidade e fidelidade conjugal.

3 DIREITOS DAS MULHERES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Na Constituição de 1824, a mulher não era sequer considerada cidadã, não possuía direito ao voto e tampouco podia ter carreira política, e apesar de poder trabalhar, era proibida de preencher cargos públicos. Embora sem igualdade com os homens, a mulher já tem aqui o papel de trabalhadora, além de mãe e esposa. (RICHTER, 2017)

Nas Constituições de 1934 e 1937, é previsto o princípio da igualdade entre os sexos, além do direito ao voto. Na de 1946, a expressão ‘sem distinção de sexo’, é suprimida da lei, havendo, assim, um retrocesso. Com a Constituição de 1967, a mulher pode se aposentar depois de 30 anos de trabalho, mas até então não houve mais avanço em favor do papel da mulher na sociedade. Após a CF/88, todos os grupos considerados minorias, além das mulheres, tiveram seus direitos tutelados. (RICHTER, 2017)

Este capítulo tem por finalidade, portanto, analisar os direitos da mulher, conforme o nosso sistema jurídico brasileiro, evidenciando a igualdade de gênero na sociedade contemporânea. Com o passar dos anos, apesar da repressão sofrida, a mulher adquiriu uma série de direitos como resultado de lutas. Com o surgimento de novas leis no sentido de promover igualdade e equiparação de direitos entre ambos os sexos na sociedade, ainda é necessário que se garanta sua aplicabilidade.

Segundo, Macêdo (2020), dentre os vários crimes sofridos pelas mulheres em razão do gênero, o estupro é aquele que mais viola a integridade física e moral das vítimas. Para iniciar esta discussão, *a priori* destaca-se os direitos humanos das mulheres, a qual

percorreu um longo caminho até que sua voz pudesse ser ouvida e seu lugar no cenário mundial pudesse ser garantido em condições de igualdade.

Em algum momento, as mulheres decidiram entrar na política e finalmente conseguiram chamar a atenção para a necessidade dos seus direitos e de sua própria individualidade, separando a figura feminina da figura do pai ou do marido. Neste sentido, a Carta das Nações Unidas de 1945 adotou a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental. Tudo isso aconteceu através de uma série de debates impostos por mulheres que conseguiram alcançar posições importantes na política (PINHEIRO, 2016).

Outros eventos foram de grande importância para o desenvolvimento dos direitos humanos das mulheres, como a Comissão sobre o Status da Mulher (*Commission on the Status of Women* – CSW) em 1946, já que por sua vez colaborou de forma significativa para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 (GUARNIERI, 2010).

Entre as mudanças feitas pelas mulheres no texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Hansa Mehta, de origem indiana, conseguiu mudar o texto do documento de "Todos os seres humanos" para "Todos os seres humanos nascem livres e iguais". Minerva Bernadino, uma diplomata da República Dominicana, defendeu a inclusão da "igualdade entre homens e mulheres" no preâmbulo. (ONU, 2018).

Neste raciocínio, a dinamarquesa Bodil Begtrup lutou para que o termo "todos os homens" fosse substituído por "todos" na Declaração Universal, não limitando os direitos a uma única figura masculina, mas considerando a coletividade, independentemente do sexo ou gênero. Begum Shaista Kramullah, delegada do Paquistão, apelou pela igualdade na instituição do casamento, acrescentando o artigo 16 à Declaração (ONU, 2018).

Marie-Hélène Lefauchaux, uma mulher francesa, defendeu a inclusão da igualdade de gênero no Artigo 2º. Evdokia Uralova, de Belarus, procurou estabelecer através do Artigo 23 da Declaração Universal, que mulheres e homens deveriam receber salário igual por desempenharem as mesmas tarefas no mercado de trabalho (ONU, 2018).

Todas desempenharam um papel importante no processo de redefinição e valorização das mulheres para o direito internacional. A brasileira Berta Lutz foi uma delas e liderou um grupo de delegadas que defendeu "com unhas e dentes" a inclusão dos direitos da mulher na Carta das Nações Unidas. Berta Lutz declarou categoricamente no debate que "em nenhum lugar do mundo há plena igualdade de direitos com os homens" e que ela estava lutando pelos direitos das mulheres na Carta das Nações Unidas, cumprindo o papel que lhe foi atribuído pelo governo brasileiro. Uma vez superado este ponto, uma série de mudanças ocorreram, como a criação da Convenção sobre os Direitos

Políticos da Mulher (1952) e a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada (1957) (PINHEIRO, 2016).

A autora acima mencionada complementa ainda que posteriormente, em 1993, 1994 e 1995, houve outros avanços importantes para os direitos humanos da mulher. Esses avanços se referiam ao reconhecimento da suspensão dos direitos das mulheres, sua dignidade sexual e desigualdades em termos de desemprego e renda em comparação com os homens.

Tudo isso foi essencial para que o empoderamento das mulheres tomasse a forma que tem hoje. Mulheres fortes lutaram por seu reconhecimento como seres humanos e continuam a lutar hoje para se protegerem do machismo estrutural.

Quanto aos direitos da mulher no sistema jurídico brasileiro, o Brasil não parou de promover mudanças, aderindo a vários pactos e acordos internacionais que apoiam e combatem a violência contra as mulheres, além de enfrentar a desigualdade de gênero e outros aspectos que afetam as mulheres na sociedade.

Afirma-se previamente que a conquista da mulher, que iniciou o cenário de vitórias feministas, foi o direito ao voto, uma vez que a lei eleitoral de 1932 não faz distinção entre homens e mulheres, e ambos obtêm o direito de voto aos 21 anos de idade (BRASIL, 1932).

A inovação legislativa foi então consignada constitucionalmente na Carta Magna de 1988, especificamente em seu artigo 5º, I:

Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção alguma, e garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, sob as seguintes condições: I - homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, de acordo com as disposições desta Constituição (BRASIL, 1988).

Assim, a tentativa do legislador de equalizar as relações é vista como consequência de várias recomendações internacionais sobre o assunto e como uma revelação que muitos consideram tardia, mas que abriu os olhos do Estado para a situação da mulher brasileira (BRASIL, 2002).

O Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02) procurou introduzir mudanças na lei anterior, concentrando-se mais na ordem social. Assim, a referida lei passou a regulamentar em seu artigo que a maioria é de 18 (dezoito) anos de idade para não indicar qualquer distinção entre homens e mulheres, e deu origem à nova ideia de que a mulher se torna plenamente capaz ao atingir a maioria, independentemente da presença de um homem (BRASIL, 2002).

Além disso, há uma necessidade urgente da implementação da Lei Maria da Penha, que visa proteger as mulheres vítimas de violência doméstica, ou seja, somente mulheres poderiam ser vítimas deste crime, ao determinar:

Art. 2º: Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível de educação, idade ou religião, gozará dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e terá oportunidades e meios para viver livre de violência, por sua saúde física e mental e por seu desenvolvimento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Dessa forma, qualquer mulher, independentemente das características mencionadas no artigo, pode ser considerada vítima de violência doméstica, pois essas mulheres têm direito à vida e ao desenvolvimento saudável, necessários para a preservação da dignidade humana (BRASIL, 2006).

Em 2015, foi introduzida no Código Penal uma qualificadora no crime de homicídio, promovida pela Lei nº 13104, de 9 de março de 2015, que procurou endurecer as penas quando o crime fosse cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino (BRASIL, 2015).

Outra medida importante, que infelizmente não é implementada em todo o país, é a possibilidade de as mulheres saírem do transporte público depois das 22 horas fora de um determinado ponto, para garantir sua segurança e evitar estupro e agressão, sendo aplicado às cidades de São Paulo, Porto Alegre (MS), Florianópolis (SC) e Cuiabá (MT) (LEITE, 2017).

A Lei de Consolidação do Trabalho (CLT) concedeu uma série de direitos às mulheres, tratando-as com o devido respeito em todas as etapas da vida; um desses direitos é a permissão para que as mulheres, mesmo durante o horário de trabalho, tenham consultas e exames ao longo do ano. E ainda, de acordo com a CLT, uma mulher que tenha tido um aborto espontâneo tem direito a duas semanas de licença remunerada para recuperação física e mental (LEITE, 2017).

Assim, as mulheres ganharam seu lugar na sociedade através de leis que promovem sua igualdade com os homens. A luta das mulheres visa a igualdade social, mas para alcançá-la, as mulheres devem ser tratadas de forma diferente dos homens para se beneficiarem.

4 PRÁTICA E INCITAÇÃO À VIOLENCIA SEXUAL CONTRA MULHERES

A cultura do estupro tem raízes desde o início da vida da mulher. Essa cultura começa antes mesmo de nosso sexo ser definido socialmente, está no ideário estrutural de uma sociedade (Macêdo, 2020).

O termo 'cultura do estupro' é corretamente interpretado pelas Organizações das Nações Unidas (ONU) para incluir 'a forma pela qual a sociedade culpa as vítimas de assédio sexual e normaliza o comportamento sexual violento masculino' (ONU, 2018). No mesmo segmento, Georges Vigarello fala da relativização da violência frequentemente sofrida pelo gênero feminino.

As certezas tradicionais confirmam esta análise da aparência das ações tomadas: uma suposta falta de comportamento responsável por parte das mulheres, um questionamento de suas decisões pessoais e privadas. Deve-se dizer que a história do estupro coincide aqui com a história das representações da consciência e a história das representações da feminilidade. Portanto, há outro conjunto de razões que levam à camuflagem da violência sexual: as diferentes formas pelas quais as mulheres são privadas de seu status como sujeitos. (VIGARELLO, 2018, p. 43).

Apesar dos avanços legais, são poucas as ações a fim de promover a destituição da cultura do estupro, uma vez que as mulheres são julgadas responsáveis pelo próprio crime quando seu comportamento, atitudes ou vestimentas destoam daquilo que a sociedade impõe como conduta feminina honrosa, conduta esta pautada, desde os primórdios, no pensamento machista e preconceituoso com o qual as mulheres foram tratadas ainda nas sociedades patriarcais (FARIAS, 2020).

Considerando que a consolidação e a permanência da cultura do estupro no seio social diz respeito ao desdobramento do gênero, do poder e da violência, expondo uma breve conceituação de cada um desses pilares. Iniciando-se com o gênero, pode-se falar em um sistema criado culturalmente, do como uma construção social da identidade sexual dos seres humanos. Muito embora tenha se desenvolvido de maneira maleável durante o deslinde histórico, com ele estratificou-se uma hierarquia: o gênero masculino em patamar superior e o feminino em posição de sujeição (SOUSA, 2017).

Para Sousa (2017, p.13), "é denominado cultura do estupro o conjunto de violências simbólicas que viabilizam a legitimação, a tolerância e o estímulo à violação sexual", apontando as atitudes existentes e naturalizadas como aquela em que, para o esturador, as mulheres dizem não porque são programadas para dizê-lo em nome do

decoro e da educação, mas que, na verdade, querem dizer sim e resta a ele impor isso a elas. Também os homens são educados para a prática sexual sem medidas e as mulheres, para o pudor, trazendo um dissenso entre eles, uma vez que são programados para interesses em contrário.

É importante lembrar a diferença entre o que é compreendido no conceito social e a relação entre a sociedade e o tipo de interação sexual e afetiva proporcionada às mulheres negras, por exemplo. Nesse caso, não se pode negar que elas foram e ainda são vítimas do período escravista brasileiro, que, segundo **Daniela Pinheiro (2015)**, herdou a ideia de que a mulher negra não era sequer considerada um ser humano, daí a atual naturalização dela como um objeto sexual ou como uma mulher 'naturalmente' hipersexualizada. E perceptível a quão reduzida e estereotipada é a sexualidade da mulher, tanto as castas quanto as desviadas socialmente são condicionadas conforme sua classificação sexual.

A construção social da vítima perfeita de estupro parte da ideia de que a castidade feminina, ou o mais próximo disso, é uma questão moral não apenas da mulher que a carrega, como, também, um atestado de bons antecedentes de sua família. Uma mulher com vida sexual intensa e conhecida em seu meio social escandaliza não somente os vizinhos ou conhecidos, mas estende para sua família a má fama da mulher. Seguindo essa linha, se é considerada vítima aquela que honra pela sua reputação, caso contrário, o estupro quando como tal reconhecido, acaba sendo nada mais do que o esperado por um comportamento inapropriado. (SOUSA, 2017).

Da vítima de estupro espera-se não apenas que a vítima resista bravamente às investidas do seu agressor, mas que, também, traga na pele marcas da violência sofrida como prova de sua tentativa de resistência quase heróica. Uma mulher ou menina que resiste e luta fisicamente contra a investida violenta de seu agressor cumpre corretamente o papel de vítima esperado pela sociedade. E, se, por desgraça, ela morrer tentando proteger a honra, então se cumpre completamente o quadro da vítima perfeita, sendo até considerada um exemplo de virtude a ser seguido. (SOUSA, 2017, p.17).

O estupro considerado como a prática da conjunção carnal sob violência física é apenas uma parte das várias modalidades existentes, pois tudo o que viola a vontade deliberada é uma violência; e se alguém não consente em ser tocado, beijado, ou em praticar sexo, está sendo violado em sua intimidade (FARIAS, 2020).

No que diz respeito ao crime de estupro, deve-se observar que, ao longo do tempo, ele sofreu uma série de mudanças em seu tratamento pelo sistema de justiça penal, principalmente devido à influência da cultura, que a cada dia vem se modificando e procura

sob a visão de um Estado Democrático de Direito, tornar mais eficaz a proteção da dignidade humana (BRASIL, 1988, Artigo 1º, III).

A dignidade sexual, sendo um bem jurídico protegido pelo Estado, sofreu mudanças significativas com o advento da Lei nº 12.015 de 2009, que contribuiu para a reforma do direito penal e mudou a nomenclatura do Título VI do Código Penal 'Dos Crimes contra os costumes' para 'Dos Crimes contra a dignidade sexual' (GRECO, 2011).

A expressão crimes contra os costumes já não traduzia a realidade dos bens juridicamente protegidos pelos tipos penais que se encontravam no Título VI do Código Penal. O foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim, a tutela da sua dignidade sexual (GRECO, 2011).

A dignidade sexual é uma das espécies do gênero dignidade da pessoa humana. Ingo Wolfgang Sarlet, dissertando sobre o tema, esclarece ser a dignidade:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

Observa-se que a dignidade sexual só é considerada e protegida como um direito fundamental após um longo período de tempo, o que é uma progressão legislativa bastante tardia, a julgar pelo fato de que a violência sexual é uma das formas mais sérias e antigas de violência baseada no gênero. Antes da reforma penal de 2009, o Artigo 213 do Código Penal estipulava que:

Coagir uma mulher pela força ou ameaça séria de manter relações sexuais carnais", é apontado que a liberdade da mulher de dispor de seu próprio corpo em relação aos atos sexuais está sob a proteção da lei, também é enfatizado que com esta formulação o sujeito passivo do tipo criminoso é correto, uma vez que somente uma mulher pode ser vítima de relações sexuais carnais (GRECO; RASSI, 2010, p. 66).

A classificação do estupro como um crime comum, que pode ser cometido por uma mulher contra um homem ou por um homem contra uma mulher, há muito tempo tem sido objeto de debate. As novas características do novo artigo 213 incluem o fato de que nenhuma capacidade pessoal especial é necessária para a vítima ou o perpetrador e a fusão dos antigos artigos 213 e 214, que agora são tratados como um único artigo e assim se tornam um único delito (GRECO; RASSI, 2010).

Vale ressaltar que ao fundir os dois crimes do artigo 213 e a já notada cultura do estupro, a doutrina majoritária sugere que o crime de estupro é um tipo misto cumulativo, um tipo em que não há intercambialidade de conduta criminal e, portanto, um novo crime é cometido para cada ato cometido pelo perpetrador e a pena imposta é cumulativa. (MIRABETE, 2010).

5 CONCLUSÃO

No final deste estudo, é perceptível o desequilíbrio de gênero estruturado em decorrência da desvalorização da mulher, ainda que amparada pela lei, a cultura do estupro segue sendo perpetuada. Apesar de reafirmarem seu papel social conforme seus direitos aprimorados durante o tempo, ainda se encontram em uma sociedade patriarcal, de cunho machista e misógino.

Ainda há muito no que se pensar para que haja a desconstrução do estupro, pois é necessária toda uma reforma, identificando assim os hábitos há décadas enraizados, tanto na sociedade quanto no meio sistemático onde se busca um parâmetro para justificar o estuprador com base em nas construções sociais. Se faz presente toda uma restrição para a prática sexual quando se trata da mulher, é necessário que a sociedade e a própria mulher, tenha consciência do direito que possui para combater a construção social machista e misógina a ela direcionada, onde se é naturalizado a cultura do estupro.

É um longo processo de desenvolvimento de políticas que sejam capazes de oferecer a proteção devida que se é tutelada, não apenas em teoria, resolvendo assim, os problemas identificados, com a esperança de que futuramente a mulher seja capaz de prevalecer de maneira igualitária, exaltando sua liberdade e dignidade em seu papel de mulher e cidadã na desconstrução da cultura do estupro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcele Juliane Frossard de. **Matriarcado**. infoescola, s.d. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/matriarcado/> Acesso em: 19 de março de 2022.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

BRASIL. **Carta das Nações Unidas**, ONU, 1945.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932**. Institui o Código Civil.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União,

BRASIL. **Lei nº 11.341/2006**. Brasília: Senado, 2006.

BRASIL. **Lei nº 13.104/2015**. Brasília: Senado, 2015.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

CERQUEIRA, Fábio Vergara; SILVA, Maria Aparecida de Oliveira. **Estudos sobre Esparta**. Porto Pelotas: Ufpel, 2019.

DUBY, Georges. **Idade média, idade dos homens**. São Paulo: Schwarcz, 2017.

FARIAS, Neirivane Gama Lobão. Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. 2020. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/86491/cultura-do-estupro-pratica-e-incipitacao-a-violencia-sexual-contra-mulheres> Acesso em: 21 de março de 2022.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2010. p. 66

GUARNIERI, T. H. **Os direitos das mulheres no contexto internacional da criação da ONU (1945) à Conferencia de Beijing (1995)**. Revista Eletrônica da Faculdade

Metodista Granbery, n. 8, 2010. Disponível em:

<http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf>. Acesso em: 19 de março de 2022.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Porto Alegre: L&pm Editores, 2018.

KOLLONTAI, Verinha. **A cultura do estupro da sua origem até a atualidade**. Geledes, 2016. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/cultura-do-estupro-da-sua-origem-ate-atualidade/>> Acesso em: 19 de abril de 2021.

LEITE, Gisele. Os direitos da mulher até hoje. **JusBrasil**. 2017. Disponível em: <https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/573290274/os-direitos-da-mulher-ate-hoje>. Acesso em: 19 de março de 2022.

MACÊDO, Ana Livia. **“Ser mulher é estar sempre em risco”: 95% afirmam ter medo de estupro**. Plone UFPB, 2020. Disponível em: <http://plone.ufpb.br/comu/contents/noticias/201cser-mulher-e-estar-sempre-em-risco201d-95-afirmam-ter-medo-de-ser-estupradas> Acesso em: 10 de abril de 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 398.

MURARO, Rose Marie. **A Mulher no Terceiro Milênio**. 8.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2012.

MURARO, Rose Marie. **Memórias de uma mulher impossível**. 5 ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **As “mulheres essenciais” na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651161>. Acesso em: 26 de março de 2022.

PINHEIRO, Ana Laura Lobato. **Direitos humanos das mulheres**. 2016. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/190327_tema_i_direitos_humanos_das_mulheres.pdf. Acesso em: 26 de março de 2022.

PINHEIRO, Daniela. “Eu era o melhor”. **Revista Piauí**, São Paulo, Ed. 107, ago., 2015.

PRIORE, May Del. **Histórias e conversas de mulher: amor, sexo, casamento e trabalho em mais de 200 anos de história**. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2017.

RICHTER, Josi Birkheuer. O papel da mulher na sociedade. **2017**. Disponível em: <https://richtergruppe.com.br/o-papel-da-mulher-na-sociedade/>. Acesso em 28 de março de 2022.

SANTOS, João Vitor. **Cultura do patriarcado e desigualdades históricas entre os sexos são vetores de uma epidemia de violência contra a mulher. Entrevista especial com Nadine Anflor**. 2019. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/586504-cultura-do-patriarcado-e-desigualdades-historicas-entre-os-sexos-sao-vetores-de-uma-epidemia-de-violencia-contr-a-mulher-entrevista-especial-com-nadine-anflor>. Acesso em: 28 de março de 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, p. 60.

SMITH, William Harcourt. **Divisão de tarefas em comunidades humanas primitivas**. 2020. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/divisao-de-tarefas-em-comunidades-humanas-primitivas/#:~:text=De%20acordo%20com%20a%20interpreta%C3%A7%C3%A3o,Hadza%2C%20que%20vivem%20na%20regi%C3%A3o>. Acesso em: 22 de março de 2022

SOUSA, Renata Floriano de. **Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra as mulheres**. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v.25, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000100009#B7>. Acesso em: 20 março de 2022.

VIGARELLO, Georges. **História do estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018.

LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E HOME OFFICE: O AUMENTO DO TELETRABALHO NA PANDEMIA

BRENDA SILVA SENA:
Acadêmica do curso de
Direito na Universidade
UNIRG. Gurupi/TO¹⁸³.

JOSÉ ALVES MACIEL¹⁸⁴.

(orientador)

Resumo: A pandemia surgida em meados do fim de 2019 impactou severamente não apenas à saúde e a sociedade, mas também o mercado de trabalho, que diante de uma situação excepcional, teve que se adaptar as novas mudanças trazidas por essa doença. Diante desse cenário, o presente trabalho visou analisar as grandes mudanças, o aumento e as adaptações que passaram a existir nas relações trabalhistas em modalidade de *home office*, após a pandemia provocada pela Covid-19. Por conta dessa nova realidade, o teletrabalho se tornou essencial, para não comprometer ainda mais a economia do Brasil. Buscou-se compreender as vantagens e as desvantagens em vertentes Jurídicas enfrentadas pelos empregadores e empregados nesse contexto. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura, baseada em livros, artigos científicos e legislação pertinente ao tema proposto. As bases de dados utilizadas para a coleta de material foram o Google Acadêmico, Scielo, dentre outros, no período de 2019 a 2021. Nos resultados, ficou evidenciado que o *home office* foi a saída para trabalhadores continuarem as atividades em segurança, porém alguns pontos precisam ser analisados, como novas regras da CLT, infraestrutura, equipamentos, horários para que os empregados tenham condições para exercer suas atividades.

Palavras-chave: *Home office*. Telerabalho. Pandemia.

Abstract: The pandemic that emerged in mid-late 2019 severely impacted not only health and society, but also the job market, which, faced with an exceptional situation, had to adapt to the new changes brought about by this disease. Given this scenario, the present work aimed to analyze the great changes, the increase and the adaptations that came to exist in labor relations in the form of home office, after the pandemic caused by Covid-19. Because of this new reality, telecommuting has become essential, so as not to further compromise Brazil's economy. We sought to understand the advantages and disadvantages in legal aspects faced by employers and employees in this context. In terms

183 E-mail: brendassena@hotmail.com.

184 Profº. Me. no curso de Direito na Universidade UNIRG, Gurupi/TO. E-mail: kitamaciel@hotmail.com.

of methodology, it was a literature review, based on books, scientific articles and legislation relevant to the proposed theme. The databases used for the collection of material were Google Scholar, Scielo, among others, in the period from 2019 to 2021. In the results, it was evident that the home office was the way out for workers to continue activities safely, but some points need to be analyzed, such as new CLT rules, infrastructure, equipment, schedules so that employees are able to perform their activities.

Keywords: Home office. Telework. Pandemic.

Sumário: Introdução. 1. Teletrabalho *versus* Home Office: definições. 2. Contextualizando a temática. 2.1 O impacto da pandemia nas relações trabalhistas. 3. O trabalho de Home Office na pandemia. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em fins do ano de 2019 em Wuhan, província de Hubei, China, foi identificado o primeiro caso de covid-19, causada pelo agente etiológico denominado de síndrome respiratória aguda grave coronavírus 2 (SARS-CoV-2), que rapidamente se espalhou por diversos países do mundo, provocando uma pandemia.

Ocorre que diante desse cenário, o mundo se alterou na vivência social, política, econômica e ambiental. Em que pese essas áreas, no Direito, o surgimento da pandemia trouxe mudanças significativas na estruturação do sistema jurídico em todos os âmbitos.

Diante do contexto presente, a escolha desse tema se deu inicialmente por entender que assim como a sociedade se modificou pela pandemia provocada pela Covid-19, o sistema jurídico também se alterou. Para melhor discutir essa questão, escolheu-se a área trabalhista, mais especificamente sobre o trabalho feito na modalidade de *home office*.

O *home office* pode ser caracterizado como o labor desenvolvido em prol da empregadora direto da residência do empregado. A doutrina jurídica tem afirmado que o trabalho em *home office* tem se mostrado a solução mais adequada para o momento de pandemia ao qual se encontra, diminuindo consideravelmente o risco de contágio e a propagação do coronavírus, adequando-se, portanto, à responsabilidade legal da empregadora em zelar pela saúde dos trabalhadores (BRITO; STEINDORFER, 2021).

Frente ao exposto, verificou-se que é de suma importância discutir os efeitos que o trabalho em *home office* traz não apenas na legislação, mas sobretudo, na prática. Com isso, nota-se que é preciso analisar quais os procedimentos a serem observados quanto ao trabalho em home office.

No decorrer da análise desse tema procura-se responder a seguinte indagação: quais os efeitos jurídicos e sociais causados pela pandemia da Covid-19 nas relações trabalhistas em modalidade de *home office*?

Diante desse cenário, o presente trabalho visou analisar as grandes mudanças, o aumento e as adaptações que passaram a existir nas relações trabalhistas em modalidade de *home office*, após a pandemia provocada pela Covid-19. Buscou-se compreender as vantagens e as desvantagens em vertentes Jurídicas enfrentadas pelos empregadores e empregados nesse contexto.

1. TELETRABALHO *VERSUS* HOME OFFICE: DEFINIÇÕES

Antes de adentrar na discussão principal desse estudo, é preciso delimitar determinadas nomenclaturas. Assim, nesse tópico, serão apresentados os principais conceitos a respeito do teletrabalho e de *home office*, que apesar de serem semelhantes, possuem distinções.

De acordo com Zerbini; Zerbini (2020) existem uma emaranhado de terminologias empregadas para aludir ao trabalho quando este é desenvolvido fora dos contextos laborais tradicionais que demandam a presença do trabalhador em uma estrutura física disponibilizada pelas organizações. São exemplos dessas nomenclaturas: *home office*, trabalho à distância, teletrabalho, trabalho remoto, virtual work e telecommuting.

Ocorre que essas terminologias, ainda que se destinam ao mesmo sentido, possuem suas particularidades. Inicialmente, tem-se o teletrabalho. Este, está normatizado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no art. 75-B pelo qual o conceitua como sendo "a prestação de serviços realizada predominantemente fora das dependências da empresa com a utilização de ferramentas de tecnologia da informação e de comunicação" (BRASIL, 1943).

O teletrabalho remete a ideia de distanciamento entre o empregado e a empresa. É também caracterizado pela exclusividade do serviço, comprometimento do profissional com a instituição considerando o contrato de trabalho firmado entre as partes envolvidas. Isto é, o que diferencia o teletrabalho da forma tradicional de prestação de serviços é que o trabalhador não fica restrito ao espaço da empresa e tem a possibilidade de realizar suas atividades em qualquer outro lugar. O teletrabalho também é conhecido por trabalho remoto (LOSEKAN; MOURÃO, 2020).

O Teletrabalho se configura a parte do fato de que o trabalho seja realizado em domicílio, mediante o uso de recursos informáticos e de comunicação. De acordo com Delgado (2017, p. 1.023) o teletrabalho pode ser entendido como o trabalho "prestado ao

menos em parte à distância, fora da sede da organização empresarial, mediante o uso da telemática, com flexibilidade de jornada e ausência de fiscalização direta”.

Cabe destacar que a Medida Provisória nº 1.108/22 alterou o conceito de teletrabalho ao acrescentar que esse tipo de regime pode ser preponderantemente remoto ou não. Neste caso, adentra-se o trabalho híbrido, em que parte do tempo o funcionário poderá realizar suas atividades laborativas em casa e parte se realizará na própria empresa (BRASIL, 2022).

Ao discorrer sobre essa nova mudança no conceito de teletrabalho, Pedroso (2022, p. 01) acentua que essa alteração de conceito, “pode gerar judicialização, porque ficou parecendo um arranjo para evitar controle de jornada. Se o empregador definir em contrato que é teletrabalho, já valerá, mesmo que seja na menor parte do tempo”.

Dentro do âmbito do teletrabalho, encontra-se o *home office*. Ribeiro; Antunes (2021) explicam que o *home office*, historicamente, surgiu na década de 1970 como uma estratégia para reduzir problemas relacionados ao trânsito em decorrência da crise do petróleo, ocupando-se dos novos artifícios tecnológicos que estavam emergindo na época. Posteriormente a esse período, o avanço das tecnologias informáticas e de comunicação, o *home office* deixou de ser apenas utilizado como problemas de trânsito e expandiu para outras áreas, como por exemplo, a do mercado de trabalho.

Em termos conceituais, o *home office* pode ser entendido como a atividade laboral realizada no domicílio do empregado. Rodrigues et al. (2020) explica que essa modalidade é um formato que traz a lógica de trabalho clássica no que tange ao tempo, espaço, distância e cultura, uma vez concede maior flexibilidade ao trabalho.

