BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1082

(Ano XIV)

(30/04/2022)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

REsp 1.977.124: Juizados de Violência Doméstica têm competência absoluta para casos de vítimas mulheres transexuais
Carlos Eduardo Rios do Amaral, 08.

ARTIGOS

A evolução jurisprudencial quanto ao dever de revisão periódica da prisão preventiva previsto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal
Lucas Maia Pires, 11.

Os impactos da Covid-19 no contexto social e o auxílio emergencial: um estudo acerca das fraudes cometidas no recebimento do benefício federal
Warley Henrique Sousa, 24.

O corpo e o símbolo: a violência de gênero nas perspectivas de Pierre Bourdieu e Simone de Beauvoir
Gabryela de Sá Silva, 41.

Os efeitos controversos da concessão de licença para interesse particular aos servidores estatutários do Estado do Tocantins
Katia Gomes Da Silva e André Luís Américo Moreira, 61.

Reflexo da judicialização da saúde no orçamento público
Ely Samuel Dos Santos Silva, 89.

O acordo de não persecução penal e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro
Camila Arruda izel e Lucas Igor Lavareda Nascimento, 105.

As medidas socioeducativas a luz da lei do SINASE na cidade de Imperatriz-MA
Allyne Gabriela Coelho Wernek, 116.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Auxílio reclusão: a perplexidade e desinformação da população acerca desse benefício
Locidio Eduardo Novaes de Paula Junior, 113.

Reflexões sobre o Acordo de Não Persecução Penal e o garantismo na justiça criminal negocial brasileira
Gleidy Braga Ribeiro, 148.

Repartição constitucional das receitas tributárias: uma análise sob a perspectiva do sistema federalista brasileiro
Jardian Moraes Monteiro, 151.

A análise de provas em ações previdenciárias pela Justiça Federal em Imperatriz
Antonia Mônica Ribeiro Nascimento e Lucas Lucena Oliveira, 178.

Direito à saúde das crianças autistas
Gustavo Almeida De Arruda Cruz, 191.

(Des)valor probatório do inquérito à luz do instituto do juiz das garantias e da teoria da dissonância cognitiva
Adriano Carneiro Silva e Thiago Oliveira Rodrigues, 206.

Dos crimes contra a dignidade sexual: a (in)compatibilidade entre a proteção da dignidade sexual e a cultura patriarcal
Larisse da Costa de Abreu, 228.

Provas atípicas: valoração no processo civil
Alex Carlos Capura de Araújo, 242.

Maus-tratos contra animais: práticas cruéis disfarçadas de entretenimento humano
Eloisa Silva Paganhani, 256.

Estatuto da desjudicialização e o aprimoramento do acesso à Justiça
Leidiane Santos de Araujo Correa. 271.

O sistema carcerário e a ressocialização: O sistema carcerário em Imperatriz – MA e a oportunidade de um recomeço
Cleonaldo Pereira Diniz, 272.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A efetividade do direito à saúde em tempos de pandemia do covid-19 no Brasil: a possibilidade de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana por parte do Estado
Joao Victor Mascarenhas Oliveira, 306.

Atuação dos profissionais de saúde no atendimento de urgência na atenção básica
Cristiane de Azevedo Carstens

Responsabilidade civil por dano ambiental na visão dos tribunais superiores
Jonas Veprinsky Mehl, 344.

Direito médico: responsabilidade criminal do médico pelas condutas cometidas culposamente ou dolosamente
Ana Iara Carolina do Prado, 353.

Responsabilidade civil do Estado na garantia de medidas protetivas nos casos de violência doméstica
Honney de Mello Araujo, 375.

A validade de terceirização por intermédio de cooperativa de trabalho
Tayane De Queiroz Cachoeira Dalazen, 399.

Compreendendo a nova lei de improbidade administrativa
Benigno Núñez Novo, 416.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

RESP 1.977.124: JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA TÊM COMPETÊNCIA ABSOLUTA PARA CASOS DE VÍTIMAS MULHERES TRANSEXUAIS

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo

Como amplamente veiculado nos meios de comunicação o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 1.977.124, decidiu que a Lei Maria da Penha deve ser aplicada para o caso de mulher transexual vítima de violência doméstica e familiar.

Logo de início, em seu judicioso e humano voto, o Ministro-Relator Rogerio Schietti Cruz expurga de nosso ordenamento jurídico pátrio a idéia de que a Lei Maria da Penha teria sido editada tendo em mente razões de ordem eminentemente biológica, a supostamente assegurar sua aplicação exclusivamente às mulheres portadoras dos cromossomos XX em sua constituição genética.

Com inegável maestria, pontifica o Ministro-Relator, a respeito da necessidade de proteção jurídica à complexidade de relações e interações humanas:

> *"Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas e o Direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias".*

Em trechos de seu voto, o Ministro-Relator bem fundamenta a necessidade de aplicação da Lei Maria da Penha entre os conceitos de gênero, como, p. ex., transexuais, transgêneros, cisgêneros, travestis e pessoas não binárias, *"tendo em vista a relação dessas* minorias *com a lógica da violência doméstica contra a mulher"*.

O veredicto final do REsp 1.977.124 vai ao encontro da Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual delibera sobre a adoção do "Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero" no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

O ponto nodal do julgamento do REsp 1.977.124, a qual debruçou-se o STJ, foi sobre a definição do gênero feminino, para efeito de aplicação ou não da Lei Maria da Penha. "Mulher trans mulher é", para efeito do Art. 5º desse Diploma salvífico, foi a conclusão do STJ. O Ministro-Relator foi categórico: *"Lei Maria da Penha deve proteger mulheres, crianças, jovens, adultas ou idosas e, no caso, também as trans"*.

Para o leitor apressado, o REsp 1.977.124 teria tão-somente assegurado a aplicação das medidas protetivas de urgência à vítima mulher transexual, previstas nos Arts. 22 e 23 da Lei Maria da Penha.

Não! Não foi somente isso que disse o REsp 1.977.124. Disse muito mais! E disse o mais importante: as portas dos Juizados de Violência Doméstica do País devem, também (!), estar abertas à mulher transexual.

Como não poderia deixar de ser, o STJ não fracionou ou mutilou a aplicação da Lei Maria da Penha. A conclusão do REsp 1.977.124 é a de que a integralidade da Lei Maria da Penha deve tutelar a vítima mulher transexual, inclusive e notadamente seu Art. 14.

Quando se fala de competência protagonista dos Juizados de Violência Doméstica deve se ter em mente sua articulação direta e indissociável com todos os demais órgãos sentinela de enfrentamento a essa violência de gênero, como Delegacias de Polícia, Núcleos da Defensoria Pública e do Ministério Público, Casas-Abrigo, Equipes Multidisciplinares *etc*, todos especializados, próprios desse juízo. Agora, todos também servientes à proteção integral da vítima mulher transexual, por força do REsp 1.977.124.

E, aqui, nem se alegue derrogação do Art. 5º da Lei Maria da Penha e do que restou sedimentado no REsp 1.977.124 pelo STJ em razão de disposição de código de organização judiciária local em sentido diverso ou lapso orçamentário. O calouro sabe bem da hierarquia das normas num sistema federativo e do raquitismo da teoria da reserva do possível em tema de dignidade da pessoa humana, é intuitivo. Desnecessária qualquer consideração: *"lex superior derogat legi inferior"*.

A esse respeito, consignou o Ministro-Relator Rogerio Schietti:

> *"Diante de tudo o que foi considerado, o que importa, para fins de resolução desta demanda, é constatar que, no caso que se está a analisar, não apenas a agressão se deu em ambiente doméstico, mas também familiar e afetivo, entre pai e filha, eliminando qualquer dúvida quanto à incidência do subsistema da Lei Maria da Penha, inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente – especializado – para processar e julgar a ação penal.*
>
> *Logo, reputo descabida a preponderância de um fator meramente biológico sobre o que realmente importa para a incidência da Lei Maria da Penha, com todo o seu arcabouço protetivo, inclusive a competência jurisdicional para julgar ações penais decorrentes de crimes perpetrados em situação de violência doméstica, familiar ou afetiva contra mulheres".*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Frise-se: *"Inclusive no que diz respeito ao órgão jurisdicional competente"*. Para mim, este o ponto de maior destaque e vital importância do REsp 1.977.124. A vítima mulher transexual não está mais só. A par da competência absoluta do Juizado de Violência Doméstica, todos os demais órgãos e entidades do Art. 8º da Lei Maria da Penha, sem nenhuma exceção, são agora convocados para defesa e proteção da vítima mulher transexual. E, bom lembrar: *"mediante atendimento específico e humanizado"* (Arts. 8º e 28 da Lei Maria da Penha).

Em conclusão, os Juizados de Violência Doméstica têm competência absoluta para processar e julgar casos de vítimas mulheres transexuais – aí incluindo-se transgêneros, cisgêneros, travestis e pessoas não binárias, conforme o REsp 1.977.124 – , suas ações penais e medidas protetivas de urgência deflagradas, com a participação ativa e imprescindível de todos os demais atores do sistema de enfrentamento à violência de gênero, mediante atendimento específico e humanizado.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL QUANTO AO DEVER DE REVISÃO PERIÓDICA DA PRISÃO PREVENTIVA PREVISTO NO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

LUCAS MAIA PIRES: Servidor Público Federal, Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), pós-graduado em Direito Administrativo.

RESUMO: Conforme previsto no art. 311 e 312 do Código de Processo Penal, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, preenchidos os requisitos objetivos, como medida de *ultima ratio*, a prisão preventiva poderá ser decretada pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial, para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Em razão de se tratar de medida extrema aplicada antes do trânsito em julgado da condenação, que atinge diretamente o direito constitucional à liberdade de locomoção, e a fim de evitar o prolongamento indevido dessa restrição à liberdade quando não mais presentes os pressupostos que fundamentaram sua decretação, a Lei n.º 13.964 de 2019 incluiu o parágrafo único no art. 316 do Código de Processo Penal, para impor ao Órgão do Poder Judiciário o dever de revisar, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a necessidade da referida medida. O presente artigo se propõe a analisar a evolução do entendimento jurisprudencial quanto à abrangência e aplicabilidade da norma em comento.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão preventiva. Dever de revisão judicial. Evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da prisão preventiva. 3. O dever de revisão judicial da prisão preventiva e a evolução jurisprudencial. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 311 e 312 do Código de Processo Penal, caberá a decretação da prisão preventiva, pelo Juiz, a requerimento do Ministério Público, do Querelante ou do Assistente, ou por representação da autoridade policial, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a fim de garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando for comprovada a materialidade do crime e houver indícios suficientes de autoria (*fumus boni iuris*), além do perigo gerado pelo estado de liberdade do investigado ou acusado (*periculum libertatis*).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Além disso, para a imposição da medida extrema, exige-se alternativamente ou cumulativamente, que tenha sido praticado crime doloso com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, a reincidência do Agente, o descumprimento de medida protetiva de urgência e a dúvida no tocante à identidade civil da pessoa.

Tratando-se de medida grave que restringe a liberdade de locomoçã, o Congresso Nacional editou lei prevendo a obrigatoriedade de revisão das prisões preventivas decretadas.

Nessa ordem de ideias, no presente artigo, serão expostos entendimentos doutrinários no tocante à referida medida cautelar e ao dever de revisão, bem como a interpretação dada pelos Tribunais Superiores.

Utilizou-se, como metodologia, as produções doutrinárias relativas ao tema, a legislação correlata e, principalmente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores concernentes à matéria.

2. DA PRISÃO PREVENTIVA

Consoante disposições legais do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada com base nas seguintes normas:

> Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos

novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Vê-se que a medida cautelar extrema poderá ser imposta nas hipóteses em que tenham sido praticados crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

superior a 4 (quatro) anos, o Agente for reincidente, for descumprida medida protetiva de urgência e quando houver dúvida quanto à identidade civil da pessoa.

Desse modo, depreende-se que é vedada a decretação da prisão processual nos casos em que tenha sido praticada contravenção penal, o crime for cometido por culpa ou a pena privativa de liberdade máxima prevista para a infração seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

Além disso, exige-se que a custódia seja imposta com a finalidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal.

Também se impõe a presença de prova da materialidade e indícios suficientes de que o indivíduo cometeu o crime (*fumus boni iuris*) e o perigo no seu estado de liberdade (*periculum in mora* ou *periculum libertatis*).

Nesse sentido, Brasileiro (2020, p. 1.056) conceitua essa espécie de prisão cautelar, fazendo, ainda, importante distinção com a prisão temporária:

> Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (nesta hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). [...]
>
> A prisão preventiva não se confunde com a prisão temporária, pelos seguintes motivos: a) a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incisos I, II e III); a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo (CPP, art. 311); b) a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, listados no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos e equiparados); não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP; c) a prisão temporária possui prazo pré-determinado: 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> 7.960/89, art. 2º); 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), findo o qual o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva. De seu turno, a prisão preventiva não tem prazo pré-determinado.

3. O DEVER DE REVISÃO JUDICIAL DA PRISÃO PREVENTIVA E A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Foi editada a Lei n.º 13.964/2019, a qual incluiu o parágrafo único no art. 316 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

De início, importante registrar que, diversamente de outras medidas cautelares (a exemplo da prisão temporária), não há previsão legal de prazo para a duração da prisão preventiva.

Nesses termos, leciona NUCCI (2020, p. 1.143):

> [...] inexiste um prazo determinado, como ocorre com a prisão temporária, para a duração dessa modalidade de prisão cautelar. A regra é perdurar até quando seja necessária, durante o curso do processo, não podendo, é lógico, ultrapassar eventual decisão absolutória – que faz cessar os motivos determinantes de sua decretação – bem como o trânsito em julgado de decisão condenatória, pois, a partir desse ponto, está-se diante de prisão-pena. A prisão preventiva tem a finalidade de assegurar o bom andamento da instrução criminal, não podendo esta prolongar-se indefinidamente, por culpa do juiz ou por provocação do órgão

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> acusatório. Se assim acontecer, configura constrangimento ilegal. Por outro lado, dentro da razoabilidade, havendo necessidade, não se deve estipular um prazo fixo para o término da instrução, como ocorria no passado, mencionando-se como parâmetro o cômputo de 81 dias, que era a simples somatória dos prazos previstos no Código de Processo Penal para que a colheita da prova se encerrasse.

Não obstante a ausência de prazo para o término dessa modalidade de custódia processual, a fim de evitar o seu prolongamento desarrazoado, os Legisladores editaram a mencionada norma a fim de obrigar o Órgão do Poder Judiciário a reavaliar a necessidade da medida extrema, evitando-se que indivíduos permanecessem no cárcere mesmo quando cessados os requisitos e pressupostos legais que justificaram a sua imposição.

À primeira vista, a literalidade do dispositivo em comento poderia levar à conclusão de que teria sido inaugurado, no ordenamento jurídico, prazo legal para a prisão preventiva, a qual passaria a vigorar por no máximo 90 (noventa) dias, caso não fosse reavaliada pelo Juízo.

O caso judicial emblemático foi o concernente à prisão preventiva do traficante internacional de drogas "André do Rap". No julgamento do HC n.º 186.144/SP, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio deferiu o pedido liminar e determinou a soltura do Paciente, sob o fundamento de que a norma em comento era expressa ao prever o prazo de até 90 (noventa) dias para que o Magistrado reavaliasse a custódia e, uma vez ultrapassado o lapso temporal sem que fosse proferida decisão, a prisão deveria ser relaxada. A propósito, transcrevo trecho da decisão monocrática:

> O parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal dispõe sobre a duração da custódia preventiva, fixando o prazo de 90 dias, com a possibilidade de prorrogação, mediante ato fundamentado. Apresentada motivação suficiente à manutenção da prisão, desde que levado em conta o lapso de 90 dias entre os pronunciamentos judiciais, fica afastado constrangimento ilegal. O paciente está preso, sem culpa formada, desde 15 de setembro de 2019, ou seja, há 10 meses e 21 dias. Uma vez não constatado ato posterior sobre a indispensabilidade da medida, formalizado nos últimos 90 dias, tem-se desrespeitada a previsão legal, surgindo o excesso de prazo. Tem-se demonstrado constrangimento ilegal a viabilizar o deferimento, de ofício, de liminar.

Contudo, posteriormente, o entendimento perfilhado pelo Ministro Marco Aurélio não foi seguido pelo Plenário da Suprema Corte. Com efeito, no julgamento do pedido de suspensão de liminar, os demais Ministros da Corte Suprema suspenderam os efeitos da

decisão monocrática e pacificaram o entendimento de que a não observância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal após o prazo legal, não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.

Nesses termos, transcrevo a ementa do julgado:

> PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME (LEI 13.964/2019). COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONHECER DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. CONTRACAUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO. RESGUARDO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF. INEXISTÊNCIA DE REVOGAÇÃO AUTOMÁTICA DE PRISÃO PREVENTIVA. NECESSÁRIO EXAME DE LEGALIDADE E DE ATUALIDADE DOS SEUS FUNDAMENTOS. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. SUSPENSÃO REFERENDADA. 1. O incidente de suspensão de liminar é meio autônomo de impugnação de decisões judiciais, de competência do Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso. O deferimento da medida demanda demonstração de que o ato impugnado pode vir a causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública (art. 4º, caput, da Lei 8.437/1992 c/c art. 15 da Lei 12.016/2009 e art. 297 do RISTF). 2. In casu, tem-se pedido de suspensão ajuizado pela Procuradoria-Geral da República contra medida liminar concedida nos autos do Habeas Corpus 191.836/SP, no qual se determinou a soltura de André Oliveira Macedo (“André do Rap”), líder da organização criminosa Primeira Comando da Capital (PCC). 3. O risco de grave lesão à segurança e à ordem públicas revela-se patente, uma vez que (i) subsistem os motivos concretos que levaram à decretação e à manutenção da prisão preventiva do paciente; (ii) trata-se de agente de altíssima periculosidade comprovada nos autos; (iii) há dupla condenação em segundo grau por tráfico transnacional de drogas; (iv) o investigado compõe o alto nível hierárquico na organização criminosa denominada Primeiro Comando da Capital – PCC; (v) o investigado ostenta histórico de foragido por mais de 5 anos, além de outros atos atentatórios à dignidade da jurisdição. 4. Ex positis, suspendem-se os efeitos da medida liminar proferida nos autos do HC 191.836, até o julgamento do respectivo writ pelo órgão colegiado competente,