Para Calcini; Andrade (2020) o *home office* pode ser caracterizado como o labor desenvolvido em prol da empregadora direto da residência do empregado. Logo, o teletrabalho ou trabalho remoto é gênero, ao passo que o *home office* é a espécie. Com base nessa visão, distingui-se que o *home office* é realizado exclusivamente no domicílio, enquanto que o teletrabalho pode ser feito em qualquer ambiente, desde que seja de modo remoto.

Em solo brasileiro, Zerbini; Zerbini (2020) explicam que o *home office* adentrou no Brasil na década de 90, sendo destinado exclusivamente nas organizações privadas. Somente na última década é que o *home office* tem avançado no âmbito público. A sua regulamentação se deu por meio da Lei nº 13.467/2017 pelo qual o definiu como sendo “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” (BRASIL, 2017).

Dessa forma, tanto o teletrabalho quanto o home office estão presentes na legislação trabalhista brasileira. Contudo, na prática, o uso dessas modalidades só ficaram mais evidenciadas quando em meados do fim de 2019 surgiu o coronavírus, denominado de Covid-19 que impactou significativamente a maneira de exercer um trabalho.

A título de exemplo, em uma pesquisa feita pela Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (SOBRATT), em 2018 que abordou 315 empresas nacionais, mostrou que a maioria dessas empresas ainda não exercia o *home office* em suas dinâmicas e processos laborais (RODRIGUES et al. 2020). Esse cenário mudou nos últimos 3 anos, quando a Covid-19 se tornou uma pandemia global, fazendo com que o teletrabalho e o home office ganhassem força e status. A respeito dessa nova realidade, mostra-se os tópicos seguintes.

2. CONTEXTUALIZANDO A TEMÁTICA

Antes de se adentrar no respectivo assunto deste estudo, se faz necessário tecer algumas linhas gerais sobre a pandemia provocada pela Covid-19, uma vez que ela é a causa geradora da situação encontrada atualmente no âmbito trabalhista no que se refere ao trabalho feito na modalidade *home office*.

A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda surgida através do coronavírus SARS-CoV-2. Contém alta taxa de transmissão entre humanos e é uma doença de nível grave. O seu surgimento se deu na cidade Wuhan, província de Hubei, na China em dezembro de 2019, onde fora encontrado em amostras de lavado broncoalveolar conseguidas de pacientes com pneumonia. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Apesar de ser encontrado em muitas espécies de animais, tem-se afirmado que o animal gerador desse vírus são os morcegos, que estavam situados em laboratórios da supracitada província chinesa (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

O modo de transmissão da Covid-19 se dá pelo contato, gotículas ou por aerossol; a saber:

A transmissão por contato é a transmissão da infecção através do contato direto com uma pessoa infectada ou com objetos e superfícies contaminados.

A transmissão por gotículas é a transmissão da infecção por meio da exposição a gotículas respiratórias expelidas, contendo vírus, por uma pessoa infectada quando ela tosse ou espirra.

A transmissão por aerossol é a transmissão da infecção por meio

de gotículas respiratórias menores (aerossóis) contendo vírus e que podem permanecer suspensas no ar, serem levadas por distâncias maiores que 1 metro e por períodos mais longos (geralmente horas).

(MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021)

Os efeitos do Coronavírus são variados, mas os mais comuns são resfriados, febre, tosse e em determinados casos, o surgimento da Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). (ZHANG, 2020).

O fato é que desde que fora propagado ao redor do mundo, a Covid-19 trouxe significativos prejuízos na esfera social, política, cultural, financeira, etc. Pela realidade encontrada e por ainda não ter encontrado a sua cura, entende-se que ainda demorará muito tempo para dimensionar o seu impacto (MEDEIROS, 2020).

O impacto social é o que mais tem sido afetado, uma vez que milhares de cidadãos vem morrendo diariamente em decorrência da Covid-19. Por esse fato, é possível verificar um cenário de calamidade nos centros de saúde, onde se observa hospitais lotados, poucos equipamentos disponíveis, dentre outros problemas. A vacinação nesse âmbito tem sido uma alternativa mais viável para a prevenção da doença (MEDEIROS, 2020).

O impacto da Covid-19 também afetou a rotina diária da sociedade. Nos dias atuais, o que é normal é o uso constante de máscara, a aplicação de álcool em gel, o isolamento e distanciamento entre indivíduos, dentre outras mudanças (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Além dessas mudanças, a pandemia provocada pela Covid-19 impactou significativamente o Direito. Devido a essa pandemia, todo o sistema judiciário teve de sofrer adaptações. Para não causar ainda mais lentidão no andamento de processos e par não ficar inerte diante do atual momento, tem-se usado habitualmente a internet como ferramenta de trabalho. Nesse período, a tecnologia se faz ainda mais necessária.

Discorrendo sobre esse atual cenário global, Cury; Ferreira (2020, p. 01) ressalta que a "urgência do momento indica a necessidade de expandir o acesso online como forma de efetivo acesso à ordem jurídica, considerando que grande parte da população possui meios para utilizar a internet e domina um repertório mínimo de habilidades para lidar com essa ferramenta".

Os supracitados autores ainda acrescentam que a disponibilização de plataformas de videoconferência e demais tecnologias de informação e da comunicação para realização das audiências constitui, sem qualquer dúvida, uma forma direta e eficiente de garantir o acesso à justiça, trazendo flexibilidade de participação, rapidez na solução e redução de

custos, e evitando deslocamentos desnecessários pelos usuários, aspecto primordial neste momento (CURY; FERREIRA, 2020).

Barrocas; Ferreira; Peters-Panko (2020) assinalam que o uso da tecnologia no próprio Judiciário só tem aumentado assim como a confiança das partes no uso da tecnologia. Nesse momento em que se enfrenta o binômio pandemia/quarentena não se trata apenas da melhor solução e sim da única solução.

Na área trabalhista, esse impacto também foi sentido. Como os serviços jurídicos em grande parte foram realizados por meio online, as atividades também o forma. A respeito desse contexto, apresenta-se o tópico seguinte.

2.1 O IMPACTO DA PANDEMIA NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

No tópico anterior, ficou evidente que a Covid-19 é uma doença que mata e que pode contaminar qualquer indivíduo. Devido a sua alta taxa de mortalidade e sua fácil contaminação, as medidas de proteção e prevenção são necessárias. Dentre elas, destacam-se o isolamento e distanciamento social. Ou seja, as pessoas devem se distanciar uma das outras, além de permanecerem isoladas - em preferência nas suas residências.

Nesse cenário alarmante, o impacto da Covid-19 afetou não apenas as relações sociais ou na área da Saúde, mas também no mercado de trabalho. Com o isolamento social, muitos empregados (e também os autônomos) tiveram que se ausentar dos seus postos de trabalho. Por outro lado, as empresas tiveram que buscar medidas de solução para se adaptar a nova realidade.

Losekan; Mourão (2020) afirmam que o trabalho é essencial para a vida humana. Ainda que a vida do homem não seja reduzida a isso, o trabalho representa uma valorização social, uma vez que o indivíduo que possui um trabalho (emprego) é considerado produtivo. Soma-se a isso, a retribuição oferecida pelo trabalho, seja ela subjetiva ou material. Desse modo, quando o âmbito do trabalho sofre um abalo na sua estrutura, diretamente a vida humana também é alterada.

Fato é que, a pandemia do novo coronavírus trouxe uma nova forma de trabalhar. Se antes desse fato, a "adaptação do sujeito ao trabalho já era uma exigência cada vez mais presente, expressa sobretudo no conceito altamente em voga no mundo corporativo de "resiliência", agora se faz ainda mais indispensável adaptar-se a novas condições, por mais inéditas que pareçam" (LOSEKAN; MOURÃO, 2020, p. 01).

Com a Covid-19, o trabalho teve que ser cada vez mais remoto, ou seja, utilizando as ferramentas tecnológicas para poder exercer as suas atividades. As empresas, para não perderem produtividade e consequentemente o lucro, buscaram utilizar os meios digitais como forma de driblar a ausência de seus funcionários.

Como bem acentua Felipe (2018) a tecnologia tem se tornado cada vez mais aliada ao mercado de trabalho, se tornando essencial para que empresas e empreendedores possam não apenas realizar suas atividades laborativas, mas também atender as demandas do mercado. O uso de Smartphones, tablets, computadores e sobretudo, as redes sociais, possibilitaram uma expansão do trabalho presencial.

É notório observar, com o impacto da Covid-19 que as relações de trabalho sofreram um abalo. Para isso, o trabalho exercido de modo remoto fora o que ganhou mais destaque, uma vez que possibilita a continuidade do serviço feito anteriormente de modo presencial. Nesse aspecto, para fins desse estudo, encontra-se o teletrabalho feito como *home office*. Sobre esses institutos, apresenta-se o tópico seguinte.

3. O TRABALHO HOME OFFICE NA PANDEMIA

Conforme expressado no tópico anterior, a Covid-19 provocou uma pandemia global. O isolamento e distanciamento social são as principais medidas implantadas para conter o crescimento do contágio da presente doença. Devido a isso, toda a estruturação jurídica foi modificada. O que antes era presencial, se tornou majoritariamente digital e/ou remoto.

No campo da área trabalhista, conforme conceituado anteriormente, se popularizou o trabalho de *home office*. Mesmo sendo uma prática já realizada há algum tempo, o *home office* está previsto em Lei desde que a Reforma Trabalhista entrou em vigor. De modo geral, o que se tem entendido é que ela é uma modalidade tratada como teletrabalho (AGOSTINI, 2021).

No dia 11 de novembro de 2017 entrou em vigor a lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), que dentre outras significantes mudanças, incluiu em seu Título II da CLT (Das normas gerais de tutela do trabalho) o Capítulo II-A, para consagrar o regime jurídico do teletrabalho no Brasil (MELO, 2021). mesmo não tendo uma lei específica que trate sobre a presente matéria, é consenso na doutrina que a CLT é a principal norma que regula o trabalho realizado pela modalidade de *home office*.

Corroborando com essa afirmativa, Nader (2021, p. 13) aduz que atualmente, não há nenhuma “medida provisória que abra algum tipo de exceção, e ao mesmo tempo o modelo híbrido não é regulamentado. Por isso, a recomendação é seguir a CLT e o consenso consolidado até aqui”.

No entanto, diante da pandemia provocada pela Covid-19, em outubro de 2020, o Ministério Público do Trabalho (MPT) publicou a nota técnica nº 11/2020 com 17 recomendações sobre o *home office* para intensificar a fiscalização das condições dos trabalhadores que permanecerão nesse regime. A lista vai além das exigências da reforma

trabalhista, ao detalhar questões como limitação de jornada, direito à desconexão e preservação da privacidade da família do trabalhador, e está sendo vista como um desincentivo a tornar o modelo permanente para as empresas (MELO, 2021).

Em 2022 essa situação fora alterada, porque entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.108. Essa nova norma trouxe regras mais específicas a esse tema, o que não tinha anteriormente. Primeiramente, como explica Silva (2021) o colaborador que passa a atuar de forma remota, possui os mesmos direitos daqueles que atuam alocados na empresa. Isso inclui salário, 13º, férias, FGTS e outros benefícios, como o auxílio doença, por exemplo.

As novas regras trazidas pela presente MP, possuem o seguinte texto:

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.

§ 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.

§ 2º O empregado submetido ao regime de teletrabalho ou trabalho remoto poderá prestar serviços por jornada ou por produção ou tarefa.

§ 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.

§ 4º O regime de teletrabalho ou trabalho remoto não se confunde e nem se equipara à ocupação de operador de telemarketing ou de teleatendimento.

§ 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.

§ 6º Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho ou trabalho remoto para estagiários e aprendizes.

§ 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.

§ 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.

§ 9º Acordo individual poderá dispor sobre os horários e os meios de comunicação entre empregado e empregador, desde que assegurados os repousos legais." (NR)

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho ou trabalho remoto deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho.

§ 3º O empregador não será responsável pelas despesas resultantes do retorno ao trabalho presencial, na hipótese do empregado optar pela realização do teletrabalho ou trabalho remoto fora da localidade prevista no contrato, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes." (NR)

Art. 75-F. Os empregadores deverão conferir prioridade aos empregados com deficiência e aos empregados e empregadas com filhos ou criança sob guarda judicial até quatro anos de idade na alocação em vagas para atividades que possam ser efetuadas por meio do teletrabalho ou trabalho remoto.

(BRASIL, 2022)

Conforme expressado no texto supracitado, houve uma abertura de regras para definir o funcionamento de *home office* no Brasil. A priori, no que concerne ao controle de jornada - uma das maiores críticas sobre esse assunto - com o novo texto trazido pela MP, o teletrabalho poderá ser executado tanto por jornada quanto por produção, como estiver firmado em contrato. São dispensados do controle horário apenas os trabalhadores que prestam serviço por produção ou tarefa. Para quem cumpre jornada, é preciso que a empresa faça o controle (BRASIL, 2022).

Ao discorrer sobre esse fato, Pedroso (2022, p. 01) afirma que “agora que essa passou a ser a exceção, as empresas que adotaram o home office e, até agora, não faziam controle de jornada precisarão estar mais atentas para que os funcionários cumpram os horários”.

Nesse sentido, por meio do texto da MP há a exceção ao controle somente nas situações onde o acordo é de trabalho sob demanda, sem horários ou rotina fixas. Como consequência, por exemplo, se o empregado conseguir comprovar efetivo trabalho para além das 8 horas diárias e 44 semanais, há chances de ganhar horas extras (PEDROSO, 2022).

Ao explicitar sobre o §5º, Pedroso (2022) explica que essa regra se traduz na prevenção de que ao estar conectado digitalmente no e-mail da empresa ou em outro aplicativo da mesma, garante que o trabalhador está disponível.

Ainda no mesmo texto legal, importante mencionar que a mudança de trabalho presencial para teletrabalho é decidida somente à empresa. Os custos do retorno, contudo, cabem aos funcionários. Ademais, também ficou evidenciado que as empresas terão que dar prioridade, na alocação em vagas para atividades que possam ser remotas, aos empregados com deficiência e também aqueles com filhos (ou outras crianças das quais sejam responsáveis) de até quatro anos de idade (BRASIL, 2022).

Um ponto importante é em relação aos adicionais de periculosidade e de insalubridade, se eles também são encontrados em sede de trabalho home office. A jurisprudência brasileira tem entendido que nesses casos, elas não se aplicam ao teletrabalho. Como exemplo, cita-se o presente julgado:

APELAÇÕES CÍVEIS. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. REJEIÇÃO. SINDICATO DOS MÉDICOS. **SERVIDORES. TELETRABALHO. ADICIONAIS. GRATIFICAÇÕES.** NATUREZA PROPTER LABOREM. TRABALHO PRESENCIAL. SUSPENSÃO DOS PAGAMENTOS. ILEGALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. BAIXO VALOR DA CAUSA. APRECIÇÃO EQUITATIVA. POSSIBILIDADE. 3. Não se vislumbra na legislação disciplinadora do teletrabalho excepcional decorrente da pandemia de COVID-19, a existência de regra específica obrigando a Administração Pública a manter o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, ou a gratificação de movimentação, aos servidores submetidos ao regime de home office. 4. **Ausente autorização legal expressa, não se pode impor à Administração Pública a obrigatoriedade de pagamento de adicionais por condição insalubre, penosa ou gratificação de deslocamento**

para o servidor que exerce o trabalho em sua própria residência no regime excepcional de teletrabalho (home office). 5. É possível arbitrar os honorários sucumbenciais por apreciação equitativa quando presentes os requisitos do art. 85, §8º, do CPC. 6. Recursos conhecidos. Apelo do autor parcialmente provido. Apelo do réu prejudicado. (07005300520218070018 - (0700530-05.2021.8.07.0018 - Res. 65 CNJ). 5º Turma Cível. Relatora: Ana Catarino. Data de Julgamento: 09/02/2022. Publicado no DJE: 14/02/2022). (grifo da autora)

Essa situação acima exposta, mostra que mesmo com a entrada da Medida Provisória nº 1.108/22 ainda há lacunas a serem preenchidas no que concerne sobre o teletrabalho. Desse modo, como bem ressalta Brito; Steindorfer (2021), enquanto uma legislação mais direcionada ao *home office* não vem, as empresas devem negociar diretamente com os seus funcionários os principais detalhes dessa modalidade de trabalho.

No campo prático, desde que fora expandida, a pandemia da Covid-19 representou um impacto no setor laboral. Mais especificamente sobre a adaptação ao home office, alguns estudos já foram publicados a respeito do impacto desse cenário nessa modalidade de trabalho. No trabalho de Filardi et al. (2020), realizado em organizações do setor público no Estado de São Paulo, 29,3% dos 28 gestores afirmaram haver pessoas que não conseguiram adaptar-se ao teletrabalho. Nesse mesmo estudo, quando a saúde mental foi abordada, 7,1% dos respondentes citaram casos de surgimento de problemas de ordem psicológica relacionados ao teletrabalho. Segundo os autores, as desvantagens do teletrabalho estiveram associadas à depressão e à percepção de isolamento social.

No estudo de Haubrich; Froehlich (2020) que destinava em apresentar quais os pontos positivos desse tipo de trabalho, mostrou que a flexibilidade da jornada de trabalho é caracterizada como um fator positivo. Os benefícios da flexibilização são descritos como: contar com tempo para conciliar o trabalho com outras demandas pessoais; ausência de controle dos gestores; despreocupação com vestimenta; melhora da produtividade e aumento do foco.

Por outro lado, no próprio estudo mostrou que as dificuldades pessoais de organizar o próprio tempo podem tornar a flexibilidade um aspecto que reverbera negativamente. Não contar com infraestrutura adequada e falta de treinamento para trabalhar usando equipamentos tecnológicos também foram apontados como problemas (HAUBRICH; FROEHLICH, 2020).

Na pesquisa de Mendes et al. (2020), os resultados mostraram que os trabalhadores que exercem sua atividade laboral na modalidade *home office* podem ao longo do tempo passar por dificuldade de crescimento, de desenvolvimento e de

reconhecimento dentro das organizações, seja pelos próprios colegas ou pela gestão, em decorrência do distanciamento físico. A falta de comunicação imediata e a manutenção de vínculo à distância com outras pessoas da instituição são características desse modelo de trabalho que contribuem transversalmente para essa percepção.

Apenas por esses estudos, fica claro constatar que, mesmo sendo importante no período de pandemia, o teletrabalho pode também trazer problemas para os empregados. Nesse sentido, não é apenas a legislação que precisa ser mais específica às inúmeras situações que emergem nesse contexto, mas também que os empregadores possam ter mais responsabilização em relação aos seus subordinados. O distanciamento social não impede que os “chefes” possam acompanhar não somente o trabalho a ser feito, mas também o desenvolvimento psíquico e psicológico do empregado.

Ademais, esse estudo caminha no entendimento de que o trabalho home office por meio da pandemia trouxe uma nova realidade ao mercado de trabalho, fazendo com que novas leis surjam para que a segurança jurídica seja estabelecida nesse novo cenário. A pandemia apenas adiantou uma realidade cada vez mais presente: a flexibilização da maneira de se trabalhar no mercado cada vez mais tecnológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos problemas advindos da pandemia causada pela Covid-19, com o grande nível de transmissão em um curto período de tempo, empresas de setor público e privado tiveram que se adequar em uma forma de trabalho, o trabalho remoto, de casa, sem contato físico com colegas e clientes; nesse caso está se falando do *home office*.

Com esse contexto, o presente trabalho visou analisar as grandes mudanças, o aumento e as adaptações que passaram a existir nas relações trabalhistas em modalidade de *home office*, após a pandemia provocada pela Covid-19.

Nos resultados encontrados, ficou claro que o *home office* foi a saída para trabalhadores continuarem as atividades em segurança, porém alguns pontos precisam ser analisados, como novas regras da CLT, infraestrutura, equipamentos, horários para que os empregados tenham condições para exercer suas atividades.

De todo modo, o que fica evidenciado é que esse tema ainda precisa ser melhor discutido. Além disso, é de extrema necessidade que se tenha uma lei específica que trate de modo direto o trabalho desenvolvido pela modalidade *home office*, para que eventuais dúvidas sejam sanadas.

No campo prático, para driblar possíveis problemas com essa nova forma de trabalhar no período pandêmico, o trabalhador deve apresentar características como autodisciplina, auto-organização, capacidade de tomada de decisão e gostar de trabalhar

de forma mais particularizada, o que correlaciona aspectos desse modelo de trabalho com a multiplicidade de formas organizacionais presentes na sociedade pós-moderna.

Todavia, problematiza-se que esses elementos não podem ser delegados exclusivamente ao sujeito, cabendo às organizações assumirem suas responsabilidades nas tarefas de gestão do trabalho, gestão da carreira e saúde do trabalhador e da trabalhadora.

Com isso, julga-se importante que as empresas: 1) se adequem ao novo modelo de trabalho, desenvolvendo ações educativas aos diretores e empregados sobre a dinâmica e estruturação do trabalho a ser realizado de modo *home office*; 2) instituíam políticas e práticas que proporcionem o acompanhamento próximo e o treinamento e desenvolvimento de pessoas para o teletrabalho; 3) estejam mais abertas a observarem o desenvolvimento psíquico e psicológico dos empregados no decorrer do tempo.

Com essas medidas, pode-se vislumbrar um efetivo sucesso no exercício da atividade laboral no modo *home office*, seja durante uma pandemia ou numa pós-pandemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Bruna Occhi. **Descubra o que diz a Lei sobre a prática de *home office* nas empresas**. 2021. Disponível em: <<https://blog.ahgora.com/home-office-lei/>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BARROCAS, Carolina; FERREIRA, Daniel Brantes; PETERS-PANKO, Demi. **Solução de conflitos em tempos de pandemia: ODR como experiência de sucesso para solução de conflitos diante do COVID-19**. 2020. Disponível em: <<https://www.direitoprofissional.com/odr-solucao-de-conflitos-covid-19/>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.108 de 25 de março de 2022**. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho,

aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm#art6>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Norma Técnica - GT COVID 19 - 11/2020**. Nota Técnica para a atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa da saúde e demais direitos fundamentais de professoras e professores quanto ao trabalho por meio de plataformas virtuais e/ou em home office durante o período da pandemia da doença infecciosa COVID-19. Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-n-11-2020-trabalho-on-line-de-professores-gt-covid-19-mpt.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BRITO, Alessandra Mizuta de; STEINDORFER, Fabricio. **Repercussões jurídicas do Home Office**. 1º ed. Editora: Thoth, 2021.

CALCINI, Ricardo; ANDRADE, Dino Araújo de. **Home Office e os riscos trabalhistas**. Consultor Jurídico, CONJUR, 2020.

CURY, César; FERREIRA, Claudia. **Pandemia da Covid-19 gera reflexão sobre resolução de conflitos online**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-27/opinioao-covid-19-gera-reflexao-resolucao-conflitos-online>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr. 2017.

FELIPPE, Gabriela de Carvalho. **A internet e as novas tecnologias na relação de trabalho: teletrabalho / home office e a jornada de trabalho**. 2018. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

FILARDI, F., CASTRO, R. M. P.; ZANINI, M. T. F. **Vantagens e desvantagens do teletrabalho na administração pública: análise das experiências do Serpro e da Receita Federal**. Cadernos EBAPE.BR, 18(1),28-46. 2020.

HAUBRICH, D. B.; FROEHLICH, C. **Benefícios e Desafios do Home Office em Empresas de Tecnologia da Informação**. Revista Gestão & Conexões, 9(1),167- 184. 2020.

LOSEKAN, Raquel Gonçalves Caldeira Brant; MOURÃO, Helena Cardoso. **Desafios do teletrabalho na pandemia Covid: 19: quando o home vira office**. Caderno De Administração, 28, 71-75. 2020.

MEDEIROS, Daniel. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19**. 2020. Disponível em:

<<https://saudebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MELO, Luiz Fernando de. **A Regulamentação do Teletrabalho (*home office*) no Brasil, pós Reforma Trabalhista**. E-book, 2021.

MENDES, D. C., HASTENREITER, H. N., FILHO; TELLECHEA, J. **A realidade do trabalho home office na atipicidade pandêmica**. Revista Valore, 5, 160-191. 2020.

NADER, Danielle. **Home office: veja o que mudou nos direitos dos funcionários e das empresas após um ano de pandemia**. 2021. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/noticias/46598/home-office-veja-o-que-mudou-nos-direitos-dos-funcionarios-e-das-empresas-apos-um-ano-de-pandemia/>>. Acesso em: 25 mar. 2022.

OLIVEIRA, Aristeu de; SANTOS, Leandro Carlos. **Manual de prática trabalhista em tempo digital**. 53ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora: JusPodivm, 2021.

OLIVEIRA, Aristeu de; TCHAKERIAN, Guilherme. **Home Office e teletrabalho**. 1º ed. Editora: JusPodivm, 2021.

PEDROSO, Mariana. **Teletrabalho: Entenda a Medida Provisória sobre home office e trabalho híbrido**. 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/361307-28032022>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

RIBEIRO, Manoela Maris; ANTUNES, Marcos Henrique. **Repercussões do home office nos contextos do trabalho e da família: revisão integrativa**. Nova perspect. sist. 2021, vol.30, n.70, pp. 13-28.

RODRIGUES, A. C. A., MOSCON, D. C. B., QUEIROZ, G. C.; SILVA, J. C. **Trabalhadores na pandemia: múltiplas realidades, múltiplos vínculos**. In M. M. Moraes (Org.). Os impactos da pandemia para o trabalhador e suas relações com o trabalho (pp. 1-14). Artmed. 2020.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Manual das audiências trabalhistas: presencial, por videoconferência e telepresencial**. 1º ed. Editora: JusPodivm, 2021.

ZERBINI, T.; ZERBINI, T. **Home office: o papel da ciência, orientações médicas e cuidados com o ambiente**. In F. Queiroga (Org.). *Orientações para o homeoffice durante a pandemia da COVID-19* (pp. 1-8). Artmed. 2020.

A ADOÇÃO POR FAMÍLIAS HOMOPARENTAIS NO BRASIL

VILMÁRIO SOARES LUSTROZA¹⁸⁵

RESUMO: O presente trabalho visa explorar por meio de uma pesquisa bibliográfica a questão do direito à adoção por famílias homoparentais no Brasil. Verificou-se ao longo da pesquisa que, do ponto de vista jurídico, a questão é simples e encontra entravamento apenas na questão político legislativa, e que as soluções se apresentam por meio de instrumentos decorrentes de decisões judiciais que de forma anômala fazem o papel do judiciário tornar-se o do usurpador *in bona partem*. Concluiu-se que o direito à adoção homo parental é abarcado pelos princípios contidos nas convenções sobre direitos humanos, em que pese decorrer do reconhecimento da união estável civil entre casais homoafetivos e não de um direito naturalizado em si. Evidencia-se a necessidade de uma norma dirimir os conflitos, incluindo-se a afirmação pela permanência do Estado democrático de Direito diante de uma situação política polarizada que pode levar a retrocessos, inclusive na situação das liberdades e direitos fundamentais do país no estado em que se encontram após décadas de lutas e conquistas sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção; Famílias homoparentais; União civil estável homo afetiva.

INTRODUÇÃO

A homossexualidade sempre foi um comportamento presente na história da humanidade. A espécie humana se encontra entre aquelas em que a prática inequívoca da relação sexual intergênero se faz presente se não majoritariamente, pelo menos em uma fração significativa percentual, ao ponto de indivíduos homossexuais comporem sempre uma minoria importante em todas as sociedades.

À medida em que as sociedades humanas evoluíram para modelos civilizacionais estatais oligárquicos, abandonando o modo tribal de vida que tinha sua regulação própria, com instituição de rituais xamânicos e tabus, dois fenômenos passaram a se apresentar de maneira generalizada: a divisão sexista do trabalho se transformou em uma colocação da mulher como um indivíduo de segunda categoria na sociedade e a homossexualidade de tolerada e até mesmo vista como algo naturalizado, passou a ser vista como perversão do ponto de vista comportamental e abominação do ponto de vista religioso.

Após todo um périplo de evolução social, da ascensão do cristianismo no ocidente, passando pela revolução iluminista do final do século XVIII e o pós-guerra no final dos anos 1940, particularmente neste ocidente cultural que tem por base a Europa, um Estado do bem estar social que se funda em tese nos direitos humanos passou a ser implementado

185 vilmarioslustroza@unirg.edu.br

na forma de agenda internacionalista, em que dentre várias temáticas tidas até então como controversas, como o aborto, a legalização ou descriminalização das drogas, o divórcio, os direitos e da mulher e – os direitos das populações homossexuais de não serem vítimas de preconceitos exurgiram com uma força política no cenário dos debates.

Em 17 de maio de 1990, uma decisão da OMS (Organização Mundial da Saúde) (Fonte: <https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/ha-21-anos-homossexualismo-deixou-de-ser-considerado-doenca>), retirou o sufixo “ISMO” que indica doença da palavra homossexual. Até a data, homossexualismo era considerado uma doença, e a forma correta a partir de então passou a ser designada de HOMOSSEXUALIDADE, que se refere à condição da opção sexual da pessoa humana.

O movimento político em prol dos direitos das pessoas homossexuais ganhou tanta força que criou um tabu em si mesmo, uma espécie de preconceito reverso. Pesquisas científicas sobre homossexualidade deixaram de ser feitas, mesmo em benefício da própria comunidade que atualmente se denomina em sua multiplicidade interna de LGBTQUIA+. A tal ponto o tema virou tabu que recentemente houve uma séria discussão sobre o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) incluir ou não dados na pesquisa do censo do país sobre a temática (Fonte: <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2022/03/25/mpf-ac-questiona-decisao-do-ibge-de-inserir-dados-sobre-populacao-lgbtqia-em-pesquisa-de-saude-e-nao-no-censo>).

No campo político, no entanto, as populações LGBTQUIA+ focaram em direitos civis com uma luta árdua, mas que obteve sucesso, no Brasil especialmente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 (Fonte: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-05/decisao-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva-faz-10-anos>).

Isto devido ao fato de que o artigo 1723 do CCB em seu *caput* que insere a tratativa da união civil estável define a mesma como uma união intergêneros.

Solução juridicamente efetiva, o reconhecimento de famílias homoparentais por força de decisão interpretativa abre espaço para a adoção homoparental com seus diversos vieses de apresentação na forma.

O conflito se transfere para o campo cultural, educativo, do combate ao preconceito. No presente artigo, de forma exploratória e qualitativa, com base em pesquisa fulcrada em documental e literatura bibliográfica, buscou-se descrever de maneira clara, sintética e objetiva um apanhado da questão da adoção homoparental no país diante das conquistas já alcançadas e dos desafios do porvir.

1 DESENVOLVIMENTO

O Brasil vive um pós-modernismo cultural e político. Desde a revolução colorida de 2013 que culminou com o impedimento da presidente Dilma Rousseff, o país, democrático e sem inflação, vem se transformando em um país com inflação e com tendências políticas neonazistas.

Grupos conservadores emergem de toda a parte da sociedade, das igrejas protestantes e católica, de setores acadêmicos, da justiça, do ministério público, das polícias civil e militar, de todos os espectros das classes sociais e matizes étnicos. Pessoas pretas defendem ideias nazistas, pessoas homossexuais defendem ideias nazistas, judeus defendem ideias nazistas, cristãos defendem ideias nazistas.

Em meio a este paradoxo societário, em reforço à situação delicada destas incongruências, o Brasil avança no campo humanitário conferindo direitos às populações pobres, pretas, mulheres, defendendo as populações diante de ataques sucessivos a seus direitos e protegendo as populações LGBTQUIA+.

Na subdivisão dos tópicos a seguir do presente desenvolvimento, especificamente, serão abordados estes avanços em relação aos direitos das populações LGBTQUIA+ em relação aos seus direitos civis no que tange ao reconhecimento familiar homoparental e a adoção homoparental.

1.2 Família: um direito de todos

Quer seja no que se concebe como Oriente ou Ocidente na atualidade, desde a antiguidade remota, no que tange à concepção familiar, sempre imperou o conceito de legitimidade parental. Imperou também o reconhecimento da união marital como algo pertinente a sexo intergênero.

Curiosamente, porém, a legitimidade familiar não era exclusividade da formação de laços consanguíneos, sendo a adoção uma forma plenamente aceita de laço parental, só revogada a partir do direito medieval, enquanto costume aceito. De faraós egípcios, passando por imperadores romanos até os mongóis, a adoção era algo naturalizado.

Mas no ocidente medieval, por uma conjunção dos direitos canônicos que se sobrepuseram ao direito civil romano, com a necessidade de legitimar as coroas bárbaras que se formavam em novos reinos após a queda do império romano no ocidente, prevaleceu o direito à sucessão com base na consanguinidade, na primogenitura e no patriarcado.

Tal modelo medieval prevaleceu no Brasil até os anos 1970 quando começou a ser contestado pela sociedade, com a busca pelo direito ao divórcio, igualdade de gênero, reconhecimento de filhos na linha sucessória – o que ainda era um problema devido à

questão probante, não havia exames de DNA a época, e tal questão poderia se arrastar sem sucesso por anos a fio nos tribunais.

Munhoz (2020), sobre os filhos havidos fora do casamento, remonta ao decreto 678/92 que recepciona o pacto de San José da Costa Rica no ordenamento pátrio, que em seu artigo 17, por sua vez, protege os direitos dos filhos havidos fora do casamento.

Como a emenda 45 da CF/88 em seu texto prevê também a elevação de *status* dos tratados que o Brasil é signatário a condição de emenda constitucional, todo tratado passa quando recepcionado pelo ordenamento, a ter força de texto constitucional.

A autora ainda fala do histórico da questão no Brasil, quando Império, da admissão do filho natural mediante escritura pública ou testamento (em 1847). O decreto 181 de 1890 tratava da investigação de paternidade, já no advento da república. O Código Civil de 1916 por sua vez trazia em seu bojo muita discriminação, que foi em parte resgatada pelo Código Civil de 2002 que tem foco qualificado em torno da dignidade da pessoa humana.

Até o advento da CF/88, que em seu artigo 227, §6º proíbe qualquer tipo de designação discriminatória em relação à filiação, a lei brasileira era eivada de termos preconceituosos que estigmatizavam a pessoa humana nascida fora de uma relação marital formal heterossexual.

Não se aprofundando na questão, é importante observar que faz parte da luta em que se desdobra tanto o reconhecimento da união homoafetiva quanto da adoção homoparental sob a perspectiva histórica.

O princípio que dá legitimidade e confere por sua vez legalidade a adoção homoparental é, no entanto, efetivamente, o resultado da luta pelo reconhecimento da união estável homoparental.

E neste tocante também é necessário fazer um parêntese, não se tratando apenas da luta pelo reconhecimento da existência de fato de uma família homoparental, mas de toda e qualquer família que fuja ao arquétipo de um casal heterossexual que vive sob a égide de um contrato formal de casamento, muitas vezes referendado culturalmente pela via da cerimônia religiosa.

O que se entendeu é que na sociedade moderna, ultraexplorada pelo capitalismo neoliberal, em que os núcleos familiares são desagregados em função das disrupturas socioeconômicas, em que a disfuncionalidade é uma presença constante na célula *mater* das comunidades, família passa a ser qualquer núcleo de pessoas que convivem juntas, laboram conjuntamente pela sobrevivência, imperando os laços de afinidade sobre os laços de consanguinidade.

Martins (2014) aborda a temática sobre um aspecto particular, o da inépcia legislativa, que leva um suposto confuso ativismo judicial a tentar suprir lacunas que não são de sua alçada. Neste bojo estão a ADI 4277 e a ADPF 132, que, segundo o autor, em apertada síntese interpretativa aqui exposta, atacam o artigo 1723 do CCB, estendendo ao mesmo uma interpretação constitucional que modifica o entendimento sobre o artigo 226, §3º da CF/88, reconhecendo a união estável homoparental e por conseguinte, a mudança da interpretação do artigo 227, §5º, no que tange também à adoção. Seria muito mais correto a mudança do texto do CCB, do que uma decisão da Suprema Corte constitucional do país, não colegiada, acrescente-se de passagem.

Em linhas introdutórias de trabalho monográfico sobre a questão da união estável homoafetiva, Parreira (2010) coloca que:

A entidade familiar é a célula mater da sociedade por ser o núcleo onde os indivíduos desenvolvem sua personalidade e, portanto, recebe do Estado proteção especial. A sociedade sofreu inúmeras transformações ao longo dos séculos, que refletiram sobremaneira no Direito e, especialmente, no Direito de Família. As transformações ocorreram, sobretudo, nos papéis desempenhados por cada membro da família e na forma de constituição do núcleo familiar. Com o fenômeno da constitucionalização do Direito de Família e a adoção do princípio da pluralidade familiar, a família matrimonial perdeu o status de família legítima e outras espécies de família foram admitidas pelo ordenamento jurídico, passando a gozar da proteção especial que o Estado lhes confere. Mas, devido ao dinamismo das relações sociais, que muitas vezes o Direito não consegue acompanhar na mesma velocidade, outras formas de família surgiram e têm batido às portas do Judiciário em busca de proteção aos seus direitos. Tem crescido na sociedade brasileira - e não somente nesta - um novo modelo de entidade familiar: famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo. Entretanto, essas famílias ainda sofrem com o preconceito e a intolerância e são marginalizadas por grande parte da sociedade, inclusive pelo próprio direito de família que, à semelhança do disposto na Carta Magna, não as contempla entre os tipos de entidades familiares constitucionalmente reconhecidas. Questiona-se se o rol trazido pela Constituição Federal é *numerus clausus* ou meramente exemplificativo. Ao analisarmos as disposições constitucionais juntamente com os princípios fundamentais que nela se encontram, chegaremos à conclusão que, para efetivar-se a dignidade humana é necessário garantir a todos a liberdade de conviver em comunhão de vida com quem desejar e

assim ter condições de buscar a tão almejada felicidade. (PARREIRA, 2010 – p8/9).

Por mais que se questione, o indivíduo conservador racional, tem de reconhecer o contido no último trecho colacionado acima: um direito à felicidade que não necessariamente é igual a um conceito singular próprio. É isto que as cortes superiores no Brasil de forma questionável e torta na forma têm buscado pacificar na prática. O direito de ter reconhecido o seu meio próprio de vivenciar uma experiência familiar salvadora, edificante em seu objeto primeiro, independente de sua composição.

A autora, no segundo capítulo de sua monografia, (PARREIRA, 2010 – p16/32) elenca os princípios envolvidos, constitucionais, da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de Direito, da igualdade, da não discriminação, e, destaca-se, do afeto como fundamento das relações familiares e do Direito a felicidade.

O Direito à felicidade é presente na carta magna norte-americana e foi muito criticado quando o então senador Cristovão Buarque tentou inserir o mesmo na constituição brasileira. Mas é um direito que existe e é, em essência, a soma de toda evolução humana, se uma relação homoafetiva faz dois seres humanos felizes, e para completar esta relação o casal buscar cuidar e educar uma criança, então este direito deve ser preconizado e defendido.

Lopes *et al* (2013) resumem a questão com a seguinte abordagem:

Vê-se que, paralelamente ao casamento contrapõe-se a união livre, que também gera efeitos jurídicos. A família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta e, a partir daí, surge a problemática da união conjugal sem casamento. Alguns ordenamentos jurídicos, como o brasileiro, já reconhecem como entidade familiar o relacionamento decorrente da união estável; em outros, a legislação já reconheceu e concedeu certos direitos aos conviventes sem, no entanto, reconhecer como família a relação estável, pública e duradoura entre homem mulher que vivem como se casados fossem. Entende-se que a referida transformação vem ocorrendo em decorrência das mudanças comportamentais vivenciadas pela sociedade, que terminam por refletir, no direito, novas ideias e concepções. Ocorre que a sociedade ainda mantém uma postura discriminatória nas questões da homossexualidade, apesar de se proclamar defensora da igualdade e, em virtude deste preconceito, tenta-se excluir a homossexualidade do mundo do direito. A base do sistema jurídico brasileiro, bem como

o português, é o respeito à dignidade humana, à liberdade e à igualdade. Sendo todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclui-se, obviamente, a orientação sexual que se optar. Destarte, a homossexualidade merece a tutela jurídica. (LOPES *et al*, 2013 – p3).

Para pontuar a citação acima em consonância com a temática ora abordada, é preciso alcançar uma dimensão para além da questão dos direitos civis dos homossexuais, da união estável homoafetiva. Do que se está falando afinal? O que se busca? O que se pretende?

É preciso explicitar que a luta contra o preconceito, a luta por direitos dos homossexuais, é uma luta por dignidade humana, que afeta a todos. Afeta outros direitos inclusive, de outros segmentos sociais, de outras minorias. Não se pode dar a um e não se dar a outro os benefícios da humanidade. Mas há algo mais.

A sociedade mundial que se vive na atualidade é baseada no regramento jurídico. Se por um lado há a submissão a tutela do Estado, por outro é esta mesma tutela que nos assegura os direitos. Da união estável homoafetiva, decorre uma série de consequências jurídicas, direito a pensões, direito a sucessão, obrigações como prestação de alimentos – e, é do reconhecimento dessa união, feito jurisprudencialmente até a presente data, que decorre também o direito de adotar.

É o que diz o trecho anterior colacionado em sua chave assertiva final: sendo humano, o indivíduo homossexual está sob a tutela jurídica humana. A condição humana antecede a opção sexual. Negar os direitos e deveres, a existência destes direitos e deveres em função da opção sexual da pessoa é a negação da própria dignidade.

É isto, não é só a união estável homossexual, é toda a cadeia de direitos e deveres que decorre do reconhecimento de uma situação de fato, que pode até contrariar a moral de uma maioria, mas sob a lógica da ética pura, não configura um malefício. É uma situação humana, nada novidadeira, nada incomum para a qual não há razão efetiva de repúdio. O repúdio, e isto já é assentado no pensar jurídico, volta suas baterias para o preconceito, para a indignidade humana.

Vista a questão conforme o prometido, de maneira mais clara, objetiva e sucinta, ou seja, a solução que há para o momento que assegura o reconhecimento da união estável homoafetiva, como base de direitos de uma parcela da população que é alvo de extremo preconceito na sociedade brasileira, aborda-se no tópico a seguir, o direito decorrente de adoção homoparental.

1.3 O direito de exercer o amor humano pelos filhos

Amor, afeto, qualquer nome que se dê ao sentimento bom que um ser humano desenvolve em relação a outros seres humanos – este conceito internalizado que a academia não consegue definir em palavras e que os poetas se esforçam estoicamente em colocar em versos vãos – é, de alguma forma até mesmo em algumas outras espécies, o que define e encanta a vida.

O amor por uma pessoa com quem compartilhamos a vida, o amor pelos amigos, pelos vizinhos, parentes, o amor pela alegria e, sobretudo, o amor que se tem pelos filhos, é, de uma forma inexplicável o que pode posicionar a humanidade da melhor maneira em relação ao universo ou criação, como se queira designar o mundo em que vivemos.

Muitas pessoas movidas pela misantropia ou até mesmo pelo excessivo amor à humanidade, abdicam de ter filhos, de cuidar de outra pessoa, de exercer o papel de educar um ser humano pequeno frágil. Outras têm esta responsabilidade e não a exercem, tornando-se mães e pais lenientes, ausentes.

Ser pai e mãe deveria ser uma escolha consciente para a qual todos deveriam se preparar. Mas é também um direito. A ideia evolutiva moderna, atual, põe este direito no campo do amor, do afeto. O afeto é a base do direito moderno, se converteu em um princípio que se sobrepõe ao costume, as tradições e a consanguinidade.

Privar um casal homoafetivo desta experiência é uma crueldade que contraria todos os princípios por sua vez da dignidade humana.

Machin (2016) em artigo relatando estudo de caso, fala da questão da construção desta família homoparental e das terminologias que vêm sendo construídas para designar esta situação que finalmente encontra-se reconhecida pela justiça brasileira. A autora relata em linhas conclusivas que:

As narrativas revelam que a adoção legal prevalece como escolha baseada na importância do reconhecimento legal das famílias e do bem-estar da criança acolhida. Manifestam igualmente receio de que a opção por outros arranjos utilizados para viabilizar a chegada de um filho possa criar vulnerabilidades para o casal e a criança, por temerem que a força dos laços biológicos se sobreponha ao vínculo social ou dispositivo legal. No discurso dos casais sobressai a percepção da adoção como um compromisso social. Nesse sentido, é importante destacar que os casais (gays e lésbicas) entrevistados buscam crianças para adoção fora dos perfis mais demandados no país, demonstrando maior abertura pela acolhida de crianças com perfil fenotípico distintos dos integrantes do casal (em particular, quanto à etnia/raça), portadoras de necessidades especiais ou com

problemas de saúde. Esta situação guarda correspondência com a literatura internacional sobre tema. (MACHIN, 2016 – p9).

Não apenas, pois, os casais homossexuais buscam na adoção uma forma menos controversa de realizar seu desejo quanto a ter filhos, como também tem a ideia de que o ato é um manifesto social, na medida em que aceitam criar crianças que costumam ser rejeitadas por casais heterossexuais. Embora estudos neste sentido sejam muito delicados e raros, a autora afirma que os resultados obtidos estão em consonância com outras pesquisas relatadas no mundo todo, revelando assim um perfil padronizado da questão.

Uma questão que se denotou na literatura é que é muito mais fácil a um homossexual solteiro adotar uma criança, a família homoafetiva monoparental, poder-se-ia classificar assim. O ECA em seu artigo 42, §2º preconiza para a adoção de casal, a formalização do casamento ou da união estável, no que foi discutido no tópico anterior a importância das decisões judiciais no sentido deste reconhecimento, ao menos da união estável, para casais homossexuais.

Silva *et al* (2017), por sua vez, sobre a questão do enfoque no termo homoparentalidade se manifesta neste sentido:

O uso do referido termo traz em seu cerne vários questionamentos, pois coloca em evidência a “orientação sexual” dos pais, onde é diretamente associada ao cuidado dos filhos no exercício da parentalidade. Essa forte associação referente a orientação sexual dos pais e cuidado com os filhos é o que as pesquisas científicas sobre a homoparentalidade se propõem a desmistificar, revelando que homens e mulheres homossexuais podem ser ou não bons pais, assim como homens e mulheres heterossexuais e que a “boa parentalidade” não depende da orientação sexual e sim da qualidade estabelecida no relacionamento com os filhos, bem como na capacidade relacionada ao cuidado e construção do vínculo no núcleo familiar.(Silva *et al*, 2017 – p2).

Em comentário interpretativo, o que se observa no trecho colacionado da parte dos autores, é a antecipação de uma discussão. Enquanto se busca uma terminologia para qualificar o momento, este em que o direito de homossexuais de adotarem filhos encontra-se literalmente dependurado em uma decisão da suprema corte brasileira – algo que pode muito bem mudar em um horizonte próximo se houver um acirramento da polarização política com uma guindada definitiva para um regime ditatorial, também se discute um futuro em que a adoção será normalizada sem mais esta distinção em se tratando de casais homossexuais ou heterossexuais, que, afinal, como o próprio texto expõe, podem ou não ser bons ou maus pais/e/ou/mães, em ambas as situações.

Os autores ainda mencionam conclusivamente que a lei 12.010/2009, a lei específica sobre adoção acaba revogando e implementando inovações que antes eram atribuídas única e exclusivamente ao ECA, mas, na prática, o artigo 42, §2º da referida lei remete apenas ao *caput* do artigo 1723 do CCB e retorna-se mais uma vez ao dilema da situação sob *judice*, sem que o poder legislativo no Brasil ouse cumprir aquilo que nada mais é do que uma obrigação ética.

Não se aprofunda, porém o debate, no sentido de dar voz às dissonâncias, que existem, mas que por serem tão abjetas diante de uma situação clara, se tornaria uma razão de cizânia ao semear a dúvida onde, não que não exista, mas onde não pode existir.

A síntese é direta. O direito de adoção por parte de casais homossexuais é algo que necessita ser ultrapassado no debate social e normalizado. A orientação sexual não é motivo de funcionalidade ou disfuncionalidade familiar. A regulação normativa porvir da questão de forma mais clara não só abrem novas oportunidades a adoção, como possibilita de acordo com o estudo uma probabilidade maior de crianças e adolescentes excluídos terem a oportunidade do afeto do convívio familiar.

Embora expresse opinião, o que não é bem quisto no texto acadêmico, não há como não lamentar o fato de que a justiça tem sido feita não com base na lei, mas em decisão judicial cujo parâmetro não é o direito universal a adoção, mas o reconhecimento da união estável homo afetiva.

Os últimos autores em comentário (SILVA *et al*– 2017) em seu trabalho ainda afirmam que a questão pertinente que pende na razão política ainda é o preconceito. O caminho da vitória política definitiva sobre a questão encontra-se, portanto, alicerçada na luta contra o preconceito.

CONCLUSÃO

Embora traduzida em uma questão dilemática, calcada na covardia das autoridades e na ignorância da população, a questão da adoção homoparental se consolida praticamente na esfera do possível no campo da justiça.

Hermeneuticamente, a questão é de uma simplicidade sorrateira. Os dispositivos legais para adoção, quer seja o CCB, o ECA e a lei 12.010/2009 quando da adoção por pessoas que formam um casal, exigem o reconhecimento de união estável do ponto de vista civil ou casamento formal (que ainda só é admitido na forma intergênero).

A interpretação que o STF dá ao texto constitucional e que se sobrepõe a legislação ordinária e especial tem seu peso em plena vigência, mas até quando?

Não só a união estável civil entre homossexuais deve continuar sendo reconhecida, com aprimoramento da lei, como o próprio instituto do casamento deve ser revisto, afinal, em que pese à liberdade de culto religioso, o direito a igualdade, o princípio da igualdade em face da lei também deve ser respeitado.

A adoção por parte de famílias homoparentais não pode depender mais de toscas construções doutrinárias e jurisprudenciais, e não deveria sequer depender do reconhecimento também precarizado de uma relação afetiva entre pessoas do mesmo sexo. As relações afetivas são fatos e fatos têm consequências jurídicas e, portanto; são também fatos jurídicos.

Em sendo fatos jurídicos corriqueiros têm de ser abraçados pela norma de maneira franca e valente, a não depender disto ou daquilo, daquele ou deste juiz de direito, ou promotor de justiça. O direito que decorre do fato também expressa um valor a ser respeitado mesmo que em contraposição a supostos valores de uma maioria opressora.

REFERÊNCIAS

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

Brasil. Código Civil (2002). Código civil brasileiro e legislação correlata. – 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

Brasil. Lei da Adoção. Lei 12.010/2009. Disponível em <<https://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/818490/lei-12010-09>>. Acesso em 28/03/2022.

Estatuto da criança e do adolescente. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

LOPES, Marcelo Leandro Pereira *et al.* UNIÃO ESTÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO E

PORTUGUÊS: O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADE FAMILIAR. RIDB, Ano 2 (2013), nº 10. Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/10/2013_10_11011_11045.pdf>. Acesso em 27/03/2022.

MACHIN, Rosana. Homoparentalidade e adoção: (re) afirmando seu lugar como família. Psicologia & Sociedade. São Paulo:2016. Disponível em

<<https://www.scielo.br/j/psoc/a/MCcMf88RtYyFp84cZVsTrtb/?format=pdf&lang=pt.>>. Acesso em 28/03/2022.

MARTINS, Leonardo. RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. Direito. UnB, janeiro – junho de 2014, v. 01, n.01. Disponível em <file:///C:/Users/Vitor/Downloads/721-reconhecimento-da-uniao-estavel-homoafetiva-como-direito-fundamental-pela-justica-constitucional.pdf>. Acesso em 27/03/2022.

MUNHOZ, Tatiana Cristina. O Direito do filho havido fora do casamento. 2020. Disponível em <<https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/o-direito-do-filho-havido-fora-do-casamento/28484>>. Acesso em 27/03/2022.

PARREIRA, Nathalia Campachi. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. Araçatuba, SP:2010. Disponível em <<https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/1707/3/Nathalia%20Campachi%20Parreira.pdf>>. Acesso em 27/03/2022.

SILVA, Joelson Alves da *et al.* Homoparentalidade no Contexto da Adoção e das Práticas Parentais: Uma Revisão Sistemática. Pensando Famílias. 2017. Disponível em <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/penf/v21n2/v21n2a06.pdf>>. Acesso em 28/03/2022.

CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

FELIPE DE ANDRADE SÁ: Advogado da União da Advocacia-Geral da União (AGU), Consultor-Geral Substituto da Consultoria Jurídica da União no Estado do Acre, com atuação na Consultoria Jurídica da União Especializada Virtual (e/CJU) de Serviços com Dedicção Exclusiva de Mão de Obra.186

RESUMO: Propósito – O presente artigo tem por objetivo a análise das principais questões envolvidas em processos administrativos licitatórios para contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação na Administração Pública Federal, o que abrange um estudo sobre a sistemática peculiar de remuneração por “Real por metro quadrado” e conclusão sobre as principais dúvidas surgidas na instrução processual por partes dos gestores públicos. Por fim, propõe-se tabelas-padrão a serem utilizadas pelos órgãos licitantes em seus Termos de Referência. **Metodologia** – A metodologia adotada é a revisão doutrinária do tema, visando a apontar os fundamentos legais, normativos e jurisprudenciais da contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação, a fim de analisar as principais dificuldades encontradas na instrução processual do processo licitatório e propor soluções práticas aos gestores públicos. **Resultados** – O estudo destrincha as nuances contidas nos processos licitatórios para contratação de serviços de limpeza e conservação, o que compreende uma interpretação sistemática e teleológica dos atos normativos aplicáveis ao tema, a exemplo da Lei nº 8.666/93, da Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, da Instrução Normativa nº 73/2020 do Ministério da Economia, entre outros, resultando em posicionamentos para o saneamento das principais dúvidas jurídicas surgidas nos gestores públicos responsáveis pela instrução processual. **Implicações Práticas** – A provável facilitação da instrução processual de procedimentos licitatórios para contratações de serviços de limpeza e conservação em órgãos federais, maior efetividade da atuação dos servidores públicos responsáveis pelo andamento dos processos e economicidade para a Administração Pública Federal.

Palavras-Chave: Licitação. Serviços de limpeza e conservação. Produtividade. Critério de remuneração. Periodicidade, turnos e jornadas de trabalho. Gestão e fiscalização contratuais.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. DEFINIÇÃO DO OBJETO. DOS REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO. Conceitos e

delimitação do tema. Critério de remuneração na contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação. Periodicidade, turnos e jornadas de trabalho. Do número de funcionários necessários para prestação do serviço. Produtividades – faixas e índice referencial. Planilha de Custos e Formação de Preços. Serviços de jardinagem. CADERNOS TÉCNICOS E VALORES LIMITES. PESQUISA DE PREÇOS. INSUMOS DIVERSOS. Gestão e fiscalização contratuais – verificação da quantidade e qualidade dos materiais utilizados mensalmente pela contratada. PROPOSTA DE TABELAS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivos apresentar os principais aspectos da contratação dos serviços de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, expor os principais problemas e dúvidas surgidos durante a instrução do processo licitatório e, por meio de uma interpretação sistemática, analógica e teleológica dos atos normativos vigentes, propor soluções jurídicas e práticas para o saneamento deles.

Para se atingir esses objetivos, aborda-se diversos assuntos que envolvem a Contratação de Serviços de Limpeza e Conservação, tais como:

- definição do objeto e os principais conceitos dos institutos aplicáveis ao tema;
- características básicas das áreas de limpeza e suas produtividades específicas definidas nos normativos do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão;
- aspectos importantes do projeto básico/termo de referência dos serviços de limpeza e conservação;
- critério de remuneração pela unidade de medida Real por metro quadrado;
- explanação sobre a periodicidade, os turnos e as jornadas de trabalho na prestação dos serviços;
- modo de fixação do número de funcionários necessários para prestação dos serviços;
- peculiaridades na elaboração da pesquisa de preços de serviços de limpeza e conservação;
- gestão e fiscalização contratuais;

Por fim, propõe-se aos gestores públicos federais a utilização de três tabelas-padrão nos Termos de Referência para contratação de serviços de limpeza e conservação, com o fim

de facilitar a compreensão do tema e reunir todas as informações necessárias que devem estar contidas no referido documento.

Espera-se que este estudo seja para os gestores uma ferramenta importante de consulta sobre os aspectos relevantes na contratação dos serviços de limpeza e conservação no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

DEFINIÇÃO DO OBJETO

Considera-se prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação predial as atividades que visam a obter as condições adequadas de salubridade e higiene, com o fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos em conformidade com os requisitos e condições previamente estabelecidos no termo de referência e/ou projeto básico.

Para a execução dos serviços de limpeza são necessários alguns profissionais com habilidades e requisitos específicos, tais como faxineiros ou serventes, limpadores de vidros etc.

De acordo com a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho e Emprego, temos os seguintes profissionais e suas atividades específicas:

Código	Título	Descrição sumária
5143-05	Limpador de vidros Cordeiro – limpeza de vidros, Lavador de fachadas, Lavador de vidros, Limpador de janelas	Executam serviços de manutenção elétrica, mecânica, hidráulica, carpintaria e alvenaria, substituindo, trocando, limpando, reparando e instalando peças, componentes e equipamentos. Conservam vidros e fachadas, limpam recintos e acessórios e tratam de piscinas. Trabalham seguindo normas de segurança, higiene, qualidade e proteção ao meio ambiente.
5143-15	Limpador de fachadas Conservador de fachadas, Cordista, Limpador de fachadas com jato, Operador de balancim	
5143-20	Faxineiro Auxiliar de limpeza, Servente de limpeza	

DOS REQUISITOS PARA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO

Conceitos e delimitação do tema

Segundo o item 1 do Anexo VI-B da IN 05/2017, deverão constar do Projeto Básico na contratação de serviços de limpeza e conservação, além dos demais requisitos dispostos na Instrução Normativa:

- a) áreas internas, áreas externas, esquadrias externas, fachadas envidraçadas e áreas hospitalares e assemelhadas, classificadas segundo as características dos serviços a serem executados, periodicidade, turnos e jornada de trabalho necessários etc;
- b) produtividade mínima a ser considerada para cada categoria profissional envolvida, expressa em termos de área física por jornada de trabalho ou relação de serventes por encarregado;
- c) exigências de sustentabilidade ambiental na execução do serviço, conforme o disposto no Caderno de Logística; e
- d) faixa referencial de produtividade, delimitando o intervalo no qual será dispensada a necessidade de comprovação de exequibilidade.

No Termo de Referência ou Projeto Básico o órgão contratante deverá destrinchar as áreas que serão limpas, de acordo com suas características. O detalhamento das áreas está contido no item 3 do Anexo VI-B, no qual também constam as faixas de produtividade por servente em jornada de oito horas diárias.

Consideram-se **áreas internas** aquelas áreas edificadas integrantes do imóvel:

3.1. Áreas Internas:

- a) Pisos acarpetados: 800 m² a 1200 m²;

Características – aquelas áreas revestidas de forração ou carpete. Considera-se carpete um tipo específico de tapete que reveste o piso.

- b) Pisos frios: 800 m² a 1200 m²;

Características – aquelas constituídas/revestidas de paviflex, cerâmica, mármore, marmorite, porcelanato, plurigoma, madeira, inclusive sanitários.