> consectariamente determinando-se a imediata PRISÃO de ANDRÉ OLIVEIRA MACEDO ("André do Rap"). 5. Tese fixada no julgamento: "A inobservância da reavaliação prevista no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), com a redação dada pela Lei 13.964/2019, após o prazo legal de 90 (dias), não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos." (SL 1395 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021)

Em seguida, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o mérito do HC n. 186.144/SP, não conhecendo da impetração. Veja-se a ementa:

> Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de agravo regimental. Paciente que ostenta duas condenações pelos crimes de Tráfico e Associação para o Tráfico. Prisão Preventiva. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Inadequação da via eleita. 1. Do ponto de vista processual, o caso é de habeas corpus substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux). Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), não compete ao STF examinar a questão de direito discutida na impetração. Precedentes. 2. As peças que instruem os autos não evidenciam situação de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que justifique a concessão da ordem de ofício. Hipótese, ademais, de paciente que ostenta, pelo menos, duas condenações por crimes graves, com o exaurimento das instâncias ordinárias: i) no processo nº 0000373-08.2015.4.03.6104 (Quinta Vara Federal de Santos/SP), foi condenado a 10 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, por tráfico internacional de drogas (quase 4 toneladas de cocaína) e associação para o tráfico; ii) no processo nº 0012478-85.2013.4.03.6104 (Quinta Vara Federal de Santos/SP), foi condenado a 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, por tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico. 3. No julgamento do referendo à medida cautelar concedida nos autos da SL 1.395/DF, Rel. Min. Luiz Fux, o Plenário do Supremo Tribunal, na Sessão de 15.10.2020, decidiu que eventual inobservância do prazo de 90 dias, contido no artigo 316 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.964/2019, não implica a revogação automática da prisão

> preventiva. 4. Habeas corpus não conhecido, por inadequação da via eleita, revogada a liminar anteriormente deferida. (HC 186144, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 11-02-2021 PUBLIC 12-02-2021)

No que se refere ao órgão competente, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada no sentido de que, conforme literalidade do parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, a exigência de reavaliação é aplicável apenas ao órgão que decretou a prisão preventiva. Assim, caso imposta a medida extrema pelo Juiz de primeira instância, somente para ele há o encargo de revisá-la no prazo máximo de 90 (noventa) dias, não se estendendo a obrigatoriedade ao Tribunal de Justiça. Por outro lado, se o processo for de competência originária do Colegiado *ad quem*, somente a este seria exigida tal revisão.

A propósito, colaciono a ementa do julgado proferido no HC n.º 589.544/SC:

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXTORSÃO. ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OBRIGAÇÃO DE REVISAR, A CADA 90 (NOVENTA) DIAS, A NECESSIDADE DE SE MANTER A CUSTÓDIA CAUTELAR. TAREFA IMPOSTA APENAS AO JUIZ OU TRIBUNAL QUE DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA. REAVALIAÇÃO PELOS TRIBUNAIS, QUANDO EM ATUAÇÃO COMO ÓRGÃO REVISOR. INAPLICABILIDADE. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. A obrigação de revisar, a cada 90 (noventa) dias, a necessidade de se manter a custódia cautelar (art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal) é imposta apenas ao juiz ou tribunal que decretar a prisão preventiva. Com efeito, a Lei nova atribui ao "órgão emissor da decisão"– em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva – o dever de reavaliá-la. 2. Encerrada a instrução criminal, e prolatada a sentença ou acórdão condenatórios, a impugnação à custódia cautelar – decorrente, a partir daí, de novo título judicial a justificá-la – continua sendo feita pelas vias ordinárias recursais, sem prejuízo do manejo da ação constitucional de habeas corpusa qualquer tempo.
>
> 3. Pretender o intérprete da Lei nova que essa obrigação – de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de noventa dias, e em períodos sucessivos – seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

recursos e de habeas corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexequível, sob pena de tornar a prisão preventiva "ilegal", data maxima venia, é o mesmo que permitir uma contracautela, de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade.

4. Esse mesmo entendimento, a propósito, foi adotado pela QUINTA TURMA deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do AgRg no HC 569.701/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, julgado em 09/06/2020, DJe 17/06/2020: "Nos termos do parágrafo único do art. 316 do CPP, a revisão, de ofício, da necessidade de manutenção da prisão cautelar, a cada 90 dias, cabe tão somente ao órgão emissor da decisão (ou seja, ao julgador que a decretou inicialmente) [...] Portanto, a norma contida no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não se aplica aos Tribunais de Justiça e Federais, quando em atuação como órgão revisor." 5. Na hipótese dos autos, em sessão realizada em 24 de março de 2020, o Tribunal de origem julgou as apelações (da Defesa e da Acusação) e impôs ao Réu, ora Paciente, pena mais alta, fixada em mais de 15 (quinze) anos de reclusão – o Magistrado singular havia estabelecido a pena em mais de 13 (treze) anos de reclusão.

6. No acórdão que julgou as apelações, nada foi decidido acerca da situação prisional do ora Paciente, até porque a Defesa nada requereu nesse sentido. Assim, considerando que inexiste obrigação legal imposta à Corte de origem de revisar, de ofício, a necessidade da manutenção da custódia cautelar reafirmada pelo juízo sentenciante, não há nenhuma ilegalidade a ensejar a ingerência deste Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

7. Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de origem, vê-se que o recurso especial e o recurso extraordinário interpostos pela Defesa do Paciente foram inadmitidos em 03/07/2020; em 13/07/2020 foi interposto agravo em recurso especial e eventual juízo de retratação ainda não foi realizado. Desse modo, os autos ainda não foram encaminhados a esta Corte Superior.

8. Ordem de habeas corpus denegada." (HC 589.544/SC, Relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No âmbito da ADI n.º 6.581, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, tendo julgado parcialmente procedente a ação direta a fim de dar interpretação conforme a Constituição da República para reafirmar o entendimento de que referido dispositivo não implica a revogação automática da prisão processual, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos; que o dever de revisar aplica-se até o final do processo de conhecimento, quando há o encerramento da cognição plena pelo Tribunal de segundo grau de jurisdição, não se aplicando às prisões cautelares decorrentes de sentença condenatória de segunda instância ainda não transitada em julgado; e que referido dever incide também nos processos onde houver previsão de prerrogativa de foro.

Desse modo, observa-se que foi superada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça mencionada anteriormente, porquanto, no âmbito da referida Ação Direta, a qual tem eficácia vinculante, pacificou-se o entendimento no sentido de que o encargo de revisar a custódia incide para os Órgãos Judiciários até o final do processo de conhecimento e não somente perante o Órgão prolator da decisão de decretação da medida extrema.

Por fim, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 153.528, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu não ser aplicável o art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, na hipótese de o indivíduo encontrar-se foragido, em razão da ausência de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto, em diversas ocasiões, a fuga permanece durante vários anos, sendo que, por exemplo, se alguém continuar foragido pelo período de 15 anos, o Juízo seria obrigado a reexaminar a custódia por quase 60 (sessenta) vez. Outro fundamento para a inaplicabilidade da norma nessas ocasiões se dá pelo fato de a condição de foragido justificar a necessidade da segregação a fim de assegurar a aplicação da lei penal e a garantia da instrução criminal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prisão preventiva é modalidade de medida cautelar extrema e de aplicabilidade subsidiária, ou seja, apenas quando as demais medidas não sejam suficientes e proporcionais às circunstâncias do caso concreto.

Em razão de se tratar de medida que atinge o direito fundamental à liberdade de locomoção, foi editada a Lei n.º 13.964/2019, a qual incluiu o parágrafo único no art. 316 do Código de Processo Penal, a fim de obrigar os Órgãos Judiciários a reavaliar a necessidade da custódia no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

De início, entendeu-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que o transcurso do referido prazo sem a prolação de decisão de reavaliação acarretava a ilegalidade da

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

custódia, impondo-se sua revogação. Contudo, posteriormente, o Plenário da Corte Suprema pacificou o entendimento no sentido de que o prazo apenas obriga o Juiz a reexaminar os pressupostos da custódia e, no caso de inércia judicial, não deve ser determinada o relaxamento automático da prisão.

No que se refere ao órgão competente para reavaliar a prisão, o Superior Tribunal de Justiça detinha pacífica jurisprudência no sentido de que a exigência seria aplicável apenas ao órgão que decretou a prisão preventiva. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ação abstrata de constitucionalidade, sedimentou a orientação de que todos os Juízos (de primeira e segunda instâncias) devem revisar a legalidade da segregação até o final do processo de conhecimento, quando há o encerramento da cognição plena.

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça entende que a mencionada norma é inaplicável quando o acusado se encontra foragido, em razão dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como pelo fato de que a condição de foragido justifica a necessidade da segregação para assegurar a aplicação da lei penal e a garantia da instrução criminal.

4. REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 186.144/SP. Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 11-02-2021 PUBLIC 12-02-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur440297/false>. Acesso em: 13 abr.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 1395 MC-Ref, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 03-02-2021 PUBLIC 04-02-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur439615/false>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6581. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6027154>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 589.544/SC, Relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1238714976/habeas-corpus-hc-589544-sc-2020-0144047-4/inteiro-teor-1238714978>. Acesso em: 13 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC n.º 153.528. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08042022-Para-Quinta-Turma--nao-se-exige-revisao-periodica-da-prisao-preventiva-de-reu-foragido.aspx>. Acesso em: 13 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme De Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, v. único.

www.conteudojuridico.com.br

OS IMPACTOS DA COVID-19 NO CONTEXTO SOCIAL E O AUXÍLIO EMERGENCIAL: UM ESTUDO ACERCA DAS FRAUDES COMETIDAS NO RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO FEDERAL

WARLEY HENRIQUE SOUSA1: Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

LETÍCIA DE JESUS PEREIRA2

(orientadora)

RESUMO: A pandemia da COVID-19 impactou drasticamente a economia mundial, deixando, milhares de famílias em situação de vulnerabilidade socioeconômica. Neste contexto, diversos países adotaram políticas assistenciais, transferindo renda, para às famílias carentes, proporcionando subsistência durante a quarentena, no Brasil, a assistência estatal ocorreu através da concessão do Auxílio Emergencial, instituído pela Lei n.º 13.982, de 02 de abril de 2020. No entanto, este benefício foi alvo de inúmeras fraudes, pela má-fé e conduta de pessoas e organizações criminosas que solicitaram indevidamente o benefício assistencial. Desta forma, o objetivo do presente artigo é analisar os métodos de fraudes ao auxílio emergencial, identificando o enquadramento jurídico destas ações e suas responsabilizações, sendo empregada uma abordagem qualitativa, no levantamento bibliográfico e documental sobre a temática. Inicialmente aborda-se o surgimento da pandemia da COVID-19 e seus impactos socioeconômicos. Posteriormente, discorre-se sobre a instituição do auxílio emergencial pelo governo brasileiro, público alvo e os requisitos legais para a sua concessão e, por fim, apresentam-se os métodos utilizados para recebimento do auxílio emergencial de forma indevida e criminosa. Com os resultados obtidos, verificou-se que as condutas de fraude ao auxílio emergencial configuram crime de estelionato, quando requerido indevidamente, e crime de furto qualificado, quando subtraído os valores.

Palavras–Chave: Pandemia. Impactos Socioeconômicos. Benefício Assistencial. Fraude. Tipificação.

---

1 E-mail: whsousa@gmail.com

2 Advogada. Assessora Jurídica na PGE/MA. Coordenadora Adjunta e Professora do Programa de Graduação em Direito (IESMA/UNISULMA). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (FDDJ). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR). E-mail: leticiadejesusadv@gmail.com

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic has drastically impacted the world economy, leaving thousands of families in a situation of socioeconomic vulnerability. In this context, several countries have adopted assistance policies, transferring income to needy families, providing subsistence during the quarantine, in Brazil, state assistance occurred through the granting of Emergency Aid, established by Law No. 2020. However, this benefit was the target of numerous frauds, due to the bad faith and conduct of people and criminal organizations that improperly requested the assistance benefit. Thus, the objective of this article is to analyze the methods of fraud in emergency aid, identifying the legal framework of these actions and their liability, using a qualitative approach, in the bibliographic and documentary survey on the subject. Initially, the emergence of the COVID-19 pandemic and its socioeconomic impacts are addressed. Subsequently, it discusses the institution of emergency aid by the Brazilian government, target audience and the legal requirements for its granting and, finally, the methods used to receive emergency aid in an undue and criminal way are presented. With the results obtained, it was found that the conduct of fraud to emergency aid constitutes a crime of embezzlement, when unduly required, and a crime of qualified theft, when the values are subtracted.

Keywords: Pandemic. Socioeconomic Impacts. Assistance Benefit. Fraud. Typification.

Sumário: 1. Introdução. 2. O surgimento da pandemia da covid-19 e os seus reflexos socioeconômicos. 3. A criação do auxílio emergencial. 4 As fraudes no recebimento do auxílio emergencial. 4.1 As ações do governo federal para penalizar esses crimes.5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No início do ano de 2020, a população mundial passou a vivenciar um cenário antes visto somente em filmes de ficção científica e/ou apocalíticos, a disseminação acelerada de um vírus desconhecido pela comunidade científica, e com altos índices de contaminação e morte, instaurando um clima de pânico e terror no mundo.

Posteriormente identificado como uma síndrome gripal pertencente à família do coronavírus, cientificamente denominada de SARS-CoV-2, sendo este o agente causador da doença conhecida como COVID-19, os principais líderes mundiais passaram a adotar políticas austeras de fechamento da indústria e comércio, paralisação das atividades não essenciais e instituição do *lockdown*, para frear a rápida proliferação da doença e evitar um colapso nos sistemas de saúde.

No entanto, as medidas adotadas contra a COVID-19 resultaram em uma profunda crise econômica, com efeitos mais gravosos para a população socioeconomicamente mais vulnerável, diante do isolamento social e os crescentes índices de desemprego.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, associada às políticas restritivas de isolamento social, as principais democracias modernas instituíam um conjunto de medidas assistenciais, para enfrentamento da crise econômica, bem como proporcionar meios de subsistência para as famílias carentes e impactadas pela pandemia.

Seguindo o panorama internacional, o Brasil, além de desburocratizar a concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC – LOAS), para pessoas idosas com idade acima de 65 anos e pessoas com deficiência, ainda instituiu a concessão de um auxílio pecuniário, denominado de auxilio emergencial para trabalhadores informais, autônomos, desempregados, microempreendedores individuais, beneficiários do Programa Bolsa Família e inscritos no Cadúnico.

No entanto, a implementação desta política assistencial foi alvo de inúmeras fraudes, gerando prejuízos para o erário público, bem como, vitimando milhares de famílias que necessitavam deste benefício para sobreviver e acabaram sendo vítimas de ações criminosas.

Assim, estabelecemos o seguinte problema: quais as penalidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro para aqueles que cometeram fraudes no recebimento e no desvio de verbas destinadas ao auxílio emergencial?

Diante disso, o objetivo geral deste artigo é analisar os métodos de fraudes ao auxílio emergencial, identificando o enquadramento jurídico destas ações e as responsabilizações empregadas. Para tanto, estabeleceu-se como objetivos específicos: discorrer sobre os reflexos socioeconômicos da pandemia da COVID-19, descrever o processo de instituição do auxílio emergencial e, por fim, contextualizar as ações fraudulentas empregadas na concessão e/ou recebimento do auxílio emergencial.

Para a realização desta pesquisa foi realizado um levantamento bibliográfico, seguindo uma abordagem qualitativa, onde buscou-se informações em livros, artigos científicos, monografias, dissertações e sites oficiais. Portanto, essa pesquisa fez um resgate bibliográfico, analisando e verificando as informações e aspectos que possuem correlação com a temática enfocada.

A pesquisa utilizou de meios eletrônicos relacionados à divulgação de informações e de comunicação, procurando constatar como a problemática do estudo ocorre e interfere, de fato, na sociedade, tendo como palavras-chave reportagens que noticiem sobre a pandemia da COVID-19, a concessão do auxílio emergencial e as fraudes no recebimento do mesmo.

O artigo aborda inicialmente o contexto de surgimento da pandemia da COVID-19 e seus impactos da socioeconômicos. Posteriormente, discorre-se sobre o processo de

instituição do auxílio emergencial pelo governo brasileiro, público alvo e os requisitos legais para a sua concessão e, por fim, apresentam-se os métodos utilizados para recebimento do auxílio emergencial de forma indevida e criminosa.

2 O SURGIMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 E OS SEUS REFLEXOS SOCIOECONÔMICOS

Antes de discorrer sobre o percurso histórico do surgimento da pandemia do COVID-19 e abordar suas principais consequências socioeconômicas impostas a população mundial, é necessário distinguir os termos surto, endemia, epidemia e pandemia.

Os quatro termos referem-se à proliferação de doenças, mas não são expressões sinônimas, haja vista que o aspecto diferenciador é o nível e o alcance da disseminação da enfermidade. Neste contexto, o surto é caracterizado quando há o aumento de uma doença em um determinado local, sem que ocorra a proliferação da doença para localidades diversas. Já a epidemia caracteriza-se pela proliferação regional de uma doença, podendo abranger diversos estados, cidades ou alguns países, mas não uma escala global (TINOCO, 2020).

É importante frisar que a epidemia é muito confundida com a endemia, sendo comum a população tratá-las como expressões sinônimas, pois ambas remetem a disseminação regional de uma determinada doença. Contudo, além da regionalização, a endemia ainda possui o elemento caracterizador da periodicidade (TINOCO, 2020).

Para melhor compreensão cita-se a proliferação de meningite que ocorre em diversas regiões do Brasil no ano de 1974. A situação foi considerada epidêmica, uma vez que foi um episódio esporádico, diferentemente com o que ocorre com a dengue que, anualmente, no período do verão há o aumento significativo de casos da doença em diversas regiões do país, sendo, portanto, uma situação endêmica.

Por fim, a pandemia consiste na disseminação de doenças mais gravosas, pois remete à proliferação em escala global, atingindo um número exponencial de pessoas em diferentes países e continentes, como ocorre com a COVID-19, conforme leciona Tinoco:

> Uma epidemia é um evento no qual uma doença está se espalhando ativamente, já o termo pandemia é mais especifico. Ele se refere à expansão geográfica e é usado para descrever uma doença que afeta um país inteiro ou vários países, caso do Covid-19. (TINOCO, 2020).