- c) Laboratórios: 360 m² a 450 m²;

Características – aquelas destinadas exclusivamente para atividades de pesquisa e/ou análises laboratoriais

d) Almoxxarifados/galpões: 1500 m² a 2500 m²;

Características – aquelas utilizadas para depósitos/estoque/guarda de materiais diversos.

e) Oficinas: 1200 m² a 1800 m²;

Características – aquelas destinadas a executar serviços de reparos, manutenção de máquinas, equipamentos, materiais, etc.

f) Áreas com espaços livres - saguão, hall e salão: 1000 m² a 1500 m²; e

Características – compreendem as áreas como saguão, hall e salão, revestidos com

pisos ou acarpetados.

g) Banheiros: 200 m² a 300 m².

Já **áreas externas** são aquelas áreas não edificadas, mas integrante do imóvel (item 5 do Anexo VI-B):

3.2. Áreas Externas:

a) Pisos pavimentados adjacentes/contíguos às edificações: 1800 m² a 2700 m²;

Características – aquelas áreas circundantes aos prédios administrativos revestidas de cimento, lajota, cerâmica, etc. revestidas de forração ou carpete.

b) Varrição de passeios e arruamentos: 6000 m² a 9000 m²;

Características – aquelas destinadas a estacionamentos (inclusive garagens cobertas), passeios, alamedas, arruamento e demais áreas circunscritas nas dependências do contratante.

c) Pátios e áreas verdes com alta frequência: 1800 m² a 2700 m²;

Características – áreas externas nas dependências do contratante que necessitam de limpeza semanal. Considera-se alta frequência aquela em que a limpeza ocorrerá uma vez por semana

d) Pátios e áreas verdes com média frequência: 1800 m² a 2700 m²;

Características – áreas externas nas dependências do contratante que necessitam de limpeza quinzenal. Considera-se média frequência aquela em que a limpeza ocorrerá uma vez por quinzena.

e) Pátios e áreas verdes com baixa frequência: 1800 m² a 2700 m²; e

Características – áreas externas nas dependências do contratante que necessitam de limpeza mensal. Considera-se média frequência aquela em que a limpeza ocorrerá uma vez por mês.

f) coleta de detritos em pátios e áreas verdes com frequência diária: 100.000 m

Características – áreas externas com e sem pavimentos, pedregulhos, jardins e gramados.

Por sua vez, consideram-se **esquadrias externas** aquelas áreas compostas de vidros. As esquadrias compõem-se de face interna e externa sem ou com exposição à situação de risco. Nesta, para execução dos serviços de limpeza, é necessário a utilização de equipamento especial, tais como balancins manuais ou mecânicos, ou andaimes:

2.3.3. Esquadrias Externas:

a) face externa com exposição a situação de risco: 130 m² a 160 m²;

b) face externa sem exposição a situação de risco: 300 m² a 380 m²; e

c) face interna: 300 m² a 380 m².

Reputa-se limpeza de **fachadas envidraçadas**, externamente, somente aquelas cujo acesso para limpeza exija equipamento especial, cabendo ao dirigente do órgão/entidade decidir quanto a oportunidade e conveniência desta contratação (item 6 do Anexo VI-B):

3.4. Fachadas Envidraçadas: 130 m² a 160 m², observada a periodicidade prevista no Projeto Básico; e

Por fim, temos as **áreas hospitalares**, as quais serão divididas em administrativas e médico-hospitalares, devendo as últimas reportarem-se aos ambientes cirúrgicos, enfermarias, ambulatórios, laboratórios, farmácias e outros que requeiram assepsia similar para execução dos serviços de limpeza e conservação (item 7 do Anexo VI-B):

3.5. Áreas Hospitalares e assemelhadas: 360 m² a 450 m².

Para cada tipo de área física deverá ser apresentado pelas proponentes o respectivo preço mensal unitário por metro quadrado, calculado com base na Planilha de Custo e Formação de Preços.

Critério de remuneração na contratação de serviços de limpeza, asseio e conservação

Ao tratar sobre o modelo de gestão do contrato e os critérios de medição e pagamento, a IN 05/2017 disciplina em seu anexo V:

2.6. Modelo de gestão do contrato e critérios de medição e pagamento:

d.1. estabelecer a **unidade de medida** adequada para o tipo de serviço a ser contratado, de forma que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada e elimine a possibilidade de remunerar as empresas com base na quantidade de horas de serviço ou por postos de trabalho, observando que:

d.1.1. **excepcionalmente** poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por quantidade de horas de serviço, devendo ser definido o método de cálculo para quantidade, qualificação da mão de obra e tipos de serviços sob demanda, bem como para manutenção preventiva, se for o caso;

d.1.2. **excepcionalmente** poderá ser adotado critério de remuneração da contratada por postos de trabalho, devendo ser definido o método de cálculo para quantidades e tipos de postos necessários à contratação;

d.1.3. na adoção da unidade de medida por postos de trabalho ou horas de serviço, admite-se a flexibilização da execução da atividade ao longo do horário de expediente, vedando-se a realização de horas extras ou pagamento de adicionais não previstos nem estimados originariamente no ato convocatório.

d.2. estabelecer a **produtividade de referência** ou os critérios de adequação do serviço à qualidade esperada, de acordo com a **unidade de medida adotada para a execução do objeto, sendo expressa pelo quantitativo físico** do serviço ou por outros mecanismos capazes de aferir a qualidade, seguindo-se, entre outros, os parâmetros indicados nos Cadernos de Logística;

Ou seja, apenas excepcionalmente é permitido ao órgão contratar serviços terceirizados adotando-se o critério de remuneração por postos de trabalho.

Entretanto, em relação aos serviços de limpeza e conservação, o Anexo VI-B da IN 05/2017 não parece conceder margem de discricionariedade ao gestor do órgão

contratante, pois o obriga a contratar os referidos serviços com "base na área física a ser limpa, estabelecendo-se uma estimativa do custo por metro quadrado (...)". Senão vejamos:

1. Deverão constar do Projeto Básico na contratação de serviços de limpeza e conservação, além dos demais requisitos dispostos nesta Instrução Normativa:

b) produtividade mínima a ser considerada para cada categoria profissional envolvida, expressa em termos **de área física por jornada de trabalho** ou relação de serventes por encarregado;

d) **faixa referencial de produtividade**, delimitando o intervalo no qual será dispensada a necessidade de comprovação de exequibilidade.

2. Os serviços serão contratados com **base na área física a ser limpa**, estabelecendo-se uma estimativa do **custo por metro quadrado**, observadas a peculiaridade, a produtividade, a periodicidade e a frequência de cada tipo de serviço e das condições do local objeto da contratação.

2.1. Os órgãos e entidades deverão utilizar as experiências e os parâmetros aferidos e resultantes de seus contratos anteriores para definir as produtividades da mão de obra, em face das características das áreas a serem limpas, buscando sempre fatores econômicos favoráveis à Administração Pública.

(...)

12. Para cada tipo de **área física deverá ser apresentado pelas proponentes o respectivo Preço Mensal Unitário por Metro Quadrado**, calculado com base na planilha de custos e formação de preços, contida no Anexo VII-D desta Instrução Normativa.

13. O preço do Homem-Mês deverá ser calculado para cada categoria profissional, jornada de trabalho e nível de remuneração decorrente de adicionais legais.

Portanto, para fins de estabelecimento do critério de competição e de remuneração pelos serviços de limpeza e conservação, a regra é a unidade de medida "Real por Metro Quadrado". Para excepcioná-la, é preciso que essa opção seja técnica, econômica e pormenorizadamente justificada, uma vez que, conforme já demonstrado, a regra é remunerar pela relação custo por metro quadrado.

Sendo assim, conclui-se que estabelecer o critério de remuneração por postos de trabalho, sem justificativa pertinente para essa decisão, contraria o dispositivo normativo vigente, qual seja, o item nº 2 do Anexo VI-B da IN/SEGES/MPDG/Nº 05/2017.

Periodicidade, turnos e jornadas de trabalho.

A **periodicidade** ordinária dos serviços de limpeza é descrita no Caderno de Logística do Governo Federal nos itens 2.4.1.2, 2.4.2.2, 2.4.3.2 e 2.4.4.2. Fixar corretamente a periodicidade da limpeza é de suma importância na contratação, uma vez que o estabelecimento de uma frequência de limpeza superior a comum prevista no Caderno de Logística, a qual serviu de base para o cálculo das faixas de produtividade, afetará a produtividade final do funcionário alocado no serviço.

Vejamos a frequência de limpeza prevista no Caderno de Logística para as Áreas Internas:

2.4.1.2 ÁREAS INTERNAS – DESCRIÇÃO DOS SERVIÇOS – METODOLOGIA DE REFERÊNCIA

Os serviços serão executados pelo contratado na seguinte frequência:

1.1 DIARIAMENTE, **UMA VEZ** QUANDO NÃO EXPLICITADO.

1.1.1 Remover, com pano úmido, o pó das mesas, armários, arquivos, prateleiras, persianas, peitoris, caixilhos das janelas, bem como dos demais móveis existentes, inclusive aparelhos elétricos, extintores de incêndio, etc.;

1.1.2 Lavar os cinzeiros situados nas áreas reservadas para fumantes;

1.1.3 Remover capachos e tapetes, procedendo a sua limpeza e aspirando o pó;

1.1.4 Aspirar o pó em todo o piso acarpetado;

1.1.5 Proceder à lavagem de bacias, assentos e pias dos sanitários com saneante domissanitário desinfetante, duas vezes ao dia;

1.1.6 Varrer, remover manchas e lustrar os pisos encerados de madeira;

1.1.7 Varrer, passar pano úmido e polir os balcões e os pisos vinílicos, de mármore, cerâmicos, de marmorite e emborrachados;

1.1.8 Varrer os pisos de cimento;

1.1.9 Limpar com saneantes domissanitários os pisos dos sanitários, copas e outras áreas molhadas, duas vezes ao dia;

1.1.10 Abastecer com papel toalha, higiênico e sabonete líquido os sanitários, quando necessário;

1.1.11 Retirar o pó dos telefones com flanela e produtos adequados;

1.1.12 Limpar os elevadores com produtos adequados;

1.1.13 Passar pano úmido com álcool nos tampos das mesas e assentos dos refeitórios antes e após as refeições;

1.1.14 Retirar o lixo duas vezes ao dia, acondicionando-o em sacos plásticos de cem litros, removendo-os para local indicado pela Administração;

1.1.15 Deverá ser procedida a coleta seletiva do papel para reciclagem, quando couber, nos termos da IN/MARE nº 6 de 3 de novembro de 1995;

1.1.16 Limpar os corrimãos;

1.1.17 Suprir os bebedouros com garrações de água mineral, adquiridos pela Administração;

1.1.18 Executar demais serviços considerados necessários à frequência diária.

1.2 SEMANALMENTE, **UMA VEZ**, QUANDO NÃO EXPLICITADO.

1.2.1 Limpar atrás dos móveis, armários e arquivos;

1.2.2 Limpar, com produtos adequados, divisórias e portas revestidas de fórmica;

1.2.3 Limpar, com produto neutro, portas, barras e batentes pintados a óleo ou verniz sintético;

1.2.4 Lustrar todo o mobiliário envernizado com produto adequado e passar flanela nos móveis encerados;

1.2.5 Limpar, com produto apropriado, as forrações de couro ou plástico em assentos e poltronas;

1.2.6 Limpar e polir todos os metais, como válvulas, registros, sifões, fechaduras, etc.;

1.2.7 Lavar os balcões e os pisos vinílicos, de mármore, cerâmicos, de marmorite e emborrachados com detergente, encerar e lustrar;

1.2.8 Passar pano úmido com saneantes domissanitários nos telefones;

1.2.9 Limpar os espelhos com pano umedecido em álcool, duas vezes por semana;

1.2.10 Retirar o pó e resíduos, com pano úmido, dos quadros em geral;

1.2.11 Executar demais serviços considerados necessários à frequência semanal.

1.3 MENSALMENTE, **UMA VEZ.**

1.3.1 Limpar todas as luminárias por dentro e por fora;

1.3.2 Limpar forros, paredes e rodapés;

1.3.3 Limpar cortinas, com equipamentos e acessórios adequados;

1.3.4 Limpar persianas com produtos adequados;

1.3.5 Remover manchas de paredes;

1.3.6 Limpar, engraxar e lubrificar portas, grades, basculantes, caixilhos, janelas de ferro (de malha, enrolar, pantográfica, correr, etc.);

1.3.7 Proceder a uma revisão minuciosa de todos os serviços prestados durante o mês.

1.4 ANUALMENTE, **UMA VEZ** QUANDO NÃO EXPLICITADO.

1.4.1 Efetuar lavagem das áreas acarpetadas previstas em contrato;

1.4.2 Aspirar o pó e limpar calhas e luminárias;

1.4.3 Lavar pelo menos duas vezes por ano, as caixas d'água dos prédios, remover a lama depositada e desinfetá-las.

Percebe-se que, quando não explicitada, a limpeza deve ser feita uma vez apenas nas periodicidades indicadas (diariamente, semanalmente, mensalmente e semestralmente). Caso, por exemplo, o órgão deseje dobrar a frequência de limpeza nas áreas internas, a faixa de produtividade e, por conseguinte, a produtividade de referência, teriam de ser reduzidas pela metade. Isso porque, em que pese a metragem a ser limpa seja igual (área física), a frequência do serviço terá sido dobrada.

Por exemplo, se a área total dos pisos frios é 3600m² e o órgão deseja dobrar a frequência de limpeza do local, não poderá indicar a faixa de produtividade comum de 800m² a 1200m², tendo em vista que esta faixa foi calculada com base na frequência ordinária de uma limpeza apenas (item 2.4.1.2 do Caderno de Logística). Assim, a faixa de produtividade teria de ser reduzida pela metade para 400m² a 600m².

Indicando-se a produtividade de referência de 600m², seriam necessários 6 funcionários em jornada de 8 horas diárias para suprir a demanda administrativa.

Além da periodicidade dos serviços, cabe ao órgão contratante estabelecer os **turnos** e as **jornadas de trabalho** dos funcionários terceirizados. Os turnos serão matutinos, vespertinos ou noturnos, a depender do horário de trabalho fixado pela Administração, enquanto a jornada de trabalho será, em regra, a de 08 horas diárias.

A fixação dos **turnos de trabalho** no Termo de Referência/Projeto Básico é importante, pois o trabalho noturno implica pagamento do adicional noturno ao funcionário.

Já a **jornada de trabalho** comum, de 08 horas diárias, é a condição usual que serviu de base para o cálculo das faixas de produtividade dispostas no item 3 do Anexo VI-B da IN 05/2017.

Cabe lembrar que o Caderno de Logística - Prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação (MPOG, 2014) estabelece que os custos dos serviços são calculados "segundo as principais jornadas de trabalho praticadas (12 x 36 horas no período, 12 x 36 horas no período noturno e 44 horas semanais) tanto para o trabalhador direto (vigilante ou servente) quanto para o supervisor".

Portanto, o usual é a Administração Pública estabelecer o funcionamento de postos com jornada de 44 horas semanais, compensando-se as 04 horas não trabalhadas do sábado durante a semana (de segunda a sexta-feira). No entanto, caso essa compensação não atenda ao interesse público e às necessidades do órgão, considera-se cabível adotar, justificadamente, a jornada de 40 horas semanais e adequar o piso salarial proporcionalmente à jornada trabalhada, desde que prevista esta possibilidade expressamente em instrumento coletivo de trabalho.

No sentido da fixação de jornada de trabalho em 44 horas semanais, o seguinte julgado do TCU:

Acórdão nº 2.963/2019 – Plenário, do Tribunal de Contas da União:

"No Acórdão nº 2.963/2019 – Plenário, o TCU considerou irregular a "fixação de jornada de trabalho de quarenta horas semanais, inferior às 44 previstas na convenção coletiva de

trabalho 2019/2019 firmada entre o Seac/DF e o Sindiserviços/DF, em afronta ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993 " (tem 9.2.2). No caso, tratava-se de contratação de serviços de limpeza e higienização com dedicação exclusiva de mão de obra. A irregularidade foi apontada em razão dos seguintes aspectos indicados pela em sua análise, que foi acatada pelo Ministro Relator: **"9. Conforme observado pelo próprio Senado, o acréscimo de quatro horas semanais na jornada dos trabalhadores resultaria na redução (proporcional) de dois encarregados e 37 serventes, número próximo a 10% do quantitativo de postos estimados.** Embora o órgão alegue que a adoção de jornada semanal de 44 horas não permitiria a redução do quantitativo de profissionais, haja vista a queda de produtividade durante a semana, não trouxe elementos capazes de comprovar a assertiva. **10. Diante da ausência de elementos em sentido contrário, entende-se que essas quatro horas adicionais poderiam ser aproveitadas pelo órgão com vistas à otimização das escalas de serviço, medida que permitiria ao órgão reduzir a quantidade de postos de trabalho e, conseqüentemente, gerar economia ao erário."** Diante desse cenário, o TCU determinou "à Diretoria-Geral do Senado Federal que se abstenha de prorrogar o contrato 53/2019, decorrente do pregão eletrônico 57/2019, adotando, tempestivamente, as medidas necessárias à realização de novo certame com vistas à sua substituição". (Grifamos.) (TCU, Acórdão nº 2.963/2019, Plenário, Min. Rel. Weder de Oliveira, j. em 04.12.2019.)" (Resumo publicado na Revista Zênite - Jurisprudência 49247).

Lembremos que na fixação do acordo de compensação deve ser levada em conta a situação particular de cada empregado, visto que há vedações ao seu implemento, conforme se verifica da Súmula 85 do TST, que em seu item VI estabelece que "não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT".

Surge, entretanto, o seguinte questionamento: é possível que a Administração Pública, com base no seu juízo de conveniência e oportunidade, exija que determinados funcionários cumpram jornada de 12x36 horas? A resposta é positiva.

Para jornadas de trabalho não usuais, como a de 12x36 horas, o órgão deve adotar faixa e índice de produtividade diferenciados, de forma justificada e tecnicamente

calculados. Isso porque a produtividade de um funcionário em jornada de 8 horas diárias, obviamente, é diversa da de um funcionário com jornada de 12x36 horas.

No sentido da permissão de adoção de jornada de trabalho diferenciada temos os seguintes itens do Anexo VI-B:

10. O caderno de Logística conterá metodologia de referência para a contratação de serviços de limpeza e conservação, compatíveis com a **produtividade de referência estabelecida neste anexo, podendo ser adaptadas às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante.**

11. O órgão ou entidade contratante poderá **adotar índices de produtividade diferenciados dos estabelecidos neste anexo, desde que devidamente justificado nos Estudos Preliminares.**

(...)

13. O preço do Homem-Mês deverá ser calculado para cada categoria profissional, **jornada de trabalho** e nível de remuneração decorrente de adicionais legais.

Portanto, caberá ao órgão público indicar em quais áreas serão exigidas as jornadas de 12x36 horas, estabelecendo a faixa de produtividade diferenciada para elas. De acordo com o tipo de área, metragem e produtividade de referência, encontrar-se-á o número de funcionários em jornada de 12x36 horas que serão necessários na prestação dos serviços.

Do número de funcionários necessários para prestação do serviço

Dúvida que normalmente surge nos gestores públicos, quando da instrução do processo de contratação de serviços de limpeza e conservação, é a fixação do número de funcionários que serão fornecidos pela empresa contratada, tendo em vista que a contratação se dará pela unidade de medida Real por Metro Quadrado, e não por postos de trabalho.

É possível que o órgão exija o quantitativo exato de mão de obra necessária? Como é feito o cálculo para se chegar ao número de funcionários que devem ser fornecidos no caso concreto?

Primeiramente, a unidade contratante não deve fixar o quantitativo de funcionários que serão disponibilizados pela empresa contratada, tendo em vista que o número total vai depender da produtividade adotada pela licitante. Nesse sentido o seguinte item do Anexo VII-B da IN 05/2017:

2.1. É vedado à Administração fixar nos atos convocatórios:

a) o quantitativo de mão de obra a ser utilizado na prestação do serviço, devendo sempre adotar unidade de medida que permita a quantificação da mão de obra que será necessária à execução do serviço;

O órgão ou entidade licitante deve apenas sugerir quantos empregados serão necessários para prestar os serviços, de acordo com a produtividade de referência por eles adotada.

A quantidade de funcionários é encontrada por meio da divisão entre a metragem de cada ambiente a ser limpo e a respectiva produtividade de referência indicada pelo órgão. Ao final, soma-se cada resultado e encontrar-se-á o número total de terceirizados necessários.

Abaixo temos um exemplo de tabela encontrada no NUP 67211.006760/2021-59, do Hospital de Aeronáutica de Belém/PA:

ITEM	DESCRIÇÃO	PRODUT. ADOTADA	QUANTIDADE M²/POSTO	QUANT. de Funcionários	PREÇOS UNITÁRIOS	PREÇOS MENSAIS	PREÇOS GLOBAIS
1	PISOS FRIOS	800	2.407,00	3,01	R\$ 5,48	R\$ 13.190,36	R\$ 158.284,32
2	ALMOXARIFADO GALPÕES	1500	54,00	0,04	R\$ 2,95	R\$ 139,30	R\$ 1.911,60
3	BANHEIROS	200	960,00	4,80	R\$ 22,10	R\$ 21.216,00	R\$ 254.592,00
4	PISOS PAVIMENTADOS ADJACENTES / CONTIGUOS AS EDIFICAÇÕES	1800	2.500,00	1,39	R\$ 2,46	R\$ 6.150,00	R\$ 73.800,00
5	VARRIÇÃO DE PASSEIOS E ARRUMAMENTOS	6000	1.850,00	0,31	R\$ 0,74	R\$ 1.369,00	R\$ 16.428,00
6	PÁTIOS E ÁREAS VERDES COM ALTA FREQUÊNCIA	1800	860,00	0,48	R\$ 2,46	R\$ 2.115,60	R\$ 25.387,20
7	PÁTIOS E ÁREAS VERDES COM MÉDIA FREQUÊNCIA	1800	640,00	0,36	R\$ 2,46	R\$ 1.574,40	R\$ 18.892,80
8	PÁTIOS E ÁREAS VERDES COM BAIXA FREQUÊNCIA	1800	450,00	0,25	R\$ 2,46	R\$ 1.107,00	R\$ 13.284,00
9	COLETA DE DETRITOS EM PÁTIOS E ÁREAS VERDES COM FREQUÊNCIA DIÁRIA	100000	880,00	0,01	R\$ 0,04	R\$ 35,20	R\$ 422,40
10	ESQUADRIAS EXTERNAS - FACE EXTERNA SEM EXPOSIÇÃO A SITUAÇÃO DE RISCO	300	110,00	0,37	R\$ 0,76	R\$ 83,60	R\$ 1.003,20
11	ESQUADRIAS EXTERNAS - FACE INTERNA	300	140,00	0,47	R\$ 0,76	R\$ 106,40	R\$ 1.276,80
12	ÁREAS HOSPITALARES - DIURNO - INSALUBRIDADE GRAU MÉDIO	360	7.000,00	19,44	R\$ 13,77	R\$ 96.390,00	R\$ 1.156.680,00
13	ÁREAS HOSPITALARES - DIURNO - INSALUBRIDADE GRAU MÁXIMO	360	865,00	2,40	R\$ 15,46	R\$ 13.372,90	R\$ 160.474,80
14	SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÉDIO - NOTURNO	360	2,00	2,00	R\$ 5.784,43	R\$ 11.568,86	R\$ 138.826,32
15	SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÁXIMO - NOTURNO	360	2,00	2,00	R\$ 6.542,47	R\$ 13.084,94	R\$ 157.019,28
TOTAL				37,31		R\$ 181.523,56	R\$ 2.178.282,72

QUANTIDADE DE PESSOAL:	
FUNÇÃO	QUANTIDADE
ENCARREGADO	1
SERVENTE - ÁREAS ADMINISTRATIVAS	11
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÉDIO - DIURNO	19
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÉDIO - NOTURNO	2
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÁXIMO - DIURNO	2
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÁXIMO - NOTURNO	2
TOTAL	37

VALOR MENSAL	R\$ 181.523,56
VALOR GLOBAL	R\$ 2.178.282,72

Nota-se que a quantidade total de funcionários resultou no número fracionado de 37,31. Diante disso, qual seria a melhor solução a ser buscada pelo ente contratante?

É recomendável que o órgão se antecipe a eventual problema e de antemão fixe as produtividades de referência de modo que o cálculo final do número de funcionários resulte em número inteiro, ou ao menos perto disso. Assim, não haverá número fracionado de funcionários se as empresas licitantes adotarem a produtividade padrão em suas propostas. Esse é o ideal a ser buscado.

No processo citado, o órgão licitante incluiu o seguinte item no Termo de Referência:

5.1.13. Na apresentação da proposta de preços durante o certame licitatório, para fins de definição do quantitativo de pessoal a ser aplicado na prestação dos serviços, caso o resultado da divisão entre o total das áreas e respectivas produtividades resulte em um número fracionado, a licitante deverá aproximar o número total de funcionários, devendo a aproximação ser para menor, quando se tratar de fração igual ou inferior a 0,5 (zero vírgula cinco) ou para maior, quando a fração for igual ou superior a 0,6 (zero vírgula seis).

Há dispositivo semelhante no Termo de Referência presente no NUP 00587.000305/2021-19, da Superintendência de Administração em Pernambuco – SAD/PE:

b) Quando a produtividade for > área interna ou > área externa deverá ser observado os seguintes critérios:

b.1. Número de serventes igual ou maior que 0,5 o resultado será acrescido para maior;

b.2. Número de serventes menor que 0,5: o resultado será decrescido para menor.

c) O mesmo critério deverá ser observado em caso de alteração de produtividade, conforme estabelecido nos itens D e E abaixo.

Entendo como viável o artifício utilizado pelos órgãos licitantes, uma vez que me parece razoável a opção do gestor. Ademais, a condição será igual para todas as empresas concorrentes no certame.

Apenas alertamos que o referido arredondamento só será possível se as produtividades mínima e máxima estipuladas na IN 05/2017 forem respeitadas. Ou seja, se o arredondamento resultar em violação aos citados limites, o artifício será irregular.

Por exemplo, se a empresa estipular produtividade máxima em todas as suas propostas e o número total de funcionários for fracionado em 0,5 a 0,1, a não inclusão de um novo funcionário implicará prestação de serviços com produtividade acima das faixas previstas na IN 05/2017.

Em contrapartida, se a licitante estabelecer produtividade mínima em suas ofertas e a quantidade de funcionários for fracionada em 0,6 a 0,9, a inclusão de mais um empregado também acarretará descumprimento da faixa de produtividade (em seu mínimo) prevista na referida Instrução Normativa.

Uma alternativa existente para situações dessa natureza (quantidade fracionada de funcionários) é a prestação de serviços em **regime de tempo parcial**, aplicável a contratos administrativos.

O art. 58-A da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, que trata do regime parcial de trabalho, foi alterado após a entrada em vigor da Lei nº 13.467, de 2017, passando a admitir 2 (duas) formas de contratação: aquela cuja duração não exceda a 30 (trinta) horas, sem possibilidade de horas suplementares semanais, ou aquela cuja duração não exceda 26 (vinte e seis) horas semanais, com possibilidade de até 6 (seis) horas suplementares semanais.

Esse tipo de jornada pode ser utilizado em contratos administrativos, desde que adequada às necessidades da unidade, devendo sempre se manter a observância no princípio da economicidade, em especial em unidades menores, onde não há necessidade de permanência da prestação de serviços em jornada de 8 horas diárias. Não se pode deixar de observar que, para esse tipo de contratação, o salário a ser pago aos empregados sob tal regime será proporcional a sua jornada, em relação aos empregados que cumprem a mesma função, só que em tempo real, conforme o disposto no §1º, do citado artigo da CLT

Portanto, entendo como viável a inclusão em Termo de Referência/Projeto Básico de dispositivo que preveja que, em caso de número fracionado de empregados, a empresa contratada deva fornecer mais um funcionário em regime de tempo parcial.

Produtividades – faixas e índice referencial

As faixas de produtividade exigidas nos serviços de limpeza e conservação são aquelas previstas no item 3 do Anexo VI-B da IN 05/2017. Os parâmetros lá indicados são aplicáveis à contratação de serventes em jornada de oito horas diárias.

Tratando-se de produtividades lastreadas em estudos técnicos, entendo que não cabe ao órgão contratante modificá-las arbitrariamente. Apenas por meio de Portaria da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão pode-se modificar as produtividades para serventes em jornada de 8 horas diárias.

Nesse sentido o item 8 do Anexo VI-B:

8. As produtividades de referência previstas no item 3 poderão ser alteradas por meio de Portaria da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Ao órgão compete apenas informar às licitantes as faixas de produtividade dispostas no item 3 do citado Anexo. Estando as propostas dentro das faixas, estará dispensada a necessidade de comprovação de exequibilidade:

Anexo VI-B

1. Deverão constar do Projeto Básico na contratação de serviços de limpeza e conservação, além dos demais requisitos dispostos nesta Instrução Normativa:

d) faixa referencial de produtividade, delimitando o intervalo no qual será **dispensada a necessidade de comprovação de exequibilidade**.

Ainda, a unidade contratante deve indicar a produtividade de referência, a qual poderá ser adotada ou não pelas concorrentes. Nesse sentido os seguintes itens previstos no modelo de Edital da Advocacia-Geral da União:

6.1. O licitante deverá enviar sua proposta mediante o preenchimento, no sistema eletrônico, dos seguintes campos:

6.1.2 Descrição do objeto, contendo as informações similares à especificação do Termo de Referência, incluindo-se, dentre outras, as seguintes informações:

6.1.2.2. Produtividade adotada e, se esta for diferente daquela utilizada pela Administração como **referência**, ou não estiver contida na faixa referencial de produtividade, mas admitida pelo ato convocatório, a respectiva comprovação de exequibilidade;

(...)

6.2. Os licitantes poderão apresentar produtividades diferenciadas daquela estabelecida pela Administração como **referência**, nos termos do item 6.1.2.2, desde que não alterem o objeto da contratação, não contrariem dispositivos legais vigentes e, caso não estejam contidas nas faixas referenciais de produtividade, comprovem a exequibilidade da proposta.

6.3. Para efeito do subitem anterior, admite-se a adequação técnica da metodologia empregada pela contratada, visando assegurar a execução do objeto, desde que mantidas as condições para a justa remuneração do serviço.

Lembramos que os órgãos e entidades deverão utilizar as experiências e os parâmetros aferidos e resultantes de seus contratos anteriores para definir as produtividades da mão de obra, em face das características das áreas a serem limpas, buscando sempre fatores econômicos favoráveis à Administração Pública (item 2 do Anexo VI-B).

Por fim, ao interpretar conjuntamente os itens 8, 10 e 11 do Anexo VI-B da IN 05/2017, abaixo transcritos, entendo que os índices de produtividade estabelecidos no item 3 só poderão ser modificados, no caso concreto, caso a jornada de trabalho dos serventes desejada pelo órgão não seja de 08 horas diárias ou, como já afirmado no tópico 2.3, se houver modificação da periodicidade da limpeza:

8. As produtividades de referência previstas no item 3 poderão ser alteradas por meio de Portaria da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

10. O caderno de Logística conterá metodologia de referência para a contratação de serviços de limpeza e conservação, compatíveis com a produtividade de referência estabelecida neste anexo, podendo ser adaptadas às especificidades da demanda de cada órgão ou entidade contratante.

11. O órgão ou entidade contratante poderá adotar índices de produtividade diferenciados dos estabelecidos neste anexo, desde que devidamente justificado nos Estudos Preliminares.

De qualquer modo, os novos índices e faixa de produtividades adotados terão de estar fundamentados em documento de caráter técnico e pormenorizado.

Planilha de Custos e Formação de Preços

Segundo o item 13 do Anexo VI-B da IN 05/2017, o “preço do Homem-Mês deverá ser calculado para cada categoria profissional, jornada de trabalho e nível de remuneração decorrente de adicionais legais”.

Encontrado o preço do homem-mês por meio do preenchimento da Planilha de Custos e Formação de Preços, para cada tipo de área física será apresentado pelas proponentes o respectivo Preço Mensal Unitário por Metro Quadrado (item 12).

O modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços é aquele do Anexo VII-D da IN 05/2017. Para contratação de serviços de limpeza e conservação também é necessário incluir no modelo os tópicos 6 (COMPLEMENTO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO) e 7 (VALOR MENSAL DOS SERVIÇOS) do citado Anexo.

A licitante que oferecer o menor valor para limpeza mensal das áreas indicadas no Termo de Referência será considerada vencedora do certame. Será esse valor que será pago mensalmente pela Administração à contratada. Destaque-se que a contratação não é feita pelo valor do metro quadrado, mas sim pelo valor mensal e anual para prestação de tais serviços.

Serviços de jardinagem

Em muitos processos licitatórios encaminhados à Consultoria Jurídica da União o órgão licitante inclui, no mesmo item destinado à contratação de serviços de limpeza e conservação, serviços de jardinagem. Ou seja, ao medir a área total a ser limpa o gestor inclui áreas verdes que seriam objeto do serviço de jardinagem, o que é equivocado.

Prestação de serviços de limpeza e conservação predial são as atividades que visam a obter as condições adequadas de salubridade e higiene para os servidores e usuários em geral.

Por outro lado, jardinagem é uma atividade profissional ou recreativa que tem o objetivo de embelezar determinados locais, públicos ou privados, pelo cultivo e manutenção de plantas.

Outrossim, a Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho e Emprego dos funcionários da limpeza (limpador de vidro, limpador de fachadas e faxineiro) é distinta dos trabalhadores de jardinagem:

- a) Limpador de vidro – CBO 5143-05;
- b) Limpador de fachadas – CBO 5143-15;
- c) Faxineiro – CBO 5143-20;
- d) Jardineiro – CBO 622010.

É importante esclarecer que as alíneas “c”, “d” e “e” do item 3.2. do Anexo VI-B da IN 05/2017, abaixo transcritas, não estão relacionadas aos serviços de jardinagem em si, mas apenas com a limpeza de tais áreas verdes:

3.2. Áreas Externas:

- c) Pátios e áreas verdes com alta frequência: 1800 m² a 2700 m²;
- d) Pátios e áreas verdes com média frequência: 1800 m² a 2700 m²;

e) Pátios e áreas verdes com baixa frequência: 1800 m² a 2700 m²; e

O Caderno de Logística dos serviços de limpeza e conservação, em seu item 2.4.2.2, ao descrever a frequência ordinária do serviço nas Áreas Externas, dispõe o seguinte:

1.3 MENSALMENTE, UMA VEZ.

1.3.1 Lavar as áreas cobertas destinadas à garagem/ao estacionamento;

1.3.2 Proceder a capina e a roçada, retirar de toda área externa, plantas desnecessárias, cortar grama e podar árvores que estejam impedindo a passagem de pessoas.

1.3.2.1 Os serviços de paisagismo como jardinagem, adubação, aplicação de defensivos agrícolas não integram a composição de preços contemplados por esta Instrução Normativa, devendo receber tratamento diferenciado.

Portanto, caso o órgão público deseje contratar, em um mesmo processo, serviços de limpeza e conservação e jardinagem, deve separá-los em itens distintos, ainda que em um mesmo grupo (justificadamente).

Caso o órgão contratante considere o serviço de jardinagem como serviço contínuo com dedicação exclusiva de mão de obra, este deverá ser contratado pelo critério de remuneração "postos de trabalho", tendo em vista que não há estudo técnico que estabeleça para esse tipo de serviço "produtividade de referência ou os critérios de adequação do serviço à qualidade esperada, de acordo com a unidade de medida adotada para a execução do objeto", nos termos do subitem d.2. do item 2.6. do Anexo V da IN 05/2017:

d.2. estabelecer a produtividade de referência ou os critérios de adequação do serviço à qualidade esperada, de acordo com a unidade de medida adotada para a execução do objeto, sendo expressa pelo quantitativo físico do serviço ou por outros mecanismos capazes de aferir a qualidade, seguindo-se, entre outros, os parâmetros indicados nos Cadernos de Logística;

CADERNOS TÉCNICOS E VALORES LIMITES

Os valores limites têm por objetivo auxiliar os gestores de compras na avaliação do custo da contratação desses serviços, sendo instrumento para analisar a regularidade dos preços ofertados, bem como dos processos de repactuação e de prorrogação contratual.

O site "<https://www.gov.br/compras/pt-br/transparencia/cadernos-tecnicos-e-valores-limites>" destinava-se à publicação dos valores limites para a contratação dos serviços de vigilância, limpeza e conservação pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), divulgados entre 2016 e 2019, conforme regras dispostas no art. 1º da Portaria nº 213, de 25 de setembro de 2017, acompanhados dos cadernos técnicos que trazem a metodologia utilizada para obtenção desses valores.

A Portaria nº 213, de 25 de setembro de 2017, que dispunha sobre a previsão de valores limites (mínimo e máximo) para o serviço de limpeza e conservação, foi revogada pela Portaria nº 21.262, de 23 de setembro de 2020.

Importante destacar que a Instrução Normativa nº 49, de 30 de junho de 2020, de acordo com a regra de transição posta, revoga os itens que direcionavam a divulgação dos valores referenciais, passando a tratar somente de Cadernos de Logística temáticos, que deverão orientar a realização dos estudos técnicos preliminares dentro das especificidades de contratação de cada órgão.

A referida IN revogou a alínea "c" do item 7 e os itens 8 e 11 do Anexo IX da IN 05/2017, os quais tratam sobre vigência e prorrogação contratuais:

7. A vantajosidade econômica para prorrogação dos contratos com mão de obra exclusiva estará assegurada, sendo dispensada a realização de pesquisa de mercado, nas seguintes hipóteses:

a) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo a folha de salários serão efetuados com base em Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho ou em decorrência de lei;

b) quando o contrato contiver previsões de que os reajustes dos itens envolvendo insumos (exceto quanto a obrigações decorrentes de Acordo, Convenção, Dissídio Coletivo de Trabalho e de lei) e materiais serão efetuados com base em índices oficiais, previamente definidos no contrato, que guardem a maior correlação possível com o segmento econômico em que estejam inseridos tais insumos ou materiais ou, na falta de qualquer índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA/IBGE); e

~~c) no caso dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, os valores de contratação ao longo do tempo e a cada prorrogação serão iguais ou inferiores aos limites estabelecidos em ato normativo da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. (Revogado pela Instrução Normativa nº 49, de 2020)~~

~~8. No caso da alínea "c" do item 7 acima se os valores forem superiores aos fixados pela Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, caberá negociação objetivando a redução de preços de modo a viabilizar economicamente as prorrogações de contrato. (Revogado pela Instrução Normativa nº 49, de 2020)~~

~~11. A Administração não poderá prorrogar o contrato quando:~~

~~a) os preços contratados estiverem superiores aos estabelecidos como limites em ato normativo da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, admitindo-se a negociação para redução de preços; ou (Revogado pela Instrução Normativa nº 49, de 2020)~~

A vigência desta regra iniciou-se em outubro de 2020, não havendo mais publicação e aplicação dos valores referenciais.

PESQUISA DE PREÇOS

Com intuito de verificar o custo da contratação e obtenção de valor de referência para o certame, o órgão licitante deve realizar pesquisa de preços com fundamento na IN 73/2020. Os parâmetros são aqueles do art. 5º:

Art. 5º A pesquisa de preços para fins de determinação do preço estimado em processo licitatório para a aquisição e contratação de serviços em geral será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros, empregados de forma combinada ou não:

I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico gov.br/paineldeprecos, desde que as cotações refiram-se a aquisições ou contratações firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

II - aquisições e contratações similares de outros entes públicos, firmadas no período de até 1 (um) ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;

III - dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que atualizados no momento da pesquisa e compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório, contendo a data e hora de acesso; ou

IV - pesquisa direta com fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que os orçamentos considerados estejam compreendidos no intervalo de até 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do instrumento convocatório.

Muito comumente os órgãos públicos realizam pesquisa de preços buscando o valor estimado do posto de trabalho do agente de limpeza/faxineiro/servente. Contudo, como já foi explicitado, a regra é que o órgão encontre o valor máximo estimado (média, mediana ou menor valor) em "Real por Metro Quadrado" para limpeza de cada tipo de área (área hospitalar, área interna, área externa, esquadrias etc e suas subdivisões). Este é o critério de competição e de remuneração pelos serviços de limpeza e conservação aplicado na Administração Pública Federal.

Nessa direção os seguintes itens do Anexo VI-B da IN 05/2017:

2. Os serviços serão contratados com base na área física a ser limpa, estabelecendo-se uma estimativa do custo por metro quadrado, observadas a peculiaridade, a produtividade, a periodicidade e a frequência de cada tipo de serviço e das condições do local objeto da contratação.

12. Para cada tipo de área física deverá ser apresentado pelas proponentes o respectivo Preço Mensal Unitário por Metro Quadrado, calculado com base na planilha de custos e formação de preços, contida no Anexo VII-D desta Instrução Normativa.

Na pesquisa no **Painel de Preços**, deve-se encontrar o valor do Real por metro quadrado dos tipos de áreas correspondentes (subdivisões das áreas internas, externas etc).

Usado **apenas** o referido parâmetro (Painel de Preços), apesar de possível, entendo não ser necessária a realização de pesquisa de preços para os materiais/utensílios/equipamentos/uniformes utilizados diretamente na prestação dos serviços, uma vez que o Valor por Metro Quadrado encontrado naquele site já contempla tais custos.

Deve-se buscar, contudo, contratações de órgãos que possuam a metragem total dos locais de limpeza, demanda e características semelhantes à do órgão assessorado.

Em que pese o parâmetro do Painel de Preços ser preferencial (§1º do art. 5º da IN 73/2020), entendo que na contratação de serviços de limpeza e conservação esse é o método mais problemático para se encontrar o valor de referência. Abaixo, cito alguns dos motivos:

- a) Diferenças entre as produtividades adotadas nos valores encontrados no Painel de Preços e as de referência indicadas pelo órgão licitante em seu processo, o que provoca distorção entre os custos por metro quadrado.
- b) Diferença na relação e no quantitativo de uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, que serão utilizados diretamente na execução dos serviços, o que também afetará o preço final do R\$/m².
- c) Possibilidade de diferença nas jornadas de trabalho adotadas pelos órgãos cotados no Painel de Preços e aquelas desejadas pelo órgão licitante.

Todas essas variáveis podem tornar o preço de referência não condizente com o caso concreto.

Para evitar isso, ao utilizar o Painel de Preços, é recomendável que o órgão adentre nos processos licitatórios lá indicados à procura dos contratos administrativos firmados e das respectivas Planilhas de Preços e Formação de Preços. Acredito que o essencial é que a unidade administrativa encontre o valor do homem-mês indicado nas citadas Planilhas. Com o preço médio (mediana ou menor valor) do homem-mês, basta ao órgão aplicar a produtividade de referência adotada em seu processo para se chegar ao “Real por Metro Quadrado” mais apropriado a sua realidade.

Para se alcançar um valor mais fidedigno com a sua demanda, o órgão poderá cotar os insumos/materiais/equipamentos/uniformes separadamente e alterar as Planilhas de Custos e Formação de Preços encontradas nas pesquisas, resultando em um valor do homem-mês ainda mais condizente com sua real necessidade.

Ao agir dessa forma, parece-me que o parâmetro “Painel de Preços” se converte no de “contratações similares de outros entes públicos”, ainda preferencial (§1º do art. 5º da IN 73/2020).

Caso pretenda realizar a cotação **diretamente com fornecedores**, o órgão contratante deve enviar às empresas participantes, para preenchimento, o modelo de Planilha de Custos e Formação de Preços da IN 05/2017 com os tópicos 6 (COMPLEMENTO DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO) e 7 (VALOR MENSAL DOS SERVIÇOS) do Anexo VII-D. É importante que o órgão encaminhe tabela com a relação dos tipos de áreas a serem limpas (subdivisões das áreas internas, externas, esquadrias etc) com as correspondentes metragens para que as empresas cotadas apresentem os valores por metro quadrado para cada uma.

Juntamente à Planilha, deve-se enviar a relação de uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, que serão utilizados diretamente na execução dos serviços, para que o órgão a preencha com os preços por ele estimados. Caso deseje, o ente poderá cotar os preços médios de tais itens por meio de pesquisa separada.

O preço mensal unitário por metro quadrado será encontrado por meio do preenchimento das tabelas dos referidos tópicos 6 e 7, considerando os preços do homem-mês indicados na Planilha de Custos e Formação de Preços e a produtividade adotada pela empresa (dentro da faixa estabelecida pela Administração). Encontrados, no mínimo, três valores, caberá ao órgão encontrar o preço de referência da licitação (média, mediana ou menor valor).

INSUMOS DIVERSOS

Nas licitações para a prestação de serviços de limpeza com fornecimento de material, o órgão deverá elencar e quantificar os materiais necessários para a execução dos serviços observando o disposto no § 4º do art. 7º da Lei nº 8.666/93.

As propostas apresentadas no certame deverão, por sua vez, conter a relação dos materiais e equipamentos que serão utilizados na execução dos serviços, indicando o quantitativo e sua especificação conforme dispõe o item 6.2, alínea "f", do Anexo VII-A da IN 05/2017.

Segundo o inciso X do Anexo I da IN 05/2017, são considerados insumos: uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, utilizados diretamente na execução dos serviços.

Lembrando que a apresentação das propostas implica obrigatoriedade do cumprimento das disposições nelas contidas, assumido o proponente o compromisso de executar os serviços nos seus termos, bem como fornecer todos os materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios necessários, em quantidades e qualidades adequadas à perfeita execução contratual, promovendo, quando requerida, sua substituição (item 7.5 do Anexo VII-A):

7.5. A apresentação das propostas nos termos do subitem 7.4. acima implica obrigatoriedade do cumprimento das disposições nelas contidas, assumindo o proponente o compromisso de executar os serviços nos seus termos, bem como fornecer todos os materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios necessários, em qualidade e quantidades adequadas à perfeita execução contratual, promovendo, quando requerido, sua substituição;

A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração da qualidade e quantidades dos materiais utilizados (inciso III do art. 47 da IN 05/2017).

A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da contratada que contenha a relação detalhada deles, de acordo com o estabelecido no contrato, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como: marca, qualidade e forma de uso.

A contratada obriga-se ainda a manter todos os equipamentos e utensílios necessários a execução dos serviços em perfeitas condições de uso, devendo os danificados serem substituídos em até 24 (vinte e quatro) horas.

Os equipamentos elétricos devem ser dotados de sistemas de proteção, de modo a evitar danos à rede elétrica.

A contratada deverá ainda identificar todos os equipamentos, ferramentas e utensílios de sua propriedade, tais como: aspiradores de pó, enceradeiras, mangueiras, baldes, carrinhos para transporte de lixo, escadas etc., de forma a não serem confundidos com similares de propriedade da Administração.

A Administração, por sua vez, deverá destinar local para guarda dos saneantes domissanitários, materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios.

Portanto, segundo a alínea "f" do item 6.2 e item 7.5 do Anexo VII-A, bem como o inciso X do Anexo I, ambos da IN 05/2017, os uniformes, materiais, utensílios, suprimentos, máquinas, equipamentos, entre outros, devem ser aqueles utilizados diretamente na execução dos serviços.

Nesse contexto, em diversos processos licitatório enviados à Consultoria Jurídica da União, nota-se que nem todos os materiais elencados estão relacionados diretamente à execução dos serviços de limpeza e conservação, o que impede a sua inclusão na citada relação e, conseqüentemente, na Planilha de Custos e Formação de Preços em seu Módulo 05 (Insumos Diversos), composto pelas seguintes abas:

- A - Uniformes
- B - Materiais
- C - Equipamentos
- D - Outros (especificar)

Ocorre que a Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009, revogou o item 4.3 do ANEXO V, da IN 02/2008 (revogada pela IN 05/2017), que tratava da Metodologia de Referência dos Serviços de Limpeza e Conservação – Áreas Internas, excluindo a possibilidade de exigência de entrega de produtos de material de higiene, como papel toalha, papel higiênico, sabonete e sabonete líquido. Vejamos a redação atualizada do item 4 (e subitens) do Anexo V da antiga IN 02/2008:

4. DEFINIÇÃO DE SANEANTES DOMISSANITÁRIOS

São substâncias ou materiais destinados à higienização, desinfecção domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo :

4.1. Desinfetantes : destinados a destruir, indiscriminada ou seletivamente, microrganismos, quando aplicados em objetos inanimados ou ambientes;

4.2. Detergentes : destinados a dissolver gorduras e à higiene de recipientes e vasilhas, e a aplicações de uso doméstico;

~~4.3. Material de higiene : papel toalha, papel higiênico e sabonete líquido. (revogado pela Instrução Normativa SLTI nº 3 de 15/10/2009)~~

4.4. São equiparados aos produtos domissanitários os detergentes e desinfetantes e respectivos congêneres, destinados à aplicação em objetos inanimados e em ambientes, ficando sujeitos às mesmas exigências e condições no concernente ao registro, à industrialização, entrega ao consumo e fiscalização.

O que se permite é a inclusão de produtos para a limpeza do local objeto da contratação, mas não de produtos de higiene pessoal. Assim, necessário excluir tais materiais eventualmente inclusos em tabelas do Termo de Referência/Projeto Básico.

Entendo ser possível a inclusão dos materiais não relacionados diretamente à execução do serviço em um item distinto ofertado às licitantes, desde que justificadamente. Assim, o objeto da licitação seria formado por grupo(s) contendo 2 subgrupos de itens: o primeiro contemplando a prestação do serviço em si (total mensal para limpeza das áreas em R\$/m²) e o segundo contemplando a soma dos valores dos materiais não relacionados diretamente à execução do serviço.

Os valores máximos aceitáveis pelo órgão de tais materiais devem ser encontrados por meio de pesquisa de preços, juntada aos autos. O pagamento deles será de acordo com o consumo do órgão (sob demanda).

Assim, vencerá a licitação a empresa que oferecer o menor preço mensal unitário (ou total) para limpeza das áreas somado ao valor dos materiais não relacionados diretamente à execução dos serviços.

Tratar-se-á de um processo licitatório para contratação de serviços conjuntamente com aquisição de bens.

Nessa toada temos o Parecer n. 00005/2021/COORD/ECJU/SCOM/CGU/AGU (NUP 00688.000231/2021-74), que deu origem à Orientação Normativa n. 00001/2021/COORD/E-CJU/SCOM/CGU/AGU:

- PRODUTOS DE HIGIENE COMO, POR EXEMPLO, PAPEL HIGIÊNICO, SABONETE LÍQUIDO, PAPEL TOALHA, ÁLCOOL EM GEL, SUPORTES PARA PAPEL TOALHA OU PARA SABONETE ETC. NÃO PODEM SER CONSIDERADOS INSUMOS NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO, POR NÃO ESTAREM DIRETAMENTE RELACIONADOS À SUA EXECUÇÃO;
- A REGRA É QUE SEJAM LICITADOS E ADQUIRIDOS SEPARADAMENTE DO SERVIÇO DE LIMPEZA (ART. 23, §1º, DA LEI N. 8.666/93);
- ADMITE-SE, NO ENTANTO, O AGRUPAMENTO COM O SERVIÇO DE LIMPEZA, EM ITENS DISTINTOS DO SERVIÇO, DESDE QUE O ÓRGÃO LICITANTE APRESENTE JUSTIFICATIVA DE NATUREZA TÉCNICA OU ECONÔMICA.
- MESMO QUANDO HOVER AGRUPAMENTO, TAIS MATERIAIS DE HIGIENE PESSOAL DEVEM TER SEUS PREÇOS COTADOS SEPARADAMENTE DOS SERVIÇOS DE LIMPEZA, COM OBSERVÂNCIA DA INN. 73/2020. E DEVERÃO SER ENTREGUES, FATURADOS E PAGOS CONFORME A EFETIVA NECESSIDADE E CONSUMO.

Referência: alínea "f" do item 6.2 e item 7.5 do Anexo VII-A; item X do Anexo I, todos da INN. 05/2017; art. 23, §1º, da Lei n. 8.666/93.

Gestão e fiscalização contratuais – verificação da quantidade e qualidade dos materiais utilizados mensalmente pela contratada.

Inicialmente, cabe lembrar que a execução dos contratos de prestação de serviços se submete a um conjunto de ações que compõem as atividades de gestão e fiscalização contratuais. Nesse sentido, a Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal, assim dispõe, in verbis:

Art. 39. **As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual são o conjunto de ações que tem por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração para os serviços contratados, verificar a regularidade das obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como prestar apoio à instrução processual e o encaminhamento da documentação pertinente** ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos relativos a repactuação, alteração, reequilíbrio, prorrogação, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outras, com vista a assegurar o cumprimento das cláusulas avençadas e a solução de problemas relativos ao objeto.

Art. 40. **O conjunto de atividades de que trata o artigo anterior** compete ao gestor da execução dos contratos, auxiliado pela fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, conforme o caso, de acordo com as seguintes disposições:

I - **Gestão da Execução do Contrato:** é a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros;

II - Fiscalização Técnica: é o acompanhamento com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, **aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório**, para efeito de pagamento conforme o resultado, podendo ser auxiliado pela fiscalização de que trata o inciso V deste artigo;

III - Fiscalização Administrativa: é o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra **quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas**, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento;

IV - Fiscalização Setorial: é o acompanhamento da execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos **quando a prestação dos serviços ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade;** e

V - Fiscalização pelo Público Usuário: é o acompanhamento da execução contratual por **pesquisa de satisfação junto ao usuário**, com o objetivo de aferir os resultados da prestação dos serviços, os recursos materiais e os procedimentos utilizados pela contratada, quando for o caso, ou outro fator determinante para a avaliação dos aspectos qualitativos do objeto.

Cabe destacar que a Instrução Normativa nº 05/2017 citada mantém o paradigma instituído pela norma antecessora, a IN nº 02/08, que previa o Acordo de Nível de Serviços (ANS), segundo o qual a regra deve se formar no sentido de firmar as contratações prevendo-se a mensuração dos resultados para o pagamento das contratadas.

Essa orientação está alinhada com o entendimento do Tribunal de Contas da União, que, no Acórdão nº 786/2006 – Plenário, definiu as diretrizes para a construção de um novo modelo de contratação de prestação de serviço, segundo o qual a remuneração a ser paga à contratada deve estar vinculada à mensuração dos serviços e resultados, admitindo-se o pagamento por hora trabalhada ou por posto de serviço somente quando as características do objeto não o permitirem.

Nesse sentido, cita-se o seguinte trecho do Voto do Ministro Relator naquele Acórdão:

83. Quanto à forma de execução indireta de serviços, o modelo dá preferência à prestação de serviços mensurados por resultados em contraposição à simples locação de mão-de-obra. Ou seja, o órgão contrata a empresa para realizar a atividade, por conta e risco da contratada, interessando a ele apenas os resultados ou os produtos obtidos no prazo fixado segundo as especificações estabelecidas, independentemente de quais ou quantos funcionários a empresa empregou.

84. Essa forma de execução permite que a remuneração da contratada seja feita com base na mensuração dos serviços e resultados, evitando-se, ao máximo, o pagamento por horas-trabalhadas ou por horas de disponibilidade do pessoal (postos de serviço). Assim, a Administração paga somente pelos produtos e serviços efetivamente realizados e aceitos conforme as métricas e os padrões previamente estabelecidos. Entre as vantagens derivadas dessa sistemática, vale mencionar a eliminação ou, pelo menos, a fragilização do paradoxo lucro-incompetência e a possibilidade de exercer um controle mais eficaz sobre os resultados da contratação." (TCU, Acórdão nº 786/2006, Plenário.)

Portanto, nas contratações de prestação de serviços, a Administração deve adotar, sempre que possível, unidade de medida que permita a mensuração dos resultados para o pagamento da contratada. Nessas contratações, a mensuração e o pagamento

vinculados aos resultados entregues pela contratada são amparados “no princípio constitucional explícito da eficiência, bem como no princípio implícito da economicidade, e, ainda, segundo os princípios da legalidade e da moralidade dos gastos públicos” (TCU, Acórdão nº 1.215/2009, Plenário).

É nesse contexto que se insere o IMR, que substituiu o Acordo de Níveis de Serviço (ANS), previsto inicialmente pela IN nº 02/08. Vejamos a definição fixada no Anexo I da IN nº 05/17:

INSTRUMENTO DE MEDIÇÃO DE RESULTADO (IMR): mecanismo que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento."

Sobre a vinculação de pagamentos aos resultados e IMR, é importante a leitura das seguintes explicações¹⁸⁷:

4.4 - A Administração deve sempre vincular os pagamentos aos resultados da prestação dos serviços?

Sim, a Administração deve realizar o pagamento de acordo com o serviço prestado e, se houver falhas, aplicam-se as sanções previstas. Todos os serviços contratados devem ser executados nos moldes das regras previstas no instrumento convocatório, proposta, contrato e legislação regente, conforme estabelecido no art. 67 e no Anexo XI. Havendo falhas na execução dos serviços (inadimplemento), seja parcial ou total, devem ser aplicadas as sanções previstas em lei, inclusive com possibilidade de rescisão contratual, em casos mais extremos.

Entretanto, no caso de alguns tipos de serviços, mesmo não havendo inadimplemento na execução, não se mostra adequado que o pagamento seja realizado na sua totalidade quando o serviço não é prestado com o nível de qualidade previsto. Ou seja, o serviço é prestado, mas ao aferir o resultado, a Administração constata um nível de qualidade na prestação menor que o esperado. O exemplo mais expressivo é a prestação de serviços de limpeza e conservação, na qual é imprescindível a utilização de instrumento para medir o resultado cujas regras e métricas devem estar previamente estipuladas no edital.

Para o alcance dessa diretriz, o órgão ou entidade deve estabelecer condições objetivas, previamente estabelecidas em termo próprio no ato convocatório,

¹⁸⁷ Encontradas no site <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/instrucao-normativa-de-servicos-in-no-5-de-2017>.

que servirá para aferição, não somente da quantidade, modo e tempo, mas também da qualidade do serviço prestado. Nessas situações, o pagamento deve ser feito com base no resultado e, caso a contratada incorra em nível inaceitável na prestação dos serviços, além de ter o pagamento redimensionado, será punida pelas sanções previstas conforme grau de inadimplemento.

O instrumento que servirá de balizamento para medição e análise é o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), estabelecido na alínea “c” do inciso II do art. 50 e item d.5 do Anexo V da Instrução Normativa, que substitui o antigo Acordo de Nível de Serviço (ANS). Esse instrumento também pode ser substituído por outro quando o órgão ou entidade considerar ser mais eficiente e desde que apto à aferição mencionada.

Ressalta-se que pela sua natureza alguns serviços apresentam dificuldades para se extrair um resultado qualitativo, mas nada obsta que o órgão e entidade contratante estabeleça alguns itens para avaliar a qualidade, desde que aferíveis, devendo, neste caso, seguir as diretrizes nos mesmos moldes acima propostos.

4.9 - O que é o IMR? Qual a sua importância para a Gestão do Contrato?

O Instrumento de Medição de Resultado (IMR) é o mecanismo que define, em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, os níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e as respectivas adequações de pagamento. Possui a mesma natureza e substitui o Acordo de Nível de Serviço (ANS), sendo que um dos seus principais objetivos é a busca da eficiência com o estabelecimento de procedimentos e condições que permitem e estimulem a melhoria constante dos serviços prestados.