Compreendido estes conceitos, destaca-se que incialmente a COVID-19 foi classificada como um surto, quando a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi notificada em 31 de dezembro de 2019 da ocorrência de vários casos de um conjunto de doenças respiratórias na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China (BLANC; XAVIER, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, cientistas identificaram que se tratava de uma nova síndrome gripal pertencente à família do coronavírus, cientificamente denominada de SARS-CoV-2, sendo este o agente causador da doença conhecida como COVID-19 (LUIGI; SENHORAS, 2020).

O SARS-CoV-2 é um vírus que precisa de um corpo hospedeiro e permanece incubado por até duas semanas no corpo humano, além de ainda sobreviver no cadáver por dias de forma ativa. Logo, percebe-se o alto grau de transmissão aos familiares e, principalmente, aos profissionais de saúde e dos agentes de serviços fúnebres. Além disso, a COVID-19 pode ser transmitida por espirros e tosse de alguém infectado ou por meio do contato físico com objetos e superfícies contaminadas (BRASIL, 2021).

> O início do mês de janeiro de 2020 foi marcado por um intenso fluxo de informações sobre o avanço de uma pneumonia grave em Wuhan, na China. Acompanhávamos com atenção o surto de um novo tipo de vírus, identificado no mês anterior. Passado curto espaço de tempo, em 23 de janeiro, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, já ciente dos desdobramentos do processo de espraiamento da doença pelo globo. (BLANC; XAVIER, 2021, p. 07).

Nesse sentido, o nível de contaminação não ficou restrito à cidade chinesa, de modo que se alastrou mundialmente em larga escala, com altos índices de transmissão, surgindo novos casos cada vez mais graves e em países distintos, deixando a população exposta a uma doença até então desconhecida, causando uma crise na saúde pública, contexto que resultou na mudança de classificação, de acordo com a OMS, para pandêmica, em 11 de março de 2020.

Com o objetivo de conter o contágio da doença, os países passaram a adotar medidas austeras de distanciamento social, com o intuito de reduzir a transmissão do vírus e, com isso, diminuir a evolução da pandemia. Dentre elas destacam-se a imposição da quarentena e as barreiras territoriais, com a proibição da entrada e/ou saída dos seus limites geográficos, proibindo-se qualquer tipo de aglomeração.

> O esforço dos institutos de pesquisa, naquele momento, se direcionava para a divulgação de protocolos de enfrentamento da crise sanitária que permitissem o controle do processo de disseminação do vírus, por meio da testagem, observação e isolamento dos infectados. (CAMPOS, 2020, p. 23)

Outrossim, a realidade proporcionada pelo cenário pandêmico modificou a vida em sociedade e alterou o modo de vida das cidades, diminuindo, inclusive, o fluxo de

pessoas. Os serviços considerados não essenciais pararam de funcionar e isso repercutia fortemente na economia no contexto interno e externo de cada país, intensificando as vulnerabilidades socioeconômicas da população carente.

As medidas de isolamento social intensificaram a crise econômica e humanitária, acentuando os índices de desemprego e, consequentemente, colocando a população em níveis de extrema pobreza. Quando se fala em crise humanitária, a pandemia descortinou a situação de vulnerabilidade e desigualdade social vivenciada pela população negra, sendo as principais vítimas das consequências das políticas de restrição social.

Segundo dados publicados pela Folha de São Paulo, a taxa de mortalidade por COVID em São Paulo entre os negros é de 172 mortes por 100 mil habitantes, enquanto na população branca a taxa é de 115 mortes a cada 100 mil. (FREITAS, 2021, p. 53).

Socialmente, os negros encontram-se em condições piores que os brancos e isto, por conseguinte, resulta na falta de acesso aos serviços e bens públicos, restringindo, significativamente, a efetivação de muitos direitos básicos para a concretização de condições mínimas existenciais.

Este cenário é resultante das distorções socioeconômicas que vigoram no país desde o período pós-abolição da escravatura. Isto porque é inegável que a população negra, na atualidade, sofre com o reflexo dos danos físicos, morais, culturais e psicológicos ocorridos no período da escravidão, perceptíveis por índices como, por exemplo, maiores taxas de mortalidade, saúde precária, maiores taxas de analfabetismo e evasão escolar, menores taxas de inserção no mercado de trabalho, dentre outros aspectos.

Assim, a população negra e pobre do país, cuja principal fonte de renda advinha do trabalho informal, foram abruptamente impactadas pelas políticas de isolamento social. Além disso, tornam-se alvos fáceis da doença principalmente porque não possuem recursos para aquisição de máscaras, álcool em gel, etc.

A pandemia evidenciou a complexa questão social do Brasil, fruto da construção histórica do país, marcada pela concentração de riqueza na região Sudeste em detrimento da região Nordeste, assim como da insuficiência estatal em estabelecer instrumentos inclusivos e de distribuição social das riquezas brasileiras, ao passo que o país tende a produzir pobres no momento de crise e, incontroversamente, em fases de crescimento econômico.

Segundos dados disponibilizados no site do Ministério da Saúde, até o dia 20 de março de 2022 o Brasil já contabilizava 29.630.484 de casos confirmados e 657.205 óbitos provocados pela doença (BRASIL, 2022). Desses casos destaca-se a significativa perda de profissionais de saúde e o caos sanitário que atingiu especialmente cidades da região

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Norte do país, evidenciando a precariedade da infraestrutura de serviços públicos de saúde nas regiões mais pobres do país.

A inércia estatal e/ou a precariedade dos serviços públicos para enfretamento da pandemia do COVID-19 refletem o déficit governamental na promoção e preservação do direito à saúde.

A crise causada pela pandemia da COVID-19 não produziu impactos somente na área da saúde e nas atividades econômicas. Evidenciou-se também aumento nos índices de violência doméstica, surgimento de doenças psíquicas como ansiedade, depressão, diante do clima de terror que se instaurou diante do cenário apocalítico propagado pelos meios de comunicação.

3 A CRIAÇÃO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL

Conforme abordado na seção anterior, a celeridade de proliferação do vírus da COVID-19 e a letalidade da doença, expressa em índices alarmantes de contaminados e mortos, resultou na adoção de um conjunto de medidas governamentais para reduzir a transmissão da doença e, consequentemente, evitar e/ou amenizar o colapso nos serviços de saúde.

No entanto, o isolamento social, o fechamento do comércio e de serviços não essenciais e a imposição da quarentena, trouxeram grandes impactos econômicos, principalmente para a população em situação de vulnerabilidade socioeconômica, de modo que tornou-se indispensável a adoção de políticas públicas assistenciais, com o intuito de assegurar condições básicas de subsistência a população, bem como evitar também um colapso econômico (MARINS et al., 2021).

Diante disso, é importante frisar que os ordenamentos jurídicos das democracias modernas incorporam os ideários do Estado Social que, de acordo com Santos (2011, p. 34), o Estado deve atuar para "que todos os seus integrantes tenham os mínimos vitais necessários à sobrevivência com dignidade".

Neste contexto, segundo previsões do Fundo Monetário Internacional (FMI), os impactos socioeconômicos e geopolíticos das estratégias de isolamento social impostas, resultariam em um longo período de recessão para diversos países, inclusive o Brasil, haja vista que os serviços não essenciais são forças motoras da economia global, refletindo diretamente no Produto Interno Bruto (PIB) de cada nação. Cita-se que nos primeiros meses da pandemia em 2020, o FMI projetou que "cada mês inativo para setores não essenciais equivale a uma queda de 3% no PIB anual" (MARINS et al., 2021, p. 670).

> Os países desenvolvidos têm mobilizado um poderoso arsenal para amortecer o impacto negativo da crise sobre o emprego e a renda:

> os bancos centrais reduziram juros e voltaram à política de expansão quantitativa de modo a garantir a liquidez dos mercados e a oferta de crédito; a política fiscal, com destaque para o pacote norte-americano de US$ 2 trilhões, aponta no mesmo sentido, garantido recursos para a saúde, transferindo renda para as famílias e apoiando as empresas. (IPEA, 2020 *apud* OLIVEIRA, 2021, p. 30).

Seguindo o panorama internacional, o governo Brasil implementou diversas medidas para amenizar os efeitos econômicos da pandemia no país:

> No primeiro caso, houve redução da taxa de juros e de alíquotas de compulsórios e medidas para ampliação do crédito com o relaxamento temporário de normas prudenciais. No segundo, medidas que já superaram os R$300 bilhões estão sendo mobilizados no sentido de reduzir o impacto negativo da crise sobre a renda, especialmente dos mais pobres, o emprego e, na medida do possível, a produção e a situação das empresas, principalmente micro, pequenas e médias. (IPEA, 2020 *apud* OLIVEIRA, 2021, p. 30).

Pelo exposto, observa-se que as primeiras medidas econômicas adotadas tinham como público alvo a classe empresarial, dispondo instrumentos para que as empresas tivessem condições de sobrevivência financeira e, consequentemente, de preservação de empregos.

No entanto, essas medidas não eram suficientes para minimizar os impactos da crise econômica, especialmente porque elas não beneficiavam os trabalhadores informais, profissionais liberais, dentre outros, ao passo que uma grande parcela da população sofreu uma redução drástica na renda familiar.