A sua utilização é apropriada para serviços em que a qualidade é elemento essencial do objeto, sem o qual o serviço, mesmo que prestado na sua totalidade, não se mostra adequado. Assim, a regra é que quaisquer serviços devem ser prestados na quantidade, tempo e modo previstos no edital, entretanto, há algumas espécies de objeto em que além desses requisitos, a qualidade deve ser aferida para que seja considerada a execução na sua plenitude, não bastando que simplesmente o serviço seja concluído pelo contratado.

Para tanto, é imprescindível que a natureza dos serviços a serem contratados possibilite a aferição da qualidade em que será prestado, cuja escolha de atividades (preferencialmente mais relevantes) e indicadores mínimos de desempenho devem ser previamente delineados para que o contratado tenha ciência e cautela na execução, pois a utilização do IMR, ou outro instrumento

substituto, permitirá ao gestor glosar o pagamento de serviços não prestados ou prestados em desconformidade com o previsto no edital.

Trata-se, portanto, de um instrumento que permite definir bases objetivas a serem aplicadas no controle da qualidade do objeto executado, permitindo à Administração, também com base em previsão expressa nesse instrumento, promover as adequações de pagamento devidas no caso de não se verificar o atendimento das metas estabelecidas.

Uma vez adotado um IMR, define-se um nível mínimo de qualidade dos serviços para que a contratada tenha direito a receber o valor pactuado. Caso o serviço seja prestado, mas com nível de qualidade inferior ao mínimo estabelecido, o próprio IMR prevê a redução correspondente a ser operada no valor a ser pago à contratada. Além disso, o IMR evidencia o descumprimento de obrigação contratual e indica a adequação a ser feita no pagamento.

Nessa hipótese, a redução do valor unitário a ser pago nos casos cuja prestação do serviço não atendeu à meta fixada no IMR não representa a aplicação de uma penalidade ao contratado, mas o próprio cumprimento de uma condição objetiva fixada no contrato, a qual tem a finalidade de estabelecer descontos diante de inadimplemento das condições ajustadas entre as partes.

Essa possibilidade também foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União (TCU):

9.4. recomendar ao Ministério do Trabalho e Emprego que, em suas futuras licitações, em atenção ao art. 19, inciso XII, da IN/SLTI/MP nº 02/2008, observe que **as reduções de pagamento decorrentes do descumprimento de Acordos de Nível de Serviço não devem ser interpretadas como penalidades, e sim como adequações pelo não atendimento das metas estabelecidas, em complemento à mensuração dos serviços efetivamente prestados;**" (TCU, Acórdão nº 717/2010, Plenário). (grifamos)

Observe-se que o Acórdão do TCU citado considera que a aferição das metas previstas no antigo Acordo de Nível de Serviço deve ser entendida não como penalidade, mas sim um complemento à mensuração dos serviços efetivamente prestados. Isto implica dizer que a Administração deverá mensurar os serviços e materiais efetivamente prestados/fornecidos, e essa medição será complementada pela avaliação dos critérios de qualidade previamente estabelecidos.

Além disso, é preciso atentar ao teor do art. 63 da Lei nº 4.320/1964: *"a liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito"*. Logo, trata-se de ato unilateral, praticado pela Administração com o objetivo de apurar, entre outros, "a

importância exata a pagar". Para tanto, a Administração deve basear-se nos termos do contrato e nos comprovantes da efetiva prestação do serviço, conforme aferido pela fiscalização.

A proporcionalização de pagamentos devidos à contratada com base no IMR constitui simples procedimento de adequação dos valores ajustados em razão dos resultados aferidos pela fiscalização, conforme as métricas definidas no edital e no contrato, não configurando aplicação de penalidade e, portanto, não requer a concessão de contraditório e ampla defesa.

É conveniente ressaltar que a doutrina entende que o IMR é um instrumento consentâneo com a realidade dos contratos de prestação de serviços, para permitir critérios de mensuração referente aos resultados, não sendo aplicado em geral nos contratos de fornecimento de bens.

Vejam os a orientação da Revista Zenite (FORNECIMENTO - BENS - INSTRUMENTO DE MEDIÇÃO DE RESULTADOS (IMR) - UTILIZAÇÃO - CONSIDERAÇÕES, 27/07/2018) sobre aplicação do IMR em contratos de fornecimento de bens, verbis:

"Como se pode perceber, a estruturação do IMR se deu à luz da realidade dos contratos de prestação de serviços, em que se é mais factível o emprego de critérios de medição de resultados.

Diz-se isso porque a prestação de serviços depende de fatores relacionados ao emprego de mão de obra capacitada e de equipamentos/insumos pertinentes, quando for o caso, de modo que o controle em torno da entrega a ser feita é viável a partir da definição de critérios objetivos de mensuração usualmente aplicáveis para as atividades.

(...)

A compreensão desse cenário permite concluir que, em um primeiro momento, não se vislumbram hipóteses em que o IMR seja aplicável aos contratos de fornecimento de bens.

É que, em regra, nos contratos de aquisição de bens, cumpre ao contratado entregar os bens segundo as especificações mínimas exigidas, sob pena de incorrer em inexecução contratual. Nesses ajustes, o cenário ordinário não permite que a Administração aceite bens com características inferiores àquelas exigidas no instrumento convocatório e no contrato, sob pena de incorrer em ofensa aos princípios da ampla competitividade, da isonomia e da economicidade: ora, se era possível, desde logo, aceitar bens com especificações inferiores, então, a disputa poderia ter se dado sob esse viés,

permitindo a participação de um número maior de interessados e a obtenção de valores mais vantajosos.

(...)

Em princípio, entende-se que o IMR se mostra consentâneo com a realidade dos contratos de prestação de serviços cujo desenvolvimento permita a definição de critérios de mensuração voltados à apuração de resultados/metras.

Como, a rigor, os contratos de fornecimento têm como objetivo a entrega de bens segundo as especificações mínimas exigidas, não se vislumbra a aplicabilidade de IMR, de modo que entrega de bens em desacordo ao que foi exigido importa em inexecução contratual". (destaques nossos)

A Instrução Normativa nº 05/17 estabelece que o IMR deve compor o modelo de gestão do contrato de prestação de serviços, consoante previsto no item 2.6 do Anexo V, que define as "Diretrizes para elaboração do projeto básico (PB) ou termo de referência (TR)".

Sobre a **fiscalização mensal**, o modelo de Termo de Referência para contratação de serviços contínuos de mão de obra, elaborado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos da Consultoria-Geral da União, dispõe:

16.15.2 Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura):

a) Deve ser feita a retenção da contribuição previdenciária no valor de 11% (onze por cento) sobre o valor da fatura e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço;

b) Deve ser consultada a situação da empresa junto ao SICAF;

c) Serão exigidos a Certidão Negativa de Débito (CND) relativa a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) e a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), caso esses documentos não estejam regularizados no SICAF;

d) Deverá ser exigida, quando couber, comprovação de que a empresa mantém reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no art. 66-A da Lei nº 8.666, de 1993.

Acerca do **recebimento definitivo** do serviço, a IN 05/2017 determina:

Art. 50. Exceto nos casos previstos no art. 74 da Lei n.º 8.666, de 1993, ao realizar o recebimento dos serviços, o órgão ou entidade deve observar o princípio da segregação das funções e orientar-se pelas seguintes diretrizes:

II - o recebimento definitivo pelo gestor do contrato, ato que concretiza o ateste da execução dos serviços, obedecerá às seguintes diretrizes:

a) realizar a análise dos relatórios e de toda a documentação apresentada pela fiscalização técnica e administrativa e, caso haja irregularidades que impeçam a liquidação e o pagamento da despesa, indicar as cláusulas contratuais pertinentes, solicitando à contratada, por escrito, as respectivas correções;

b) emitir termo circunstanciado para efeito de recebimento definitivo dos serviços prestados, com base nos relatórios e documentação apresentados; e

c) comunicar a empresa para que emita a Nota Fiscal ou Fatura com o valor exato dimensionado pela fiscalização com base **no Instrumento de Medição de Resultado (IMR)**, observado o Anexo VIII-A ou instrumento substituto, se for o caso.

Ao tratar dos materiais e equipamentos a serem disponibilizados, o modelo de Termo de Referência destaca a relevância do fornecimento dos materiais nas quantidades e qualidades estabelecidas, conforme se afere a seguir:

9.1. Para a perfeita execução dos serviços, a Contratada deverá disponibilizar os **materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios necessários, nas quantidades estimadas e qualidades** a seguir estabelecidas, promovendo sua substituição quando necessário:

13.39. Prestar os serviços dentro dos parâmetros e rotinas estabelecidos, fornecendo todos os **materiais, equipamentos e utensílios em quantidade, qualidade e tecnologia adequadas**, com a observância às recomendações aceitas pela boa técnica, normas e legislação;

13.1. Executar os serviços conforme especificações deste Termo de Referência e de sua proposta, com a alocação dos empregados necessários ao perfeito cumprimento das cláusulas contratuais, além de fornecer e utilizar os **materiais e equipamentos, ferramentas e utensílios necessários, na qualidade e quantidade mínimas** especificadas neste Termo de Referência e em sua proposta;

O Termo de Referência padrão também estabeleceu que a fiscalização técnica avaliará a execução do objeto e utilizará o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), para aferição da qualidade da prestação dos serviços, verbis:

16.20 A fiscalização técnica dos contratos avaliará constantemente a execução do objeto e utilizará o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), conforme modelo previsto no Anexo XXX, ou outro instrumento substituto para aferição da qualidade da prestação dos serviços, devendo haver o redimensionamento no pagamento com base nos indicadores estabelecidos, sempre que a CONTRATADA:

- a) não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas; ou
- b) deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

16.20.1 A utilização do IMR não impede a aplicação concomitante de outros mecanismos para a avaliação da prestação dos serviços.

(...)

16.30 A conformidade do material a ser utilizado na execução dos serviços deverá ser verificada juntamente com o documento da CONTRATADA que contenha sua relação detalhada, de acordo com o estabelecido neste Termo de Referência e na proposta, informando as respectivas quantidades e especificações técnicas, tais como: marca, qualidade e forma de uso.

O modelo de Termo de Referência ainda dispõe sobre a **retenção ou glosa no pagamento**, proporcional à irregularidade verificada, conforme previsto no Instrumento de Medição de Resultado (IMR):

18.6 Nos termos do item 1, do Anexo VIII-A da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05, de 2017, será efetuada a retenção ou glosa no pagamento, proporcional à irregularidade verificada, sem prejuízo das sanções cabíveis, caso se constate que a Contratada:

18.6.1 não produziu os resultados acordados;

18.6.2 deixou de executar as atividades contratadas, ou não as executou com a qualidade mínima exigida;

18.6.3 deixou de utilizar os materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizou-os com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

Nesse diapasão, feitas as considerações supra, questiona-se: "A fiscalização contratual precisa verificar a quantidade e qualidade dos materiais utilizados mensalmente e/ou os valores correspondentes através de Nota Fiscal?". É imperioso que a Administração verifique a quantidade e a qualidade dos materiais utilizados mensalmente, registrando tudo em relatório circunstanciado, sendo feita também a avaliação dos materiais no IMR sob estes aspectos (qualidade e quantidade).¹⁸⁸

Em relação aos valores dos materiais, a contratada poderá apresentar a nota fiscal ou a relação dos materiais. Neste último caso, ao que me parece, os valores dos materiais poderão estar ausentes por se tratar de uma simples relação de materiais, sendo irrelevante - nesse momento - a conferência dos seus valores.

Contudo, na hipótese de utilização de materiais em qualidade inferior ao previsto no Termo de Referência e no Contrato, tem-se como configurado o inadimplemento parcial do Contrato, sendo necessária a retenção ou glosa dos valores correspondentes aos materiais utilizados em qualidade inferior, uma vez que a Administração não deve pagar por materiais utilizados pela contratada com qualidade inferior aos previstos no Contrato/TR. Caso estes valores não estejam discriminados na nota fiscal ou na relação de materiais, para efetuar a retenção ou glosa dos valores relativos aos produtos utilizados com qualidade inferior, parece-nos ser possível verificar os valores exatos correspondentes na Proposta de Preços da empresa apresentada por ocasião do certame.

Em contrapartida, em relação à utilização de materiais em quantidade inferior àquela prevista no Contrato/TR, temos duas situações:

Caso a empresa utilize materiais em quantidade inferior à DEMANDADA (demanda concreta/realista do órgão), entendemos que houve uma IRREGULARIDADE por parte da empresa Contratada, pois a DEMANDA administrativa não foi atendida por completo. Neste caso, o órgão estipulou no Contrato/TR determinado número de materiais a serem utilizados no serviço, a empresa os empregou em quantidade menor e a NECESSIDADE (DEMANDA) da Administração NÃO foi satisfeita. A utilização de bens em desacordo com a demanda concreta administrativa implica inexecução contratual, devendo ser também apurado em processo

¹⁸⁸ Tais questionamentos foram apresentados em consulta formulada à Consultoria Jurídica da União no NUP 25047.000399/2020-75, respondidos por meio do PARECER N. 881/2021/E-CJU/SCOM/CGU/AGU.

administrativo para aplicação (eventual) de sanções previstas no Contrato.

Nessa situação, julgo ser possível a aplicação dos itens 18.6.3. e 16.20. "b" do modelo de Termo de Referência, com a correspondente glosa dos valores, pois a qualidade exigida dos serviços não foi atingida.

Caso a empresa utilize materiais em quantidade inferior à prevista no(a) TR/Contrato/Planilha, porém a DEMANDA (demanda concreta/realista do órgão) tenha sido completamente ATENDIDA, não há que se falar em qualquer irregularidade por parte da empresa. Neste caso, o órgão estipulou no Contrato/TR determinado número de materiais a serem utilizados no serviço, a empresa os empregou em quantidade menor e a NECESSIDADE (DEMANDA) da Administração foi perfeitamente satisfeita. Nesta situação, não é possível cobrar/glosar/reaver quaisquer valores, pois foi o órgão contratante que SOBRESTIMOU o quantitativo de materiais a serem utilizados no serviço.

Veja-se, ademais, que o modelo do IMR (Anexo V-B da IN SEGES/MP Nº 5/2017) indica a "avaliação da qualidade dos serviços". É isso que importa para efeito de avaliação e mensuração dos serviços e resultados.

No segundo caso, compete ao órgão, verificando que realmente sobrestimou o quantitativo total de produtos, realizar a imediata supressão quantitativa dos materiais excedentes por meio de Termo Aditivo, reduzindo o valor do contrato até o limite de 25% do seu valor inicial atualizado (art. 65, I, "b" c/c §1º da lei 8.666/93). É nesse sentido o art. 63, §2º, da IN 05/2017:

Art. 63. A contratada deverá arcar com o ônus decorrente de eventual equívoco no dimensionamento dos quantitativos de sua proposta, devendo complementá-los caso o previsto inicialmente em sua proposta não seja satisfatório para o atendimento ao objeto da licitação, exceto quando ocorrer algum dos eventos arrolados nos incisos do § 1º do art. 57 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º Caso o eventual equívoco no dimensionamento dos quantitativos se revele superior às necessidades da contratante, a Administração deverá efetuar o pagamento seguindo estritamente as regras contratuais de faturamento dos serviços demandados e executados, concomitantemente com a realização, se necessário e

cabível, de adequação contratual do quantitativo necessário, com base na alínea "b" do inciso I do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993.

Deve-se lembrar que normalmente não estaremos diante de uma contratação de prestação de serviços com aquisição de produtos (salvo os materiais de higiene pessoal). O objeto da contratação, em regra, é a prestação de serviços de limpeza e conservação com fornecimento de bens. São institutos distintos. Os materiais/utensílios/equipamentos/insumos utilizados pela empresa na prestação dos serviços são de sua propriedade. Se ao final do mês está sobrando materiais, formando excedente no estoque, é porque o órgão estimou incorretamente o seu quantitativo.

Ademais, o órgão público deve estar ciente que a redação dos itens 18.6.3. e 16.20. "b" do modelo de Termo de Referência contém o verbo UTILIZAR, e não ENTREGAR. Isso porque, como já afirmado, nada é "entregue" ao órgão. Os materiais são de propriedade da empresa e por ela utilizados para a prestação do serviço.

Por fim, corroborando o que foi dito até aqui, o item 7.5. do Anexo VII-A da IN 05/2017 dispõe que a proposta da licitante implica obrigatoriedade de esta fornecer todos os materiais **NECESSÁRIOS**, em qualidade e quantidades adequadas à perfeita execução contratual:

ANEXO VII-A

DIRETRIZES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO

7. Da aceitabilidade da proposta vencedora:

7.5. A apresentação das propostas nos termos do subitem 7.4. acima implica obrigatoriedade do cumprimento das disposições nelas contidas, assumindo o proponente o compromisso de executar os serviços nos seus termos, bem como fornecer todos os materiais, equipamentos, ferramentas e utensílios **NECESSÁRIOS**, em qualidade e **quantidades adequadas** à perfeita execução contratual, promovendo, quando requerido, sua substituição;

PROPOSTA DE TABELAS PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, ASSEIO E CONSERVAÇÃO

Considerando todas as observações e recomendações feitas neste estudo, com o fim de facilitar a instrução processual e o preenchimento das propostas por parte das empresas concorrentes, proponho que o Termo de Referência para contratação de serviços de limpeza e conservação, com fornecimento de materiais, possua tabelas semelhantes a estas:

TABELA 01

GRUPO	SUBGRUPO	ITEM	DESCRIÇÃO DO ITEM	CATSER / CATMAT	METRAGEM	UNIDADE DE MEDIDA	VALOR UNITÁRIO ESTIMADO	VALOR MENSAL MÁXIMO ESTIMADO
1		1	Área Interna - Pisos Acarpetados		1000	m²	R\$/m²	Valor unitário proposto X Metragem da área
		2	Área Interna - Pisos frios		6.000	m²	R\$/m²	Valor unitário proposto X Metragem da área
		3	Áreas Externas - Pisos pavimentados adjacentes/contíguos às edificações		2000	m²	R\$/m²	Valor unitário proposto X Metragem da área
		4	Áreas Externas - Pátios e áreas verdes com alta frequência		4000	m²	R\$/m²	Valor unitário proposto X Metragem da área
		5	Esquadrias Externas - Face externa com exposição a situação de risco		300	m²	R\$/m²	Valor unitário proposto X Metragem da área
		6	Áreas Hospitalares e assemelhadas		2000	m²	R\$/m²	Valor unitário proposto X Metragem da área
		TOTAL				15300	m²	Soma dos valores unitários X Metragem total das áreas
		ITEM	DESCRIÇÃO DO ITEM		QUANTIDADE MENSAL	VALOR UNITÁRIO MÁXIMO ESTIMADO	VALOR MENSAL ESTIMADO	
	2	1	Papel higiênico de 300 metros, Fardo com 8 rolos		10			
		2	Sabonete líquido - 1Litro		10			
		3	Papel toalha - Pacote com 6 unidades		20			
4		Dispenser de papel higiênico plástico		2				
5		Dispenser de papel toalha interfolhado		2				
	TOTAL			42			Soma (quantidade mensal X valor unitário)	

TABELA 02

ITEM	ÁREAS	FAIXA DE PRODUTIVIDADE	PRODUTIVIDADE DE REFERÊNCIA	PRODUTIVIDADE DA LICITANTE	NÚMERO DE FUNCIONÁRIOS
1	Área Interna - Pisos Acarpetados	800 m² a 1200 m²	1000		1
2	Área Interna - Pisos frios	800 m² a 1200 m²	1000		6
3	Áreas Externas - Pisos pavimentados adjacentes/contíguos	1800 m² a 2700 m²	2000		1
4	Áreas Externas - Pátios e áreas verdes com alta frequência	1800 m² a 2700 m²	2000		2
5	Esquadrias Externas - Face externa com exposição a situação	130 m² a 160 m²	150		2
6	Áreas Hospitalares e assemelhadas	360 m² a 450 m²	400		5
					17

TABELA 03

FUNÇÃO	QUANTIDADE DE PESSOAL
SERVENTE - ÁREAS ADMINISTRATIVAS	4
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÉDIO - DIURNO	3
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÉDIO - NOTURNO	3
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÁXIMO - DIURNO	3
SERVENTE - INSALUBRIDADE GRAU MÁXIMO - NOTURNO	2
SERVENTE - JORNADA 12X36	2
* GRUPO 1 - SEDE DO ÓRGÃO FEDERAL	
** CRITÉRIO DE JULGAMENTO: MENOR VALOR DA SOMA ENTRE OS VALORES TOTAIS DOS SUBGRUPOS 1 E 2	
*** NÚMERO DE FUNCIONÁRIOS = METRAGEM DA ÁREA / PRODUTIVIDADE ADOTADA	

CONCLUSÃO

Conforme foi visto, a contratação de serviços contínuos de limpeza e conservação na Administração Pública Federal é repleta de particularidades, com as quais os gestores dos órgãos públicos ainda não estão familiarizados.

Na instrução processual, são inúmeras as dúvidas surgidas e os equívocos praticados, diante dos quais os Advogados pareceristas têm de emitir manifestações jurídicas para sua correção, ocasionando atrasos no prosseguimento da licitação.

Por meio da análise das leis, instruções normativas, Cadernos Técnicos de Logística e jurisprudências, este estudo tenta apresentar soluções jurídicas práticas para algumas das problemáticas enfrentadas pelos servidores públicos federais na instrução dos autos.

Inicialmente, passamos pelo critério de competição e de remuneração dos serviços de limpeza e conservação, cuja regra é a unidade de medida "Real por Metro Quadrado". Para excepcioná-la, é preciso que essa opção seja técnica, econômica e

pormenorizadamente justificada, uma vez que, conforme já demonstrado, a regra é remunerar pela relação custo por metro quadrado.

No tópico sobre jornadas de trabalho, afirmou-se que a regra é a fixação da jornada de 8 horas diárias (44h semanais). Para jornadas de trabalho não usuais, como a de 12x36 horas, o órgão deve adotar faixa e índice de produtividade diferenciados, de forma justificada e tecnicamente calculados. Isso porque a produtividade de um funcionário em jornada de 8 horas diárias, obviamente, é diversa da de um funcionário com jornada de 12x36 horas.

Aduzimos, ainda, que a quantidade de funcionários necessária para prestação dos serviços é encontrada por meio da divisão entre a metragem de cada ambiente a ser limpo e a respectiva produtividade de referência indicada pelo órgão. Ao final, soma-se cada resultado e encontrar-se-á o número total de terceirizados necessários.

Discorreremos sobre as possibilidades de se prever arredondamento do número fracionado de funcionários e regime de tempo parcial.

Ao interpretar conjuntamente os itens 8, 10 e 11 do Anexo VI-B da IN 05/2017, afirmei que os índices de produtividade estabelecidos no item 3 só poderiam ser modificados, no caso concreto, caso a jornada de trabalho dos serventes desejada pelo órgão não seja de 08 horas diárias ou se houver modificação da periodicidade padrão da limpeza.

Também conclui pela necessidade de separação em itens da contratação de serviços de jardinagem e limpeza e conservação, além da revogação pela Portaria nº 21.262, de 23 de setembro de 2020, dos valores limites anteriormente fixados na Portaria nº 213, de 25 de setembro de 2017.

Ademais, fez-se considerações importantes sobre a sistemática da pesquisa de preços para os serviços de limpeza e sobre a necessidade de excluir da Planilha de Custos e Formação de Preços os materiais de higiene pessoal, nos termos da Orientação Normativa n. 00001/2021/COORD/E-CJU/SCOM/CGU/AGU.

Ainda, explanei sobre a gestão e fiscalização dos contratos, especialmente em relação à verificação da quantidade e qualidade dos materiais utilizados mensalmente pela contratada na prestação dos serviços, lembrando que os materiais/utensílios/equipamentos/insumos utilizados pela empresa na prestação dos serviços são de sua propriedade, em regra. Se ao final do mês está havendo sobra, formando excedente no estoque, é porque o órgão estimou incorretamente o seu quantitativo.

Por fim, considerando todas as soluções propostas e observações feitas, propus aos gestores públicos federais a utilização de três tabelas-padrão nos Termos de Referência para contratação de serviços de limpeza e conservação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas-revogadas/instrucao-normativa-no-02-de-30-de-abril-de-2008-revogada-pela-in-no-5-de-26-de-maio-de-2017>>. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>>. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Instrução Normativa nº 73, de 5 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-73-de-5-de-agosto-de-2020-270711836>>. Acesso em 20/01/2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 20/01/2022.

Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. Prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação / Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. – Brasília: SLTI, 2014. (Caderno de Logística; Contratações públicas sustentáveis).

Jardinagem. In: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Jardinagem>>. Acesso em 23/01/2022.

Revista Zênite. O que é o Instrumento de Medição de Resultado (IMR) previsto na IN nº 05/17? Qual o seu objetivo e quais os cuidados na sua estruturação?. 17 de maio de 2018. Disponível em <https://zenite.blog.br/o-que-e-o-instrumento-de-medicao-de-resultado-imr-previsto-na-in-no-0517-qual-o-seu-objetivo-e-quais-os-cuidados-na-sua-estruturacao/>. Acesso em 20/01/2022.

PERSONALIDADE DIGITAL COM BASE NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

ISABELLA DE JESUS MORAES MOURA FÉ:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

MA VIE DE MOURA QUIRINO¹⁸⁹

(coautora)

JOÃO SANTOS DA COSTA¹⁹⁰

(orientador)

RESUMO: Este estudo é voltado à exploração da repercussão da Lei Geral de Proteção de Dados no cenário jurídico, considerando que agora os dados pessoais são tutelados por uma lei própria. Desse modo, o objetivo da pesquisa é analisar a personalidade digital e sua formação a partir da influência das novas tecnologias na rotina pessoal e profissional das pessoas, discutindo a tutela jurídica da personalidade a partir da proteção de dados como garantia fundamental na Constituição Federal. Para tanto, foi utilizado como metodologia a revisão bibliográfica com abordagem dedutiva, baseada em materiais já elaborados, sendo principalmente livros e artigos científicos acerca do tema. Logo, a presente pesquisa analisou a tutela jurídica dos direitos da personalidade em um contexto constitucional, bem como os efeitos da sua violação, explorando as mudanças sociais acarretadas pelas novas tecnologias, como também examinou a repercussão da LGPD na tutela da personalidade digital e abordou o consentimento como ponto imprescindível da referida lei. Como resultado final da pesquisa, ficou evidente que o ordenamento jurídico brasileiro buscou tutelar o manejo de dados pessoais no âmbito virtual diante das necessidades oriundas das mudanças sociais acarretadas pelo mundo digital e que dessa forma, a personalidade digital também se encontra protegida pela legislação.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Personalidade. Dados pessoais

ABSTRACT: This study is aimed at exploring the impact of the General Data Protection Law on the legal scenario, considering that personal data are now protected by a law of its own. In this way, the objective of the research is to analyze the digital personality and its formation from the influence of new technologies in the personal and professional routine

189 Ma Vie de Moura Quirino - Centro Universitário Santo Agostinho – maviedmq@gmail.com

190 Professor Mestre João Santos da Costa - Centro Universitário Santo Agostinho

of people, discussing the legal protection of the personality from the protection of data as a fundamental guarantee in the Federal Constitution. For this purpose, the bibliographic review with a deductive approach was used as a methodology, based on materials already prepared, mainly books and scientific articles on the subject. Therefore, the present research analyzed the legal protection of personality rights in a constitutional context, as well as the effects of its violation, explored the social changes brought about by new technologies, examined the impact of LGPD on the protection of digital personality and approached consent as an essential point of the said law. As a final result of the research, it was evident that the Brazilian legal system sought to protect the handling of personal data in the virtual environment in the face of the needs arising from the social changes brought about by the digital world and that, in this way, the digital personality is also protected by legislation.

Keywords: General Data Protection Law, Personality, Personal data.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tutela jurídica dos direitos da personalidade; 2.1 A tutela constitucional dos direitos da personalidade; 2.2 Efeitos da violação dos direitos da personalidade. 3. Novas tecnologias e as relações pessoais; 3.1 A mediação das relações interpessoais; 3.2 Personalidade Digital. 4. Lei geral de proteção de dados e sua repercussão na tutela da personalidade digital; 4.1 A proteção de dados frente à nova sistemática da LGPD; 4.2 O consentimento como epicentro da Lei geral de proteção de dados. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende investigar os impactos decorrentes da Lei Geral da Proteção de Dados no ordenamento jurídico, tendo em vista que agora os dados pessoais estão tutelados por lei específica. Na sociedade atual, a informação passou a ser elemento primordial em todas as relações existentes. Dessa forma, com a evolução dos meios de comunicação e os avanços da tecnologia, fez-se necessária a criação de atos normativos para disciplinar o uso e controle de dados pessoais.

Dessa forma, tem-se por delimitação do tema a relação da LGPD com a tutela jurídica da personalidade digital a partir da concepção da proteção de dados como garantia fundamental no Brasil. Neste contexto, é importante ressaltar que a nova lei teve como inspiração a regulamentação vigente na Europa, a GDPR (*General Data Protection Regulation*). O fato de que algumas das ideias mais restritivas da GDPR foram transplantadas para diversas legislações do mundo, acabou aproximando essa tendência

de desinformação também no Brasil, onde ano passado foi aprovada a nossa lei geral de proteção de dados “LGPD” (RAMOS, 2019).

Em assim sendo, eis o problema da pesquisa: há um direito a uma personalidade digital suficientemente tutelado no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica, acerca do tema tutela da personalidade digital, visando comprovar que mesmo no âmbito virtual a personalidade é objeto de direitos e deve ser tutelada no ordenamento pátrio.