Neste contexto, duas medidas excepcionais foram adotadas pelo governo brasileiro. A primeira consiste na utilização de critérios menos burocráticos para identificação dos requisitos legais para concessão do benefício assistencial de prestação continuada (BPC), ofertados para idosos com idade acima de 65 anos e/ou para pessoas com deficiência. Em ambos as situações, a concessão do BPC pressupõe a caracterização da vulnerabilidade socioeconômica, doutrinariamente chamada de "requisito da miserabilidade" (IBRAHIM, 2021).

De acordo com os ensinamentos de Borges (2020), o benefício de prestação continua (BPC) "consiste em benefício assistencial mensal no valor de um salário mínimo conferido à pessoa com deficiência ou idosa que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Contudo, a flexibilização na concessão deste benefício assistencial beneficiava tão somente dois grupos sociais específicos, pessoas com deficiência e pessoas com idade acima 65 anos, deixando a mercê os trabalhadores diretamente impactados pela crise econômica.

Diante disso, a segunda medida de proteção socioeconômica implementada pela Lei Federal n.º 13.982, de 02 de abril de 2020, diz respeito à concessão de um auxílio financeiro de R$ 600,00 (seiscentos reais), de natureza emergencial, pelo período inicial de 03 (três) meses, para as pessoas que preenchessem os requisitos legais.

Neste contexto, nos termos da Lei n.º 13.982/20, o cidadão para fazer jus ao recebimento do auxílio emergencial deveria ser maior de idade, estar desempregado, não estar recebendo nenhum tipo de benefício pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), possuir renda familiar *per capita* de até um salário e meio ou a renda familiar mensal total de até três salários mínimos (BRASIL, 2020).

Os microempreendedores (MEI) que sofressem grandes impactos financeiros e econômicos impostos pela pandemia também poderiam requer o benefício federal, desde que seus rendimentos anuais fossem de até R$ 28.559,70 (vinte e oito mil quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos). Para as mães solo, beneficiárias do Bolsa Família, a Lei do Auxílio Emergencial dispensou um tratamento diferenciado, assegurando o direito ao recebimento do benefício o importe de R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), isto é, o dobro do valor que os demais beneficiários receberiam (BRASIL, 2020).

> Ao fazermos uma leitura do texto da lei, é possível identificar critérios inclusivos, como ser microempreendedor individual (MEI), contribuinte individual da Previdência Social e trabalhador informal, além de critérios excludentes, como idade, renda, ter emprego formal ativo, ser titular de benefício previdenciário ou assistencial, do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado o PBF. O estabelecimento desses critérios, de maneira objetiva, foi de extrema importância para viabilizar a implementação do benefício. (CARDOSO, 2020, p. 1055).

Neste contexto, como forma de identificação do público-alvo, ou seja, aqueles que preencheriam todos os requisitos legais para recebimento do auxílio emergencial, o Governo Federal optou pela utilização da plataforma de dados pertencente ao Ministério da Cidadania para implementação das políticas públicas sociais, a saber o Cadastro Único e os inscritos no Programa Bolsa Família (PBF), devido a urgência do início dos pagamentos, haja vista que o quantitativo de pessoas sem a perspectiva de renda mensal aumentava significativamente com as medidas de isolamento social.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Para as pessoas beneficiárias do PBF e que atendessem aos requisitos legais, a concessão do auxílio ocorreu de forma automática, sem a necessidade de requerimento administrativo. Já para os inscritos no Cadúnico, o auxílio emergencial deveria ser solicitado via *site* do Ministério da Cidadania ou pelo aplicativo disponibilizado pelo governo, destacando-se que a concessão precedia a verificação do preenchimento dos requisitos com base nas informações registradas no Cadastro Único.

> Com relação à implementação dessa política, o processo foi pensado para ser realizado por intermédio de meios digitais, através da criação de um aplicativo e um site para que os beneficiários realizassem o cadastro, sendo aplicado o cruzamento dos dados das famílias cadastradas no Cadastro Único para Programas Sociais, daquelas recebedoras – ou não – do Bolsa Família, com a finalidade de avaliar as condições de elegibilidade. No caso de aprovação das famílias já cadastradas no CadÚnico, a liberação do Auxílio Emergencial deveria ser automática. (MARINS et al., 2021, p. 672).

Os demais cidadãos deveriam solicitar o auxílio emergencial pelo *site* ou aplicativo. Para deferimento ou indeferimento do benefício para este grupo social, houve a utilização de outros bancos de dados governamentais, como a Dataprev, empresa pública responsável pelo gerenciamento de informações previdenciárias (CARDOSO, 2020).

Destaca-se que o auxílio emergencial foi instituído para ser concedido por apenas 03 (três) meses, no entanto, frisa-se que diante do sentimento do desconhecido e incertezas quanto à duração e os impactos da crise sanitária e econômica resultante da pandemia, a Lei n.º 13.982/20 já previu a possibilidade de prorrogação do benefício pelo Poder Executivo, o que de fato ocorreu, ao passo que a concessão do benefício perdurou até outubro de 2021.

> Os problemas econômicos, sanitários e sociais impostos pelo Coronavírus são imensos. Amparar os mais vulneráveis e auxiliar no funcionamento da economia em momentos como o atual são tarefas que se impõem ao Estado brasileiro. O Benefício de Prestação Continuada e o Auxílio Emergencial, certamente, representam uma correta atuação estatal na promoção de digna subsistência dos cidadãos brasileiros. A esperança por dias melhores, em que brasileiros independam de prestações pecuniárias estatais para subsistir, não pode afastar a necessidade de se olhar e enfrentar a realidade que se impõe (BORGES, 2020).

Diante do exposto, é importante ressaltar que, embora haja um teor e interesses políticos na concessão do auxílio emergencial, como bem enfatiza Marcelo Borges, tais

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

políticas assistenciais são deveres do Estado brasileiro, não podendo o mesmo se manter inerte aos desastrosos impactos da pandemia da COVID-19. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos basilares da nação brasileira, com menção expressa no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e, desta forma, promover a dignidade de subsistência dos seus tutelados é uma obrigação constitucional.

4 AS FRAUDES NO RECEBIMENTO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL

Conforme demonstrado no tópico anterior, a concessão do auxílio emergencial beneficiaria três grupos específicos: as famílias inclusas no Programa Bolsa Família, os inscritos no CadÚnico e os não constantes na base de dados do CadÚnico, sendo eles os microempreendedores, os trabalhadores informais, trabalhadores autônomos e os desempregados.

Neste contexto, segundo dados da Caixa Econômica Federal (BRASIL, 2020), antes da criação do auxílio emergencial, o Cadúnico totalizava 28.605.430 de famílias inscritas em Programas Sociais do Governo Federal, sendo que mais da metade era beneficiária do Programa Bolsa Família. Ocorre que, no primeiro mês após a criação do auxílio emergencial, o Ministério da Cidadania processou mais de 116 milhões de solicitação de inscrição no Cadastro Único com intuito de recebimento desse benefício pecuniário assistencial.

No entanto, a carência de mecanismos eficazes para constatação da veracidade das informações prestadas pelo público solicitante, além de causar excessiva morosidade no calendário de pagamento do auxílio emergencial, acabou por contribuir para a concessão do benefício a pessoas que não se encontravam em situação de vulnerabilidade socioeconômica em razão da pandemia da COVID-19 (MARINS et al., 2021).

Neste sentido, Marins afirma que:

> Os pontos, para fins do debate aqui proposto, passam pela falta de transparência pública sobre as aprovações, reprovações e análises dos cadastros, as demoras em realizar as avaliações e a dificuldade em fazer com que o benefício chegue até as famílias. (...) Além disso, a falta de um canal de atendimento e orientação por telefone, ou mesmo on-line, dificultou a comunicação direta e de possíveis soluções simples de adequação do cadastro. A decisão de implementar o Auxílio Emergencial sem a articulação de estados e municípios, em uma perspectiva de pacto federativo e de descentralização das políticas públicas, também prejudicou ainda mais aqueles que necessitavam do benefício. Outro ponto importante observado no âmbito da implementação foi a ausência

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> de esforços, em nível local, para a busca ativa das pessoas mais vulneráveis nos municípios. (MARINS et al., 2021, p. 2021, p. 683)

Diante disso, destaca-se que a inexistência de um planejamento estratégico por parte do Governo Federal contribuiu para ocorrência de inúmeras fraudes no recebimento do auxílio emergencial. Isto porque, a implementação centralizada e autocrática pela União, sem a colaboração dos demais entes federativos, facilitou para que milhões de pessoas solicitassem e recebessem o benefício sem preencher os requisitos necessários em detrimento de famílias vivenciando condições de miserabilidade por causa da pandemia (MARINS et al., 2021).

Evidenciou-se, posteriormente, diversas distorções nos dados das famílias já cadastradas no CadÚnico, pois em muitas situações as informações estavam desatualizadas e as reais condições socioeconômicas eram incompatíveis, mas a política de concessão concedia o benefício automaticamente aos inscritos no CadÚnico sem prévia análise e/ou atualizações dos dados cadastrais, de modo que inúmeras pessoas receberam indevidamente o benefício. Além disso, não havia uma política cooperativa entre União, Estados e Municípios para que, ao analisar as informações de novos cadastros, fossem evitadas as solicitações fraudulentas (MARINS et al., 2021).