Justifica-se a adoção da categoria - personalidade digital – pelo fato de ser um tema em voga na sociedade atual, uma vez que a Lei Geral de Proteção de dados, lei nº 13.709/2018, é um novo marco legal que rege a proteção de dados pessoais. A motivação para a criação da LGPD está diretamente relacionada com o modelo de desenvolvimento dos negócios da economia digital, que criou uma dependência de fluxos de base de dados, especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e a globalização.

Para alcançar a conclusão do estudo, propõe-se trabalhar, num primeiro momento, a tutela jurídica dos direitos da personalidade, a tutela constitucional dos direitos da personalidade e os efeitos da violação dos direitos da personalidade. Na sequência, têm-se as novas tecnologias e as relações pessoais, a midiaticização das relações interpessoais, bem como a personalidade digital. Por fim, será enfatizada a lei geral de proteção de dados e sua repercussão na tutela da personalidade digital, a proteção de dados frente à nova sistemática da lei geral de proteção de dados e o consentimento como epicentro da LGPD.

Objetiva-se desse modo, fazer um estudo com o intuito de analisar o conceito de personalidade digital e sua formação a partir da influência das novas tecnologias na rotina pessoal e profissional das pessoas, discutindo a tutela jurídica da personalidade a partir da proteção de dados como garantia fundamental, a Constituição Federal.

No artigo, utilizar-se-á o método de abordagem dedutiva, sendo a análise realizada através de pesquisa de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, livros de leitura recorrente e de referência, publicações periódicas, impressos diversos e legislação. A pesquisa tem como objetivo fundamental aprofundar o debate sobre a tutela da personalidade digital no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, sem a intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente no ambiente acadêmico.

2. TUTELA JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 A tutela constitucional dos direitos da personalidade

Em face de uma breve retrospectiva no âmbito constitucional da tutela de direitos fundamentais, deve-se reforçar que a constitucionalização desses direitos foi desencadeada no Brasil a partir da Carta Magna de 1934, antes da guinada que a Segunda Guerra Mundial causou em relação às graves violações de direitos cometidas pelos regimes totalitários, que posteriormente resultariam em atos normativos com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana, conforme entendimento de Sarlet (2021). Mas, no interstício temporal até a Constituição Federal de 1988, apesar da crescente positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais, Cartas como a de 1937, conhecida como constituição Polaca, inspirada em um modelo fascista, e a de 1967, sob influência da ditadura militar, foram marcadas pela restrição de direitos e garantias individuais.

Assim, em busca de reatar os direitos fundamentais como pilar do ordenamento jurídico constitucional, foi promulgada a Constituição Brasileira de 1988, tendo em vista as conquistas sociais adquiridas pela coletividade, inclusive ganhando o texto legal, capítulos dedicados exclusivamente à garantia dos direitos fundamentais, bem como dando previsão expressa da aplicabilidade imediata dessas normas.

A Lei Maior trouxe uma carga de valores éticos, sociais, econômicos, em que estabelecia regras relacionadas ao direito privado, a exemplo do direito contratual, com o objetivo de suprir o que os Códigos deixavam a desejar. (SANTOS, 2014).

No entanto, Sarlet (2021) ainda versa sobre a constitucionalização do direito privado, rótulo esse, referente aos particulares como destinatários dos direitos fundamentais. A CRFB/88 não dispôs sobre os particulares como destinatários dos direitos fundamentais, existindo um conflito sobre a vinculação dos particulares, podendo ser imediata ou mediata, mas ainda que diante dessa problemática, as normas constitucionais e o direito privado seguem em uma relação de procedência, uma vez que ao ser aplicada uma norma de direito privado, conseqüentemente aplica-se a própria Constituição. Assim, diante de conflitos entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, a jurisprudência tem se calçado na ponderação do que é tutelado, buscando a preservação do conteúdo essencial do direito fundamental.

Seguindo a noção passada por Carlos Roberto Gonçalves (2021), é possível compreender os direitos da personalidade como prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, que foram reconhecidas pelo ordenamento, direitos estes, inalienáveis e dignos de proteção legal.

Diante das evoluções sociais, o mundo contemporâneo é marcado pela internet e a tecnologia como um importante meio de interação social. Em contrapartida, a tecnologia, por ser um meio de expansão das relações relativamente recentes, pode vir a ser nociva aos seus usuários. Pode-se reconhecer que *a priori*, apenas eram salvaguardados pelo legislador, direitos privados relacionados à vida privada, à família, ao domicílio, à honra, entre outros. Entretanto, diante das necessidades do mundo atual, foram surgindo outros segmentos, como o direito ao sigilo (BITTAR, 2015).

Conforme supramencionado e tendo em vista a realidade vivida atualmente em um contexto global, a era virtual chegou para causar uma viragem no *modus operandi* da sociedade nos mais amplos aspectos, uma vez que desde uma simples conversa entre particulares a um contrato de trabalho, por exemplo, podem ser tratados no âmbito da internet. Logo, também é possível concluir que com o aumento das transações realizadas pela internet, mais dados são inseridos em diversos sistemas e isso pode vir a deixar seus usuários vulneráveis relativamente à segurança dos dados informados.

Dessa forma, em fevereiro de 2022, foi promulgada e entrou em vigor a emenda constitucional número 115, englobando a proteção de dados ao rol de direitos fundamentais contidos na CRFB/88, em síntese, aqueles caracterizados como essenciais a dignidade da vida humana. Sendo assim, agora é dever estatal assegurar a máxima proteção a esse direito, o que implica em desdobramentos positivos na esfera de garantias asseguradas aos usuários de sistemas eletrônicos.

2.2 Efeitos da violação dos direitos da personalidade e o alcance da LGPD

O Código Civil teve seu rol de direitos ampliado por disposições constitucionais. Para Ascensão (2013) os direitos da personalidade têm o intuito de proteger a pessoa amplamente em todos os seus aspectos, não sendo, portanto, uma criação de direitos, mas sim o reconhecimento do princípio da tutela sem lacunas da personalidade, sendo uma afirmação de um direito singular.

Por isso, a lesão a esses direitos é ilícita e está sujeita às consequências dispostas no domínio da responsabilidade civil, portanto, permite à pessoa lesada requerer a providência adequada para evitar a consumação ou mitigar os efeitos do ilícito cometido (ASCENSÃO, 2013).

Em respeito à dignidade humana, tem-se em primeiro plano constitucional brasileiro a defesa dos direitos a dignidade da pessoa humana (CRFB/88 art. 1º, III), bem como a

seguridade do direito a indenização pelo dano recorrente de sua violação (CRFB/88, art. 5º, X).

Nesse sentido, dispõe também o Código Civil em seu artigo 12, meios de intervenção diante da lesão dos referidos direitos, podendo “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” (BRASIL, 2002). É possível observar, portanto, que já existem medidas judiciais adequadas, que podem e devem ser ajuizadas pelo indivíduo lesionado, a fim de resguardar sua honrabilidade (GONÇALVES, 2021).

Essas medidas podem ser preventivas, com o objetivo de evitar a concretização da lesão ou repressivas, em que existe a imposição de sanção civil ou penal, no caso de a lesão já ter ocorrido. Ainda, a respeito de modos de reação, conforme Bittar (2015), existem vários que permitem o afetado a obtenção de respostas distintas, de acordo com o seu interesse em consonância com alguns objetivos, sendo esses: cessação de práticas lesivas; apreensão de materiais oriundo de práticas; submissão do agente a cominação de pena; reparação de danos materiais e morais e perseguição criminal do agente. Por isso, é no equilíbrio entre o direito à informação e à proteção dos direitos da personalidade que se encontra a justa medida de proteção à pessoa (GAGLIANO, 2021).

Bittar (2015) classifica os direitos da personalidade em diversos planos, sendo os direitos físicos, como o direito à vida, à integridade física, à voz, à imagem, além dos direitos psíquicos, como a liberdade, a intimidade e o segredo. E por fim os direitos morais da personalidade, sendo o direito a honra, ao nome e o direito moral de autor.

Considerando o contexto atual, é relevante informar que os dados pessoais são protegidos constitucionalmente pelo rol de direitos fundamentais, sendo cabíveis a eles e consequentemente a seus proprietários, a proteção estatal. Diante disso, dispõe-se o cenário da personalidade digital e sua tutela surgindo no mundo contemporâneo.

Assim, na ótica de Pinheiro (2021), no Direito Digital tem maior aplicabilidade a teoria do risco, uma vez que para resolver os conflitos de reparação do dano, a culpa torna-se um elemento dispensável, considerando o princípio do equilíbrio de interesses e genérica equidade. Além disso, é levado em conta que o potencial de danos indiretos da internet é elevado, sendo concreta a possibilidade de causar danos a outrem, mesmo sem culpa.

Em 2018, foi criada a Lei Geral de Proteção de Dados, que tem por objetivo fazer o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, buscando proteger os direitos

fundamentais de liberdade e de privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A repercussão desse microsistema de proteção dos dados pessoais é um tema que ganhou atenção, especialmente em razão das consequências do inadequado tratamento dos dados pessoais.

Desse modo, antes da criação da LGPD, os usuários não eram considerados proprietários dos dados pessoais que ofereciam às empresas, sendo assim, os limites do que se poderia fazer com informações tão importantes dos cidadãos eram bem maiores e mais preocupantes. Ao mesmo tempo, em relevo está a proteção dos direitos da personalidade como decorrência das violações às normas que disciplinam o tratamento dos dados pessoais.

Nesse cenário, a Lei Geral de Proteção de Dados traz uma seção específica para tratar da responsabilidade e do ressarcimento de danos constante nos artigos 42 a 45. A lei preleciona em seu artigo 42 que “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem, dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2018). Além disso, no seu escopo há previsão do caráter solidário da responsabilização, da isenção de responsabilidade diante de provas que a fundamentem de forma suficiente, pondera as condições de ilicitude do tratamento de dados, bem como não exclui a possibilidade da aplicação de penalidades constantes em outras legislações pertinentes ao tema (PINHEIRO, 2021).

3. NOVAS TECNOLOGIAS E AS RELAÇÕES PESSOAIS (MUDANÇAS NA SOCIEDADE)

3.1 A midiaticização das relações interpessoais

A princípio, para se tratar de novas tecnologias, faz-se necessário compreender alguns conceitos que se tornarão peças-chaves na pesquisa. Dessa forma, termos como tecnologia, sistemas de informação e *cookies* fazem parte desse conglomerado de ideias que se relacionam com o teor dos institutos que serão tutelados pela Lei Geral de Proteção de dados.

A palavra “tecnologia” em si mesma tem origem grega no verbo “tekhne”, significando o conjunto de conhecimentos, princípios científicos, que se aplicam a um determinado ramo de atividade (DICIONÁRIO AURÉLIO ONLINE, 2018).

Com a evolução da sociedade, o uso da tecnologia também vai se modificando, exemplo disso são as automações de processos robóticos, inteligência artificial, *dataOps*,

5G, contêineres, *edge computing*, dentre outros. Contudo, é importante ressaltar que são termos meramente exemplificativos nos quais seus conceitos não possuem relevância no presente estudo.

Aliado à temática, o conceito de sistema de informação está cada vez mais em voga, pois está sendo bastante discutido diante da digitalização de inúmeros fatores do nosso cotidiano, como por exemplo, compras e uso de informações bancárias *online*, surgindo a necessidade de que esse âmbito fosse regulamentado por lei.

Dessa forma, para O'Brien, o sistema de informações pode ter dois significados, correspondendo o primeiro ao conjunto de pessoas, procedimentos e recursos que coleta, transforma e dissemina informações em uma organização. Já o segundo, é um sistema que aceita recursos de dados como entrada e os processa em produtos de saída (O'brien,2004). Com o crescimento dessa digitalização mencionada no parágrafo anterior, tem-se a necessidade de que os dados sejam devidamente processados e descartados, em um momento posterior a finalização da sua utilidade.

Dentro da temática das novas ferramentas aliadas a Internet e a tecnologia, se encontram os *Cookies*. Esses traços de texto e imagem costumeiramente ignorados e encarados como irrelevantes, ganham o curioso nome de *cookies* e são umas das inúmeras ferramentas de coleta de dados de navegação nos meios digitais, voltadas à identificação, à perfilização, à predição e, com isso, à modelação comportamental (ZUBOFF, 2020, p. 19).

Partindo do pressuposto que são criadas inúmeras ferramentas para capturar nossos gostos, preferências, estilo de vida, dentre outros dados, é necessário que exista algum mecanismo legal capaz de impor limites dentro dessa relação.

Hodiernamente, a sociedade vive na era do "*Big Data*" e da "*cybercultura*", sendo assim, o nosso cotidiano está totalmente voltado ao universo digital e a pequena parcela que ainda se utiliza dos meios anteriores, vem se tornando cada vez mais obsoleta. Com essa universalização, pode-se observar uma maior aproximação das pessoas de forma digital e superficial, em contrapartida, existe uma crescente agilidade na resolutividade de questões rotineiras sem ao menos ter que sair de casa, porém, as pessoas estão submetidas a um complexo de relações que elas não têm controle.

Com o avanço do crescimento da internet e das mídias sociais, ocorreu ainda mais o afastamento físico das relações humanas e potencializaram as conexões baseadas em "*views*", quantidade de amigos no *facebook*, engajamento, exteriorizando assim, o conceito de modernidade líquida criado por Zygmunt Bauman, na obra *Modernidade Líquida*, que

faz referência a uma nova época em que as relações sociais, econômicas e de produção são frágeis, fugazes e maleáveis, como os líquidos (BAUMAN, 2001).

A *cybercultura*, citada anteriormente como um novo fenômeno é considerada um conjunto de atividades e características, comuns ao cidadão digital, que são marcadas pelo uso da tecnologia, sobretudo, da informática. A mesma é capaz de potencializar o indivíduo no universo, por reconhecer sua identidade e traços socioculturais que se relacionam com a tecnologia da informação (BRANT, 2014, p. 150).

Conforme disciplina Felipe Nery Rodrigues Machado, o grande volume de dados, associados à explosão desses dados gerados universalmente a cada momento, é chamado de "Big Data". O mesmo está expondo uma nova onda de tecnologia e arquitetura destinada a extrair valor de uma imensa variedade de dados, o que permite uma alta velocidade com um objetivo de capturar, descobrir e analisar estas informações e dados, de forma a transformá-las em informações importantes e valiosas no âmbito da gestão negocial (MACHADO, 2018).

É lícito citar que em uma simples compra em um site, é deixado um grande volume de dados, como por exemplo, seu estilo de vida, suas escolhas e tendências do momento. Nesse cenário, encontra-se a questão do algoritmo, que segundo *Tarleton Gillespie* pode ser entendido como "(particularmente aqueles utilizados pelos mecanismos de busca, plataformas de mídia social, sistemas de recomendação e bases de dados) e que exercem uma função crescentemente importante em selecionar qual informação deve ser considerada mais relevante para nós, uma característica crucial da nossa participação na vida pública." (GILLESPIE, 2018).

Dessa maneira, é como se esses mecanismos, nas mídias digitais, fossem direcionados para determinar quais conteúdos ficam mais evidentes para quem os acessa. Seria possível questionar que o algoritmo estaria nos manipulando para ver somente o que ele considera interessante? É notório perceber que a todo momento nossas informações estão sendo utilizadas com algum propósito maior e que nada no meio digital se dá por acaso ou coincidência.

Então, percebe-se que viver na era das informações, em que qualquer dado se torna base de cálculo para a robotização de algum setor, nunca foi tão essencial cultivar e intensificar a frequência das relações interpessoais. Este gesto, visa não perder o contato "físico" em decorrência desse turbilhão de tecnologias e inovações que diminuem cada vez mais a necessidade da mão de obra humana e do contato mais frequente para a resolução de conflitos.

3.2 Personalidade Digital

Um dos pontos principais desse estudo se dá a respeito da tutela dada pelo Estado ao cidadão. A teoria dos direitos da personalidade remonta ao início do cristianismo, que deu origem à concepção de dignidade da pessoa humana, e à Escola de Direito Natural, que consagrou a tese sobre a existência de direitos inatos ao homem, que independem de reconhecimento pelo Estado (BITTAR, 2006). Dessa maneira, desde essa época, já era notória a necessidade de que fosse resguardado o mínimo necessário para existência da pessoa humana.

Consideram-se parte da personalidade, os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos (BITTAR, 2015).

Com a evolução das sociedades, percebeu-se que as tutelas anteriores, individualmente, não eram capazes de prever e resguardar todos os acontecimentos da vida atual. Por essa razão, ao longo das décadas, foram criados, reformulados e até extintos, os institutos jurídicos a fim de que eles acompanhassem as mudanças ocorridas na sociedade. Como exemplo, podemos mencionar a descriminalização do adultério, a equiparação das uniões de pessoas de mesmo sexo às uniões entre pessoas de sexos diferentes, dentre outros. Isso torna evidente que o ordenamento jurídico tem certa dificuldade em acompanhar as mudanças da sociedade.

Os direitos da personalidade se movimentam, de modo que esse entendimento favorece a discussão, na seara do direito, acerca da questão dos novos direitos fundamentais. "Novos", assim podem ser colocados, pois apresenta a individualidade por meio da demanda coletiva, ou seja, o anseio da sociedade resultando em direitos fundamentais com um novo caráter. Tratando de direitos fundamentais, pode-se dizer que pressupõem que estes devem se moldar às necessidades da sociedade no momento de sua aplicação (TENÓRIO, 2018). Portanto, com as mudanças advindas da atualidade, os direitos anteriormente tutelados, sozinhos, não eram mais suficientes para atender todos os anseios da coletividade.

Conforme Paulo Nader (2022), as instituições jurídicas são inventos humanos, que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos.

Se o direito se tornar velho, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para qual foi criado.

Essas mudanças fazem referências ao caráter dinâmico do Direito, pois ele tem tendência de ampliação constante, e não seria eficaz se não se adaptasse aos novos anseios da sociedade.

A sociedade está aderindo cada vez mais à chamada “cyber cultura”, e assim, as relações pessoais, interpessoais, transacionais e até de trabalho estão se intensificando nos meios digitais. O Marco Civil Da Internet (Lei Nº 12.965/2014), a Lei Do Cadastro Positivo (Lei Nº 12.414/2011), e principalmente, a Lei Geral De Proteção de Dados (Lei Nº 13.709/2018) são uma exteriorização dessa nova realidade.

O aumento considerável da presença de computadores e de acesso à internet no cotidiano das famílias faz com que o notável aumento no número de indivíduos sujeitos a transgressões dos direitos da Internet, seja efetivado. Neste âmbito, em especial, atingirá o direito fundamental à privacidade através da violação de dados pessoais, além dos riscos relacionados à mineração de dados por empresas privadas, especializada na coleta de dados privados para fins comerciais (NASCIMENTO, 2017).

São claros os resultados do “direito à personalidade digital ou virtual como um exercício de direitos fundamentais e suas implicações”, quando tratamos de materiais modernos para esse exercício. Sob esta ótica, os materiais modernos podem ser compreendidos como os acessórios mais comuns utilizados atualmente: celulares, computadores, smartphones etc. Esses “materiais” fazem parte da digitalização da vida, influenciando na necessidade, utilização e afirmação da personalidade digital no direito brasileiro (SCHWAB, 2018).

Devido o direito à proteção de dados pessoais ter sido expressamente tutelado como direito fundamental recentemente, com a entrada em vigor da emenda constitucional de nº 115 (BRASIL, 2022), ainda é necessária uma maior discussão sobre o tema. Portanto, o direito à proteção de dados tem ligação com a autorização que o proprietário dos mesmos, deseja ou não que sejam disponibilizados e de como serão descartadas suas informações. Sendo assim, a ascensão desse direito é um marco importante para que esse instituto se desenvolva ainda mais no Brasil, visto que, já são conhecidos diversos outros direitos da personalidade, e nem todos eles funcionam como o expresso na Constituição, como por exemplo, saúde e educação.

Logo, observou-se a necessidade de discutir mais a respeito do instituto da personalidade digital ou virtual, com o objetivo de esclarecer mais pontos em relação a sua aplicabilidade, abrangência e eficácia frente aos novos desafios da era da internet.

4. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUA REPERCUSSÃO NA TUTELA DA PERSONALIDADE DIGITAL

4.1 A proteção de dados frente à nova sistemática da LGPD

Preliminarmente, em se tratando de proteção de dados, é necessário fazer um parâmetro da realidade antes e depois na Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018). De fato, antes, já existiam algumas leis protetivas, como por exemplo, a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011) e a Lei Carolina Dieckmann (BRASIL, 2012), relacionadas ao acesso à informação e à criminalização da obtenção de dados pessoais através de aparelhos eletrônicos, porém, elas não eram tão abrangentes e nem causaram o impacto que a LGPD nos trouxe.

É importante frisar que os usuários não eram considerados proprietários dos seus dados pessoais que forneciam em *sites* e empresas, dentre outros. Neste caso, é o que nos indaga a um questionamento, se não éramos proprietários, qual era o limite do que poderia ser feito com nossos dados?

Por outro lado, com a entrada em vigor da LGPD, ocorreram mudanças para a sociedade, tanto para o titular dessas informações, como também para o controlador dos dados. Como preceitua a lei número 13.709/2018 no seu artigo 1º, além de proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, estipula um padrão de como deve ser a coleta, o armazenamento e o compartilhamento dos dados pessoais dos clientes pelas instituições, seja física ou digital, independentemente do tamanho. Embora esse dispositivo ainda requer uma base legal para o tratamento (BRASIL, 2018).

A LGPD tem por objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A "sociedade de informações" extrai dos cidadãos uma gama crescente de dados pessoais que são oferecidos "gratuitamente" aos fornecedores de bens e serviços. Os dados pessoais são direitos de personalidade que decorrem do princípio geral da dignidade da pessoa humana. Daí decorre que o controle e disponibilização dos dados pessoais na web tornou-se um grande desafio para a sociedade na medida em que, através da internet, é possível detectar as preferências do usuário (BUCHAIN, 2021).

É importante salientar a possibilidade de grupos empresariais e do próprio governo conquistarem poder econômico e político sobre o indivíduo a partir da disponibilidade de suas informações. Nessa perspectiva, o que está em jogo é a limitação e a legitimação do controle de dados pessoais e a tutela das liberdades individuais e a eficiência administrativa e empresarial (BUCHAIN, 2021).

Dessa forma, são dois conceitos opostos em questão: o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos e o exercício da livre empresa. Ao mesmo tempo em que estimula o mercado de dados, a lei o regula de forma a garantir aos indivíduos o controle sobre seus dados. O quadro jurídico para proteção de dados pessoais, através da legislação específica, tem sua eficácia, em larga medida, dependente da eficiência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados pessoais e privacidade (BUCHAIN, 2021).

Objetivamente, por exemplo, toda entrega de anúncio publicitário que utilize dados pessoais precisa ter uma base legal, isto é, uma autorização prevista na LGPD para que o tratamento daqueles dados seja realizado. A LGPD enumera dez diferentes possibilidades de bases legais, mas duas delas são as mais importantes para o setor de publicidade: o consentimento e o legítimo interesse (RAMOS, 2019).

Como mencionado no título anterior, com a equiparação dessa proteção ao rol de direitos fundamentais, com o advento da emenda constitucional nº 115, foi elevado a um status máximo no ordenamento jurídico, pois se torna dever do Estado assegurar a um direito desse setor, o mais alto nível de proteção. Isso se dá porque se torna um direito inerente, vital e imprescindível à vida humana digna. Torna-se importante ressaltar que, segundo o Art. 21, XXVI e 22, XXX da Constituição Federal, é competência da União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, além de legislar, privativamente, o instituto em questão (BRASIL, 2018).

Além dessas mudanças, outra alteração considerável trazida na realidade foi a necessidade de um maior investimento por parte das empresas em relação à segurança dos dados, como por exemplo, na forma de organização das informações recebidas, *privacy by design*, nomeação do encarregado de dados, dentre outros. Neste âmbito, existe relevância jurídica em diversos pontos dessa temática, as mudanças que vão ocorrer em relação ao acesso ao CPF de qualquer pessoa, a coleta de dados de usuários para fins de assertividade em anúncios, a necessidade de autorização para que os dados sejam coletados pelas empresas, dentre outras.

Pode-se depreender, nessa leitura, que a legislação nova implicará em muitas mudanças na sociedade e nas empresas, com o objetivo de suprir a carência da vulnerabilidade que o usuário estava exposto, porém, é importante que se realize uma análise comparativa a respeito dos institutos, na qual seriam estudadas as diferenças antes da Lei Geral de proteção de dados e as mudanças após sua entrada em vigor. Esta medida tem a finalidade de que, realmente, se observe se as mudanças estão sendo eficazes para a tutela da personalidade digital no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados.

4.2 O consentimento como epicentro da lei geral de Proteção de Dados

A Lei Geral de Proteção de dados, lei nº 13.709/2018 é um novo marco legal que rege a proteção de dados pessoais. Tal legislação causou grande impacto na sociedade atual, uma vez que discorre sobre o amparo de qualquer relação na qual sejam alvos dados pessoais, por qualquer meio, bem como de qualquer pessoa, natural ou jurídica. Esse amparo anteriormente não era disciplinado em nenhum diploma legal, no entanto, dada a informatização e digitalização das relações sociais por meio de mídias sociais, principalmente, foi vista a necessidade crescente de ser regulamentada a matéria.

A motivação para a criação da LGPD está diretamente relacionada ao modelo de desenvolvimento dos negócios da economia digital, que criou uma dependência de fluxos de base de dados, especialmente os relacionados às pessoas, viabilizados pelos avanços tecnológicos e a globalização.

Nesse viés, a violação da privacidade tem se tornado um comércio lucrativo no ambiente virtual, uma vez que esses dados são processados e convertidos em informações necessárias a atividades econômicas com o intuito de gerar valor. De fato, a maior parte dos dados coletados ocorre de forma maciça e sem o consentimento dos seus titulares. Frazão ainda reporta que Shoshana Zuboff trata isso como extração de dados pessoais, tendo em vista a situação em que esses dados são retirados dos usuários (FRAZÃO, 2020).

Para tanto, Tepedino e Teffé (2020) defendem que, diante do cenário tecnológico atual e da coleta em massa de dados pessoais, a interpretação do consentimento exaurido para o tratamento de dados não pode se estender para outro meio além daquele pactuado, momento posterior, um contexto diverso ou pessoas distintas das informadas pelo titular. Ademais, o consentimento pode ser disposto no campo de direitos da personalidade, este compreende a liberdade de escolha e, portanto, conecta-se com a autodeterminação existencial e informacional do ser humano, sendo algo imprescindível para a proteção do indivíduo e suas informações.

Nesse diapasão, Ana Frazão (2020) ainda cita a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que veio com o intuito de mitigar a problemática da violação da vida privada, considerando que estabeleceu como regra a exigência do consentimento para divulgação de dados, bem como o posterior Marco Civil da Internet (Lei 12. 965/2014). É nesse cenário que também aborda a proteção de dados em alguns aspectos, com a respectiva da inviolabilidade da vida do usuário e a conseqüente necessidade do consentimento prévio para coleta e armazenamento de dados pessoais.

Por outro lado, tem-se a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) que conceitua o consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Nesse viés e na ótica dos princípios da lei, pode-se afirmar que a forma como o consentimento é dissecado no corpo legal revela uma forte preocupação sobre o modo como o indivíduo deve participar no fluxo de suas informações pessoais, além disso, em uma série de dispositivos é possível encontrar o controle dos dados pessoais com o reforço do consentimento (BIONE, 2019).

Assim, diante da vulnerabilidade e sensibilidade das informações no ambiente virtual, o consentimento se revela uma questão primordial, para que seja exercido o direito do usuário de saber a finalidade da coleta e o acesso ao seu conteúdo, ficando assim assegurada a liberdade e a privacidade. Outrossim, deve-se considerar que o consentimento é uma garantia até mesmo da licitude do tratamento dos dados realizados ou a serem realizados (PINHEIRO, 2021).

Ocorre que, embora a LGPD exija o consentimento qualificado, Ana Frazão (2020) destaca que algumas características das negociações acabam por dificultar o atendimento desse requisito. Esse ponto de vista é reforçado, pois como aponta Pasquale (2015), é uma ficção achar que os consumidores irão barganhar pela privacidade ou deixar de contratar quando seus direitos não forem respeitados, pelo contrário, considerando que a aceitação da política de privacidade imposta é condição *sine qua non* para o acesso ao serviço, a legitimidade do consentimento sempre poderá entrar em questão.

Não obstante, pelo indivíduo ser o proprietário de seus dados, ele tem, no que tange ao consentimento, o direito de obter do controlador, em relação aos dados tratados, mediante requisição: a eliminação dos seus dados pessoais, salvo hipóteses previstas no Art. 16 da LGPD; informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; informação sobre a possibilidade de não fornecer

consentimento e sobre as consequências da negativa e ainda a revogação do consentimento (TEPEDINO, 2019).

Logo, no entendimento de Pinheiro (2021), não há lacunas jurídicas no tocante à privacidade, mas sim, uma falta de compreensão referente a aplicação das leis em vigor, considerando que essas são questões recentes na sociedade. Assim, o direito à privacidade estabelece um limite natural ao direito à informação, não obstante, o consentimento isenta a aplicação daquele direito, permitindo que o proprietário do dado estabeleça os limites de sua utilização. Além disso, todo indivíduo deve ter o direito à proteção e à privacidade da sua propriedade, nesse caso, os seus dados pessoais, e sendo suas informações um ativo de seus atributos, merecem a devida proteção.

5.CONCLUSÃO

Na atualidade, há que saudar a clara mudança societária que estamos enfrentando. Nessa perspectiva, a tecnologia digital e a internet invadiram nosso cotidiano e as práticas e costumes anteriores a “cyber cultura” vêm se tornando obsoleta e mais burocrática.

Nesse quadro, com a digitalização em massa da grande maioria das nossas ações, vem tornando imediata a resolução dos deveres, das relações pessoais e transacionais e facilitando a vida, pois na maioria dos casos, podemos resolver qualquer coisa a centenas de quilômetros de distância, necessitando apenas de um aparelho eletrônico. Em consequência, por muito tempo, a internet foi considerada uma “terra sem lei”. Contudo, com a intensificação desse processo, foi percebido pelo legislador, que sem atualizações, não eram capazes de prever e resguardar todos os acontecimentos da vida atual. Por essa razão, ao longo das décadas, foram criados, reformulados e até extintos os institutos jurídicos, a fim de concretizar as mudanças ocorridas na sociedade, como foi o caso das leis que regulam institutos digitais.

É certo dizer que estes objetivos só são alcançáveis a partir da interpretação e análise das novas tendências da sociedade e dos obstáculos que devem ser enfrentados.

Em decorrência dessa temática, a Lei Geral de proteção de dados e a equiparação dessa proteção de dados pessoais ao rol de direitos fundamentais, veio para ratificar toda a necessidade da sociedade atual, em ser protegida pelos avanços da digitalização do meio social e para que os direitos fundamentais anteriores, continuem a ser resguardados como objetivado anteriormente.

Por fim, verifica-se um modelo de proteção de inúmeros direitos fundamentais já inseridos na Constituição Federal com essa “nova proteção”, como por exemplo, direito à vida privada, à intimidade, à segurança, como também, uma delimitação que estava em carência, em específico aos pontos relacionados à proteção dos dados, ao descarte, ao uso, dentre outras funções. Em suma, o direito à personalidade digital está suficientemente tutelado no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados e no ordenamento constitucional, cabendo aos juristas sua devida aplicação e zelo pela efetivação desses direitos.

6. REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, J. D. O. **Direito Civil: Teoria Geral 1**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITTAR, C.A. **Os Direitos da Personalidade**. 7ª. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2018.
- BITTAR, C. A. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRANT, C.A.B. **Marco Civil da Internet: Comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 fev. 2022.
- BRASIL. **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: 26 de mar. 2022.
- BUCHAIN, Luiz Carlos. **A Lei geral de proteção de dados: noções gerais**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 10, n. 97, p. 51-66, mar. 2021

DICIONÁRIO AURÉLIO DIGITAL. **Dicionário de português**. 5. ed. São Paulo: Positivo soluções Didáticas LTDA, 2010.

SANTOS, Marcelo Pereira dos. Os Direitos da Pessoa Humana na Concepção Civil-Constitucional: Uma Releitura da Tutela da Personalidade. **Publica direito**, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b465588866e56400>. Acesso em: 27 mar. 2022.

FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Suas Repercussões no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

GILLESPIE, T. **A relevância dos algoritmos**, 2018. Disponível em: <http://revistaseletronicas.fiamfaam.br/index.php/recicofi/article/view/722>. Acesso em: 27 out. 2021

MACHADO, Felipe N. **Big Data: O futuro dos dados e aplicações**. Editora Saraiva 2018, 1º Edição, 2018.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito / Paulo Nader** – 44.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Direitos fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017.

O'BRIEN, James A. **Sistemas de informação e as decisões gerenciais na era da internet**. Editora Saraiva, 2º Edição. Tiragem, 2004.

PASQUALE, F. **The black box society. The secret algorithms that control money and information**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

PINHEIRO, P. P. **Proteção de Dados Pessoais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, P. **A regulação da proteção de dados e seu impacto para publicidade online: Um guia para LGPD**, 2019. Disponível em: <https://baptistaluz.com.br/institucional/a->

[regulacao-de-protecao-de-dados-e-seu-impacto-para-a-publicidade-online-um-guia-para-a-lgpd/](#). Acesso em: 05 out. 2021.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. **Aplicando a quarta revolução industrial**. São Paulo: EdiPro, 2018.

TENÓRIO, Carolina Fontes Lima. **A questão dos novos direitos fundamentais: necessidade ou banalização?** Disponível em: <http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/419/151>. Acesso em: 14 out. 2021

ZUBOFF, Shoshana. **Big Other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization. Journal of Information Technology**. In: BRUNO, Fernanda et al. (org.). *Tecnopolíticas da Vigilância. Perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2018.

PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

VICTOR FIGUEIREDO SOTERO:

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe e especialista em Ciências Criminais pela Faculdade Guanambi/BA. **191**

Resumo: Objetiva o presente articulado traçar, de início, um panorama da normatividade dos princípios e sua evolução histórica para que, sob essa perspectiva, passem-se a detalhar os principais princípios com aplicação no âmbito do Direito Administrativo e, ainda, a sua importância para fins de controle judicial dos atos praticados pelo poder público.

Palavras-chave: Princípios. Normatividade. Neoconstitucionalismo. Pós-positivismo. Princípios em espécie.

Abstract: The purpose of this article is to outline, from the beginning, an overview of the normativity of the principles and their historical evolution so that, from this perspective, the main principles applicable in the scope of Administrative Law can be detailed, as well as their importance for purposes of judicial control of the acts practiced by the public power.

Keywords: Principles. Normativity. Neoconstitutionalism. Post-positivism. Principles in kind.

1 Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial, o paradigma de análise do ordenamento jurídico sofreu profunda alteração. Se, antes, havia o predomínio da visão positivista do Direito, onde a literalidade dos preceitos legais era o guia principal dos incumbidos da função de interpretá-los, depois, sob a influência direta do movimento neoconstitucionalista, os valores axiológicos subjacentes à legislação, em reaproximação da moral ao Direito, passaram a assumir papel de destaque.

Nesse contexto de mudança paradigmática, os princípios deixaram de ser vistos como elementos meramente laterais para, então, galgarem posição de centralidade no fenômeno jurídico. Em vez de instrumentos tão somente auxiliares da interpretação, passaram a ocupar a mesma posição do texto legal no ordenamento, sendo ambos, texto

191. E-mail: v_sotero@hotmail.com

e princípios, espécies do gênero norma jurídica que, por essência, possuem igual força normativa.

Sobre o tema, ao indicar os ensinamentos de Ronaldo Dworkin e Robert Alexy como percussores da moderna distinção entre regras e princípios, assim ensina Bernardo Gonçalves Fernandes¹⁹²:

Vários juristas vão pôr em relevo a construção de um ordenamento jurídico com base não só em regras, mas também em princípios jurídicos. Essa perspectiva vai ter como objetivo central superar a concepção positivista atrelada a um sistema jurídico fechado, preso a um modelo de regras.

Ao longo da história do direito, os princípios jurídicos percorreram um longo caminho até se desgarrarem totalmente da noção de Direito Natural e alcançarem uma leitura que lhes atribuisse normatividade. Nesse sentido, deixaram de ser vistos como elementos de uma racionalidade especial e atemporal (divina ou universal), para pertencerem ao conceito de norma jurídica, passando essa a ser formada agora por duas espécies distintas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos.

Muito embora tardiamente, o pós-positivismo, majoritariamente entendido enquanto o marco filosófico do neoconstitucionalismo, exerceu forte influência sobre o ordenamento brasileiro, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988, ela própria dotada de grande carga valorativo-axiológica.

Sobre o tema, eis o escólio do ilustre Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa Continental, foi constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. [...] A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª grande guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado

¹⁹² Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. JusPOOIVM, 2017, p. 230.

democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, e, especialmente a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951. A partir daí teve Início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascendência científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

(...)

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismo ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a sua definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.¹⁹³

Ao assumirem força cogente e, assim, deitarem efeitos irradiantes sobre toda a atividade normativa, os princípios se tornaram protagonistas da tarefa de assegurar a efetividade da jurisdição e, com isso, de salvaguardar os direitos por ela tutelados, não

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *A constitucionalização do direito*, 2007, p. 206-216.

sendo mais facultado ao intérprete reputar a literalidade do texto legal como superior, em termos jurídicos, à principiologia correlata.

É nessa linha de intelecção que, em específico, exurgem os princípios administrativos não só como vetores hermenêuticos, mas como protagonistas do *iter* de aplicação das normas administrativas, o que ganha especial relevo em tema de controle judicial dos atos administrativos.

Isto porque, em uma visão clássico-tradicional, apenas aspectos de legalidade estrita é que, no que toca a atos administrativos discricionários, podem ser objeto de análise do Poder Judiciário, sendo vedado à função jurisdicional se imiscuir em questões atinentes ao mérito em si do ato. Assim é que o binômio motivo-objeto do ato discricionário, norteado por razões de conveniência e oportunidade do administrador, em regra não se submete ao controle judicial.

Tendo em vista que, como exposto supra, a própria noção de legalidade foi ampliada com o pós-positivismo, passando a envolver também a principiologia constante do ordenamento, tem-se que igualmente o campo de atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos sofreu, por necessário, alterações significativas, estando submetido aos influxos ínsitos à mudança de paradigma.

Dessa forma, o exame da observância à lei deve envolver a literalidade da redação dos preceitos legais e, em acréscimo, os princípios aplicáveis ao caso, sejam eles de natureza infraconstitucional ou constitucional.

A juridicidade se mostra, assim, como consequência inafastável dessa nova forma de enxergar o fenômeno jurídico.

Explica-se: de origem marcadamente doutrinária, a ideia de juridicidade desponta como releitura – informada pelos ditames do neoconstitucionalismo – do princípio da legalidade, através da qual o exame dos aspectos legais dos atos administrativos, mesmo dos discricionários, deve levar em consideração o ordenamento jurídico como um todo, o que, como visto, inclui tanto os princípios quanto as disposições estritas das leis. Houve, assim, a criação de verdadeiro bloco de legalidade, no qual o intérprete deve se basear para fins de verificação da correspondência do ato à ordem jurídica.

Sobre o tema, eis a lição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

(...) a legalidade não é o único parâmetro da ação estatal que deve se conformar às demais normas consagradas no ordenamento jurídico. A legalidade encontra-se inserida no denominado princípio da juridicidade que exige a submissão da atuação administrativa à lei e

ao Direito (art. 2.º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999). Em vez de simples adequação da atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado “bloco de legalidade”.¹⁷ O princípio da juridicidade confere maior importância ao Direito como um todo, daí derivando a obrigação de se respeitar, inclusive, a noção de legitimidade do Direito. A atuação da Administração Pública deve nortear-se pela efetividade da Constituição e deve pautar-se pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. A releitura da legalidade e a ascensão do princípio da juridicidade acarretam novos debates e a releitura de antigos dogmas do Direito Administrativo, tais como a discussão quanto à viabilidade da deslegalização, a relativização da impossibilidade de decretos autônomos, a ampliação do controle judicial da discricionariedade administrativa, a crítica à distinção entre ato vinculado e discricionário, entre outras questões¹⁹⁴.

Nesse sentido, a doutrina administrativista entende que a sindicabilidade do ato discricionário pode consistir também na análise da legalidade (em sentido amplo, forte na noção de juridicidade) dos motivos de conveniência e oportunidade, com a verificação não do binômio motivo-objeto em si, mas da efetiva presença do substrato fático cuja existência é imposta pelo ordenamento jurídico como autorizativa do uso da discricionariedade administrativa.

A especificidade da análise dos princípios do Direito Administrativo, destarte, surge como tema de especial relevância acadêmica, pois concernente a normas jurídicas que possuem força cogente para, em eventual conflito no plano concreto, levar à superação da legalidade estrita.

2 Princípios administrativos em espécie

2.1 Princípio da legalidade

Com origem que remonta aos movimentos liberais do século XVIII, o princípio da legalidade possui, historicamente, dois desdobramentos, dos quais é possível extrair seu conceito.

O primeiro consiste na noção de “supremacia da lei”, segundo a qual, à luz da teoria da *negative bunding* (vinculação negativa), quando da ausência de lei ao

¹⁹⁴ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 105.

administrador é facultada maior liberdade de atuação, sempre com vista à satisfação do interesse público.

Já o segundo, por sua vez, reside na ideia de “reserva de lei”. Informada pela teoria da *positive bunding* (vinculação positiva), para a “reserva de lei” o administrador somente pode validamente atuar nos casos em que haja prévia autorização legal, não se sendo lícito no âmbito das liberdades dos administrador na hipótese de inexistência de lei que assim o permita.

No Brasil, o segundo desdobramento da legalidade representa o entendimento da doutrina clássica acerca do princípio, o qual por definição consiste, na clássica definição de José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.⁴⁵ Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita¹⁹⁵.

Todavia, como visto, modernamente é possível que a autorização para a prática do ato administrativo seja proveniente não de disposições legais estritas, mas do ordenamento jurídico como um todo, aí incluídos os princípios, tudo como forma de, com fundamento na constitucionalização do Direito Administrativo, assegurar a efetivação dos direitos fundamentais, em verdadeira expansão pela via axiológica daquilo que se entende por legalidade.

2.2 Princípio da impessoalidade

Com previsão expressa no art. 37 do texto constitucional, o princípio da impessoalidade possui duas acepções, ambas dotadas de ampla força jurídica: impessoalidade enquanto isonomia e impessoalidade enquanto proibição de promoção pessoal.

A primeira acepção remete à proibição de tratamento discriminatório perante a lei (igualmente formal) e, no plano concreto, à impossibilidade jurídica de tratamento díspar daqueles que se encontrem em idênticas condições (igualdade material).

¹⁹⁵ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 20

No que toca à igualdade, assim é o ensinamento de Matheus Carvalho, *in litteris*.

Este princípio se traduz na ideia de que a atuação do agente público deve-se pautar pela busca dos interesses da coletividade, não visando a beneficiar ou prejudicar ninguém em especial, ou seja, a norma prega a não discriminação das condutas administrativas que não devem ter como mote a pessoa que será atingida pelo seu ato. Com efeito, o princípio da impessoalidade reflete a necessidade de uma atuação que não discrimina as pessoas, seja para benefício ou para prejuízo. Dessa forma, é possível considerar que, ao Estado, é irrelevante conhecer quem será atingido pelo ato, pois sua atuação é impessoal. O agente fica proibido de priorizar qualquer inclinação ou interesse seu, ou de outrem.¹⁹⁶

Já a segunda, por seu turno, alude àquilo que prevê a literalidade do §1º do citado art. 37 da CF/88, *in verbis*:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Apesar de atinente especificamente à publicidade estatal, o supratranscrito dispositivo estampa verdadeira cláusula geral vedatória da utilização da máquina pública para fins de promoção pessoal, o que espraia efeitos sobre a atuação da Administração Pública em todos os níveis – federal, estadual e municipal.

2.3 Princípio da moralidade

Também estampado no *caput* do art. 37 da CF/88, o princípio da moralidade administrativa remete, como sobressai evidente, à imprescindibilidade de a atuação do administrador público ser pautada não só pela estrita observância às leis, mas também à probidade e à eticidade.

No campo do controle judicial da atividade administrativa, trata-se de mandado que assume posição de destaque, uma vez que historicamente a defesa da moralidade, não raro, antecipou disposições protetivas da coisa pública, a exemplo da vedação ao nepotismo.

¹⁹⁶ Carvalho, Matheus. Manual de Direito Administrativo. – 2. ed., – Salvador: JUSPODIVM, 2015, p. 66.

Isto porque antes mesmo da edição da Súmula Vinculante n. 13, já era assente tanto na doutrina quanto na jurisprudência que a prática do nepotismo era conduta vedada pelo ordenamento brasileiro, que, informado pelo princípio constitucional da moralidade, obsta a patrimonialização da Administração através do ingresso no serviço público motivado por razões de ordem familiar.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) sobressaem como instrumentos de efetivação do princípio da moralidade administrativa, sendo possível, por exemplo, ainda que ausente lei proibitiva expressa, o ajuizamento de ação coletiva visando a anulação de ato administrativo que viole a principiologia constitucional.

2.4 Princípio da eficiência

Outra expressão do conteúdo do art. 37 da Carta Magna, o princípio da eficiência passou a ter estatura constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, que visou trazer à Administração Pública a concepção de atuação gerencial, não mais puramente burocrática.

Forte na ideia de legalidade finalística e na imanente satisfação do interesse público, a eficiência administrativa busca trazer concretude aos direitos fundamentais assegurados na CF/88, de modo que o atuar do administrador sempre seja pautado pela maximização da efetividade social.

Privilegia-se, assim, a concepção de uma “Administração de Resultados”, onde a Análise Econômica do Direito (AED) ganha destaque como doutrina voltada justamente a assegurar a aplicação do princípio de eficiência enquanto princípio administrativo.

Com base nos ensinamentos do jurista americano Richard Posner, entende a AED que temas de natureza econômica não só podem, mas devem ser utilizados na solução de problemas legais concretos, uma vez que Administração Pública eficiente é, por conceito, aquela que observa as consequências de ordem econômica de sua atuação no mundo dos fatos.

Em relação à Análise Econômica do Direito, Rafael Carvalho Rezende Oliveira aduz que:

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão

eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.¹⁹⁷

Para a AED, há dois critérios garantidores da eficiência administrativa.

O primeiro é o da eficiência de Pareto (ou “ótimo de Pareto”), segundo o qual uma norma é eficiente na medida em que melhora a situação de certas pessoas sem piorar a situação de outras.

Já o segundo consiste na eficiência de Kaldor-Hicks, que considera que um ato é eficiente quando produz o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.

O princípio administrativo da eficiência, assim, é vetor da lógica gerencial de administração da coisa pública, na qual inclusive questões consequenciais de ordem econômica devem ser consideradas, afastando-a da perspectiva puramente burocrática onde a observância da norma escrita era entendida, por si só, como suficiente à satisfação do interesse público.

2.5 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

Apesar da existência de certa divergência na doutrina, prevalece que razoabilidade e proporcionalidade são princípios que, em essência, não diferem entre si.

De qualquer sorte, em termos históricos, aponta-se que a razoabilidade possui origem remota na cláusula “law of the land” constante do art. 39 da Magna Carta e, lado outro, origem próxima na evolução do conceito de devido processo legal na jurisprudência norte-americana.

A proporcionalidade, por seu turno, tem origem remota no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII e, com base na proteção dos direitos fundamentais, origem próxima em julgados do Tribunal Constitucional Alemão.

No ordenamento brasileiro, apesar de inexistir disposição constitucional expressa, entende-se que ambos estão implicitamente previstos na Constituição Federal de 1988 enquanto meios de proteção da fundamentalidade dos direitos ali assegurados. Já em sede infraconstitucional, o art. 2º da Lei 9.784/1999 expressamente os prevê.

A exata compreensão da proporcionalidade passa pelo conhecimento de seus subprincípios, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁹⁷ Oliveira, Rafael Carvalho Rezende Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021, p. 110.

Na proporcionalidade-necessidade, analisa-se se o ato (seja legislativo ou concreto) a ser praticado representa a medida menos gravosa entre as disponíveis para a obtenção do mesmo resultado. Assim, na hipótese de conflito entre dois bens jurídicos de igual valor, deve-se ponderar se a opção escolhida é aquela que, no plano concreto, gerará o menor prejuízo ao bem jurídico preterido.

Noutro giro, na proporcionalidade-adequação se verifica se o meio utilizado para a prática do ato levará ou não à consecução da finalidade almejada. Deve-se indagar se o ato de fato levará à produção do resultado que se busca concretizar.

Por fim, tem-se na proporcionalidade em sentido estrito aquela onde se examina se a importância do direito protegido supera a dos direitos fundamentais eventualmente restringidos pelo ato.

Sobre o tema, eis a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*.

(...) a doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade. Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes) 130, pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit)

Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)¹³⁶. É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e

Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz.¹⁹⁸

Assim, sob a ótica do neoconstitucionalismo, o princípio da proporcionalidade assume especial importância, pois comumente é através dele e de seus subprincípios que se promoverá a ponderação entre os interesses eventualmente conflitantes para, assim, definir-se aquele que no plano concreto deverá prevalecer.

2.6 Princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança

É de tal monta o entrelaçamento entre os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da proteção da confiança que se faz mister sejam analisados em conjunto.

Nessa linha de ideias, tem-se na segurança jurídica princípio que, implicitamente previsto nos arts. 1º (defesa do Estado Democrático de Direito) e 5º, XXXVI (proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) da Constituição Federal, possui duas acepções: objetiva e subjetiva.

Em sentido objetivo, trata-se da necessidade de estabilização do ordenamento jurídico, ilustrada pelas garantias da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, consoante previsão constitucional exposta acima.

Noutro giro, a noção subjetiva remonta à própria proteção da confiança (confiança legítima dos administrados) gerada naqueles que, em virtude de determinada conduta estatal, tinham como certa a produção dos efeitos jurídicos decorrentes. Trata-se de vinculação à esfera jurídica do particular, funcionando como defesa contra a atuação arbitrária do Estado.

Em sede infraconstitucional, merecem destaque as alterações promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com o escopo de reafirmar a imprescindibilidade de observância do princípio ora em comento, a exemplo dos atuais art. 23, que versa sobre a necessidade de observância de regimes jurídicos de transição, art. 24, referente à atenção, quando da revisão de ato administrativo, das orientações da época de sua edição, e art. 30, que expressamente impõe às autoridades públicas o dever de agir com vista a aumentar a segurança jurídica de sua atuação.

¹⁹⁸ Mendes, Gilmar Ferreira CuPa de direita constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. - 1 D. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226.

Por seu turno, o princípio da boa-fé se bifurca em duas acepções de natureza, também, objetiva e subjetiva.

Se na boa-fé objetiva o que há é a exigência de atuação conforme o direito, vinculando-se ao dever de lealdade e lisura de conduta sem que se questionem aspectos relacionados à intenção subjetiva do agente, na boa-fé subjetiva, ao contrário, o que diretamente se perquirem são os elementos psicológicos daquele que atuou acreditando estar de acordo com o direito.

Apesar da evidente aproximação e, por vezes, da dificuldade de diferenciação na prática, deve ser adiantado que os princípios da segurança legítima subjetiva e da boa-fé subjetiva não se confundem.

Doutrinariamente, todavia, entende-se que a quem age com má-fé não é facultado alegar, em momento posterior, que atuou com base na confiança legítima. Tratar-se-ia aí, em verdade, de confiança "ilegítima", tendo em vista que a ninguém é dado se beneficiar de sua própria torpeza.

Quanto ao princípio da proteção da confiança/confiança legítima, difere-se da boa-fé subjetiva em virtude de esta ser atinente tanto a condutas de origem estatal quanto particular, enquanto aquela atine apenas e tão somente à proteção do administrado face ao Estado.

A vinculação à atuação estatal, inclusive, remonta à própria origem do princípio da confiança.

Isto porque, em sede doutrinária, aponta-se a jurisprudência alemã, mais especificamente o caso da viúva de Berlim, como marco histórico do reconhecimento da normatividade do referido princípio.

Trata-se de caso onde determinada viúva, após receber declaração oficial da Administração Pública no sentido de que sua mudança da Alemanha Oriental para a Ocidental lhe asseguraria o recebimento de certo valor a título de pensão, optou por rumar em direção ao lado capitalista do país.

No entanto, após cerca de um ano morando em seu novo endereço, foi a viúva informada de que a pensão que estava a receber era ilegal e que, por isso, deveria ser cessada a sua percepção, sendo-lhe ainda imposta a obrigação de restituir, em retroação, os importes pagos até ali.

O caso terminou no Poder Judiciário, que, em decisão paradigmática, reconheceu que o princípio da confiança obstava a anulação do ato que reconheceu o direito ao recebimento da pensão, ainda que a concessão em si estivesse sido eivada de

ilicitude, prevalecendo o interesse do administrado que trocou de domicílio em virtude justamente de ter confiado na declaração estatal, em relativização da tradicional posição segundo a qual atos praticados em desconformidade com a lei devem, por obrigatório, ser anulados.

Deve ser ressaltado que o princípio da confiança tem lugar não em casos em que a atuação estatal anterior tenha gerado mera expectativa de direitos, mas sim naqueles onde a expectativa do administrado é qualificada, sendo derivada de conclusiva manifestação da Administração.

Elenca a doutrina, assim, a necessidade de presença cumulativa dos seguintes requisitos para caracterização da confiança enquanto legítima e, portanto, merecedora de tutela: a) existência de ato da Administração suficientemente conclusivo para gerar confiança no administrado; b) presença de "signos externos" originários da atividade administrativa, orientando o administrado a adotar determinada conduta; c) prática de ato pela Administração reconhecendo ou constituindo uma situação jurídica individualizada; d) idoneidade da causa que gerou a confiança do administrado; e) cumprimento, pelo administrado, de seus deveres e obrigações no caso.

De mais a mais, o princípio em análise produz efeitos de ordem negativa e positiva.

Tem-se como efeito negativo o dever de abstenção estatal, é dizer, a obrigatoriedade de a Administração não praticar atos restritivos de direitos protegidos pela confiança legítima, o que limita, por exemplo, o exercício do poder de autotutela e a aplicação de sanções administrativas.

Já no efeito positivo, o que há é o nascimento para o Estado do dever de editar atos benéficos ao administrado e ao direito que lhe é assegurado, a exemplo da impositiva nomeação de aprovados em concurso público dentro do número de vagas e do dever de ressarcir os lesados por revogação de permissão qualificada antes do advento do termo.

Tal é a força do princípio da proteção da confiança que, com base nele, mesmo a discricionariedade administrativa pode ser reduzida a zero. Cite-se, exemplificativamente, o caso de empresa que se instala em determinada região em virtude de promessa concreta do Poder Público de concessão de benefícios fiscais. Após a instalação, a proteção da confiança obsta que a Administração não conceda os benefícios.

3 Conclusão

Face ao exposto, forçoso concluir que, sob a égide do movimento neoconstitucionalista, os princípios jurídicos em geral assumiram nova faceta, agora dotada de reconhecida normatividade.

Nessa linha, também os princípios administrativos, em específico, tiveram de se submeter a verdadeira releitura informada pelo texto da Constituição Federal de 1988, o que terminou por ressignificar os próprios parâmetros do controle judicial dos atos da Administração.

Passou a ser possível, destarte, o exame da legalidade da conduta do Poder Público não só com base na lei estrita, mas também naquilo que prevê o ordenamento jurídico como um todo, aí incluída toda a princiologia correlata.

Assim, o exame dos principais princípios do Direito Administrativo é tema que, na atual quadra jurídico-constitucional, sobressai como de especial relevância, funcionando como norte para a atuação de todos os operadores do direito.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *A constitucionalização do direito*, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11/10/2021, 23:00:01.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. – 2. ed., – Salvador: JUSPODIVM, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional/Bernardo Gonçalves Fernandes - 9. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador. JusPOOIVM, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 1 D. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Curso de direito administrativo / Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

MANDADO DE SEGURANÇA. DEFESA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E DO PATRIMÔNIO PÚBLICO MATERIAL OU IMATERIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ.

LIVIO ARAUJO BRITO: Bacharel em Direito (URCA-CE) e servidor público federal.

Resumo: O estudo ora apresentado cuida da legitimidade ativa do Ministério Público-MP para impetrar Mandado de Segurança-MS em defesa dos interesses transindividuais. De início, será abordado o papel constitucional e legal do "Parquet". Em seguida, analisará sobre sua legitimidade para impetrar MS em defesa dos interesses transindividuais. Por fim, será exarado o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça-STJ.

Palavras-chave: Mando de Segurança. Defesa dos interesses transindividuais e do patrimônio público material ou imaterial. Ministério Público. Legitimidade ativa. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça-STJ.

1. INTRODUÇÃO

O Ministério Público-MP é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127, "caput", da Constituição Federal de 1988-CF/88.

Ademais, conforme o art. 129, III, da CF/88, são, dentre outras, funções institucionais do MP promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Outrossim, nos termos dos arts. 176 e 178 do Código de Processo Civil de 2015-CPC/15, o Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis, sendo que, ainda, deverá intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam interesses público ou social e de incapaz, além dos litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MP PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA EM DEFESA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

O fato de o citado dispositivo constitucional indicar que o Ministério Público deve promover a Ação Civil Pública na defesa do patrimônio público, obviamente, não o impossibilita de se utilizar de outros meios para a proteção de interesses e direitos

constitucionalmente assegurados, difusos, coletivos, individuais e sociais indisponíveis, especialmente diante do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal outorga ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer o direito de ação nos termos de todas as normas, compatíveis com sua finalidade institucional.

Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 177 do CPC/2015: O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.

Outrossim, o art. 32, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/1993, a seu turno, preconiza expressamente que os membros do órgão ministerial podem impetrar Mandado de Segurança nos Tribunais Locais no exercício de suas atribuições.

3. POSICIONAMENTO ATUAL DO STJ

A propósito, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça-STJ exarou o seu entendimento de que é evidente que a defesa dos direitos indisponíveis da sociedade, dever institucional do Ministério Público, pode e deve ser plenamente garantida por meio de todos os instrumentos possíveis.

Nesse contexto, esse poder-dever abrange não apenas as demandas coletivas, a de que são exemplo a Ação de Improbidade, Ação civil pública, como também os remédios constitucionais quando voltados à tutela dos interesses transindividuais e à defesa do patrimônio público material ou imaterial (RMS 67.108-MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, por unanimidade, julgado em 05/04/2022).

Dessarte, o "Parquet", por força de suas atribuições constitucionais e legais, além do escólio do STJ, tem o poder-dever de impetrar MS em defesa dos interesses transindividuais e do patrimônio público material ou imaterial.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou demonstrar que o Ministério Público possui legitimidade ativa para impetrar Mandado de Segurança a fim de promover a defesa dos interesses transindividuais e do patrimônio público material ou imaterial, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 28 Abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.625/1993. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 28 Abr. 2022.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 Abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 28 Abr. 2022.