> Ao tornar automática a análise dos dados das pessoas cadastradas no CadÚnico, recebendo ou não o Bolsa Família, o governo federal não permitiu nenhuma atualização ou nova solicitação via aplicativo, ou acesso aos dados existentes para atualização ou esclarecimento, pois a rede socioassistencial não estava autorizada a realizar alterações após a data de 20 de março de 2020. (MARINS et al., 2021, p. 2021, p. 684)

Assim, meses após o início do pagamento das parcelas do auxílio emergencial, o governo, gradativamente, passou a identificar concessões fraudulentas do benefício, integrando entre os beneficiários servidores públicos, empresários, militares, figuras públicas, ou seja, pessoas que não preenchiam aos requisitos legais e, dolosamente solicitaram o auxílio emergencial (MARINS et al., 2021).

Segundo Relatório da Controladoria-Geral da União (CGU), divulgado em fevereiro de 2020, mais de 1,8 milhões de pessoas solicitaram e receberam indevidamente o auxílio emergencial, por incompatibilidade com os pressupostos legais para a concessão do mesmo, ocasionando um prejuízo de 809,9 milhões de reais aos cofres públicos. (BRASIL, 2022).

O Relatório da CGU apontou que, além de pessoas que solicitaram o benefício indevidamente, diversas organizações criminosas também conseguiram o benefício

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

assistencial através da aquisição ilegal de informações de pessoas falecidas que residiam no exterior, presos, dentre outros. Ademais, as irregularidades constatadas na concessão do benefício foram as seguintes, de acordo com o Relatório da CGU:

- 15.751 beneficiários com indicativo de óbito;
- 239.773 beneficiários com renda familiar mensal em desacordo com os critérios de elegibilidade e de continuidade para o recebimento do benefício;
- 821.991 beneficiários com vínculo empregatício formal ativo registrado na GFIP;
- 160.662 beneficiários que receberam, simultaneamente, benefício previdenciário ou assistencial registrado na folha de pagamentos do INSS;
- 442.175 beneficiários do AER, que também receberam benefício do Programa Bolsa Família, cuja soma dos valores recebidos em ambos os benefícios foi superior aos limites estabelecidos;
- 17.993 beneficiários cuja família recebeu mais de duas cotas do benefício;
- 16.680 beneficiários que residem no exterior;
- 75.635 beneficiários que receberam mais parcelas do que o devido em 31.12.2020, considerando a data de concessão do benefício; e
- 38.282 beneficiários presos em regime fechado. (BRASIL, 2022)

Corroborando com as deficiências na execução para a concessão do benefício, o alto conhecimento informático e as vulnerabilidades de segurança na operacionalidade dos pagamentos, de responsabilidade da Caixa Econômica Federal, por meio da criação de uma conta digital, denominadas de Poupança Social Digital, resultou na prática de crimes virtuais de organizações criminosas, com o furto dos valores das contas digitais dos beneficiários (MARINS et al., 2021).

Observa-se que as fraudes ocorridas no pagamento do auxílio emergencial não geraram prejuízos somente para os cofres públicos, que pagou o benefício para milhões de pessoas que não faziam jus ao recebimento, mas, também milhares de famílias carentes,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

que foram vítimas das ações de grupos criminosos e acabaram sem usufruir do benefício assistencial.

4.1 As Ações do Governo Federal para Penalizar esses Crimes

As fraudes cometidas durante a vigência da concessão e pagamento do auxílio emergencial são tipificadas no Código Penal Brasileiro, podendo ser caracterizada como furto mediante fraude ou o estelionato.

O crime de estelionato está tipificado no artigo 171 do Código Penal, que assim prescreve:

> Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (BRASIL. 1940)

Da análise da redação do citado dispositivo penal, o crime em tela tem como pressupostos a "vantagem ilícita" e o "prejuízo alheio". Neste contexto, percebe-se que o agente ativo é beneficiado ilicitamente, ou seja, seu ganho (que não precisa ser necessariamente financeiro) está em desarcado com as normas vigentes e, consequentemente, causa danos a terceiros.

Assim, o agente ativo atua com má-fé, é o denominado "malandro" que utiliza-se de artimanhas para praticar uma fraude, induzindo um terceiro a erro e, consequentemente, alcançar vantagem indevida almejada. Para melhor entendimento, apresentam-se as lições do doutrinador criminalista Rogério Sanches Cunha:

> Pune-se aquele que, por meio da "astúcià', "da esperteza", do "engodo", da "mentira', procura despojar a vítima do seu patrimônio fazendo com que esta entregue a coisa visada espontaneamente, evitando, assim, retirá-lo por meios violentos. Em suma, o agente busca lesar a vítima em seu patrimônio, de maneira sutil, mas sempre segura. A fraude pode ser empregada para induzir ou manter a vítima em erro. No ato de induzir (incutir) é o agente quem cria na vítima a falsa percepção da realidade. Já na manutenção, a própria vítima se encontra equivocada e o fraudador, aproveitando-se dessa circunstância, emprega os meios necessários para mantê-la nesse estado, não desfazendo o engano percebido (CUNHA, 2016, p. 347)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, trazendo esses conceitos para os casos de fraudes no recebimento do auxílio emergencial, observa-se que as pessoas que solicitaram e usufruíram do benefício, tendo plena consciência da incompatibilidade de atendimento dos pressupostos legais, cometeram o crime de estelionato. A conduta ilícita é materializada no cadastramento indevido no CadÚnico e/ou aplicativos, seja por não preencher os requisitos ou, no caso das organizações criminosas, por utilizaram dados de terceiros.

Neste contexto, destaca-se que, segundo o Relatório da CGU, a partir da constatação da concessão viciosa de inúmeros benefícios do auxílio emergencial, os órgãos competentes veem atuando na identificação das pessoas que receberam indevidamente para que devolva os pagamentos indevidos, além da responsabilização criminal cabível, sendo que até a divulgação do relatório no início de fevereiro de 2022, o Governo Federal já havia recuperado cerca de R$ 44,4 milhões pagos indevidamente (BRASIL, 2022).

Com relação às solicitações indevidas realizadas por organizações criminosas, a Polícia Federal vem atuando em diversas investigações para identificar os suspeitos e colher provas sobre os métodos fraudentos empregados por eles para receber indevidamente o benefício emergencial (ABDALA, 2022).

Dando continuidade, quando as fraudes estiverem relacionadas a subtração dos valores das contas digitais dos beneficiários, o crime é o furto mediante fraude, tipificado no artigo 155, §4º, II do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> (...)
>
> § 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:
>
> (...)
>
> II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; (BRASIL, 1940)

Pelo exposto, percebe-se que o crime de furto deriva da tutela constitucional do direito à propriedade, de modo que o crime consiste na usurpação da posse de um bem de forma indevida, isto é, sem a permissão, o conhecimento do seu real proprietário (MASSON, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Cabe mencionar que o crime de furto ofende a posse do bem e não sua propriedade, que continua pertencendo da vítima do delito. Além disso, destaca-se que o §4º, II trata-se de uma figura qualificadora, ou seja, a descrição penal traz novas elementares do tipo, ou seja, novos requisitos que resultam no agravamento da conduta e, consequentemente, na culminação de uma pena maior.

Neste contexto, a figura qualificadora que interessa ao presente estudo, diz respeito à prática da fraude que, segundo Cleber Masson (2015, p. 329), é o "artifício ou ardil, ou seja, meio enganoso utilizado pelo agente para diminuir a vigilância da vítima ou de terceiro sobre coisa móvel, permitindo ou facilitando sua subtração".

Trazendo estes conceitos para a temática abordada, o crime de furto qualificado mediante fraude ocorre quando a ação dos criminosos atua para subtrair os valores (a posse) das contas digitais dos beneficiários. Neste contexto, cabe à vítima, através do registro do Boletim de Ocorrência, informar o ocorrido às autoridades competentes, para que as devidas providências sejam tomadas para identificar e punir os criminosos.

Ademais, frisa-se que a Polícia Federal também vem atuando em diversas investigações para identificar os integrantes das organizações criminosas que praticaram esse tipo de crime durante a vigência do auxílio emergencial (ABDALA, 2022).

5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como finalidade discorrer sobre as fraudes no auxílio emergencial, buscando identificar o enquadramento criminal de cada conduta e suas consequentes penalidades.

Neste contexto, para compreensão da temática suscitada, inicialmente apresentou-se a contextualização dos primeiros casos da COVID-19 na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China, as incertezas científicas quanto a doença, até a classificação de pandemia pela Organização Mundial de Saúde em março de 2020. Além disso, apresentou-se a diferenciação conceitual de surto, endemia, epidemia e pandemia, conceitos estes necessários para melhor entendimento dos impactos decorrentes da classificação da COVID-19 como uma pandemia mundial.

Observou-se que as medidas de isolamento social, especialmente aquelas que determinaram o fechamento das atividades comerciais e industriais, geraram reflexos negativos para a economia, tanto no âmbito externo como interno, impactando diretamente famílias vulneráveis, que ficaram sem nenhum meio de renda ou sofreu uma redução drástica na mesma.

Desta forma, o governo federal, por meio da Lei n.º 13.982, de 2 de abril de 2020, criou o auxílio emergencial, caracterizado pela concessão de uma proteção assistencial de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

natureza pecuniária, pagos inicialmente em 03 (três) parcelas de R$ 600,00 (seiscentos reais), para as pessoas que preenchessem os requisitos legais.

Diante da perpetuação da pandemia da COVID-19 e, consequentemente, dos impactos socioeconômicos, a medida emergencial foi estendida, mas com parcelas de valores menores, de modo que o benefício perdurou até outubro de 2021.

Estudou-se detalhadamente os requisitos para o recebimento do auxílio emergencial, bem como o público alvo desta política de transferência de renda, para que, na parte final deste trabalho, fossem compreendidas as falhas na execução deste benefício que, inegavelmente, contribuíram para a ocorrência de fraudes na concessão e recebimento do auxílio emergencial.

A pesquisa realizada permitiu compreender a dimensão dos prejuízos para os cofres públicos em razão das fraudes no auxílio, pois segundo dados pesquisados, mais de 1,8 milhões de pessoas solicitaram e receberam indevidamente o auxílio emergencial, ocasionando um prejuízo de 809,9 milhões de reais ao erário público, valores estes que poderiam ter sido empregados em outras medidas de combate à pandemia ou beneficiado famílias em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

Concluiu-se também que as pessoas que solicitaram e usufruíram do benefício, tendo plena consciência da incompatibilidade de atendimento dos pressupostos legais, cometeram o crime de estelionato, enquanto que a subtração do valor do benefício das contas digitais dos beneficiários caracteriza o crime de furto qualificado. Destaca-se que ambos os crimes estão previstos no Código Penal, a saber, art. 171 e o art. 155, §4º, II, respectivamente.

Por fim, destaca-se que o auxílio emergencial constituiu um importante benefício social para alento dos efeitos econômicos da pandemia da COVID-19, mas a má implementação desta política assistencial, diante da postura centralizada do Governo Federal, sem a atuação conjunta com Estados e Municípios, acabou por facilitar a ação de criminosos e pessoas mal intencionadas, prejudicando não só os cofres públicos, mas, sobretudo, milhares de pessoas que sofreram e ainda sofrem os efeitos devastadores da pandemia.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Polícia Federal investiga fraudes no auxílio emergencial. In: **Agência Brasil,** 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-03/policia-federal-investiga-fraudes-no-auxilio-emergencial>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BLANC, Manuela Vieira; XAVIER, Alex da Silva. Terceiro Milênio. In: **Revista Crítica de Sociologia e Política,** Volume 15, número 2, julho a dezembro de 2020.

BORGES, Marcelo Monteiro Bonelli. **A Pandemia do Coronavírus e a Lei nº 13.982/20.** 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-16/bonelli-borges-pandemia-lei-1398220>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. (2022). COVID-19 no Brasil: Dados até 22/03/2022. In: **Ministério da Saúde**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://infoms.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. (2021). Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (Covid-19) no Brasil. **Ministério da Saúde**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://qsprod.saude.gov.br/extensions/covid-19_html/covid-19_html.html >. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. (2020). **Lei n.º 13.982**, de 2 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **Caixa Econômica Federal:** dados do auxílio emergencial. 2020. Disponível em: <https://caixanoticias.caixa.gov.br/noticia/20795/auxilio-emergencial-clique-aqui-para-ver-os-ultimos-numeros>. Acesso em: 02 abr. 2022.

BRASIL. **Relatório da Controladoria-Geral da União (CGU)**. 2022. Disponível em: < https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2022/02/4983309-cgu-identifica-fraude-de-rs-8099-milhoes-no-auxilio-emergencial.html >. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

CAMPOS, Gastão W. S. O pesadelo macabro da Covid-19 no Brasil: entre negacionismos e desvarios. In: **Revista Trabalho, Educação e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, 2020.

CARDOSO, Bruno Baranda. A implementação do Auxílio Emergencial como medida excepcional de proteção social. In: **Revista de Administração Pública** [online]. 2020, v. 54, n. 4, pp. 1052-1063. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-761220200267 https://doi.org/10.1590/0034-761220200267x>. Epub 28 Ago 2020. ISSN 1982-3134. https://doi.org/10.1590/0034-761220200267. Acesso em: 17 mar. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito:** Penal Parte Especial. 8. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

FREITAS, Sara da Silva. A Pandemia Covid-19: dimensões da crise brasileira. In: **Revista Crítica de Sociologia e Política,** Volume 15, número 2, julho a dezembro de 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário.** 26 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

LUIGI, R.; SENHORAS, E. M. O novo coronavírus e a importância das Organizações Internacionais. In: **Nexo Jornal**, 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br>. Acesso em: 1º fev. 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado:** parte especial. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. vol. 2.

MARINS, Mani Tebet et al. Auxílio Emergencial em tempos de pandemia. In: **Sociedade e Estado** [online]. 2021, v. 36, n. 02, pp. 669-692. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0102-6992-202136020013>. Epub 13 Set. 2021. ISSN 1980-5462. https://doi.org/10.1590/s0102-6992-202136020013. Acesso em: 17 mar. 2022.

OLIVEIRA, Andréia Carla Oliveira de. **A importância do auxílio emergencial do governo federal na pandemia de Covid-19 e seus impactos sobre o desenvolvimento social e econômico no Rio Grande do Sul.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Estadual do Rio Grande do Sul, Curso de Bacharelado em Administração Pública, Unidade em Frederico Westphalen, 2021. Disponível em: <https://repositorio.uergs.edu.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1640/_andreia_carla_oliveira_de_oliveira_tcc_com_catalogaacaao.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

TINOCO, Adriana. **Qual a Diferença Entre Pandemia e Epidemia?** 2020. Disponível em: <https://socientifica.com.br/qual-a-diferenca-entre-pandemia-e-epidemia/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

www.conteudojuridico.com.br

O CORPO E O SÍMBOLO: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO NAS PERSPECTIVAS DE PIERRE BOURDIEU E SIMONE DE BEAUVOIR

GABRYELA DE SÁ SILVA: Graduanda em Direito na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA/UNISULMA 3

DENISSON GONÇALVES CHAVES4

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar, por meio de pesquisa bibliográfica, as obras A Dominação Masculina de Pierre Bourdieu (2021) e o Segundo Sexo de Simone de Beauvoir (2019), e entender os motivos pelos quais a violência de gênero perpetrada contra a mulher continua sendo um problema que assola a sociedade, especificamente o Brasil, mesmo que o país tenha umas das leis mais avançadas no combate à violência. A investigação enfatiza a importância de tratar sobre o assunto no que tange o plano simbólico das relações, visto que, é um problema público de grande impacto social. Observa-se que o fator cultural é um dos principais obstáculos para a efetiva aplicação das leis e perpetuação da violência na forma física e simbólica. Desta forma, a partir da análise de dados e das obras dos autores supracitados é possível identificar os processos pelos quais se cria a imagem da mulher e se enraíza socialmente a inferioridade dela perante o homem, por meio de uma abordagem histórica e sociológica que podem contribuir para o Direito.

Palavras-chave: Pierre Bourdieu. Simone de Beauvoir. Violência de gênero. Simbólico.

ABSTRACT: The present work aims to analyze, through bibliographical research, the works A Male Domination by Pierre Bourdieu (2021) and The Second Sex by Simone de Beauvoir (2019), and to understand the reasons why gender violence perpetrated against women continues being a problem that plagues society, specifically Brazil, even though the country has one of the most advanced laws in the fight against violence. The investigation emphasizes the importance of dealing with the subject in terms of the symbolic plane of relationships, since it is a public problem of great social impact. It is observed that the cultural factor is one of the main obstacles to the effective application of laws and the perpetuation of physical and symbolic violence. In this way, from the analysis of data and the works of the authors, it is possible to identify the processes by which the

3 Graduanda em Direito na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA/UNISULMA. E-mail: gaby_sasilva@outlook.com

4 Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). E-mail: denissongoncalves@gmail.com

image of women is created and her inferiority towards men issocially rooted, through a historical and sociological approach that can contribute to the right.

Keywords: Pierre Bourdieu. Simone de Beauvoir. Gender violence. Symbolic.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir os aspectos pelos quais, mesmo havendoa judicialização do problema, a violência de gênero contra a mulher continua sendo um impasse persistente no país. É notório que a ordem desigual das relações de podertende a favorecer o masculino, ao passo em que, minimiza e desvaloriza o feminino, sendo, a cultura patriarcal e machista brasileira, um dos principais obstáculos para a aplicação efetiva das leis de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher,em especial a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e lei do feminicídio (Lei 13.104/2015).

Ao abordar a violência contra a mulher como um problema de caráter estrutural, entende-se que este é um problema que se enraíza na cultura e que influência diretamente na maneira que as mulheres são vistas e em como elas se veem na sociedade. Trata-se de um tema de elevada importância social e para o mundo jurídico, visto que, é um problema público que possui impacto direto na sociedade, e em como ela se torna um ambiente favorável para a instauração das desigualdades ea perpetuação da violência.

A metodologia utilizada foi o recorte bibliográfico, a partir das obras *A Dominação Masculina* do sociólogo francês Pierre Bourdieu (2021), o *O Segundo Sexo* elaboradopela filósofa e ativista francesa Simone de Beauvoir (2019). O trabalho tem como objetivo geral analisar como se dá a estruturação das relações de poder pautadas nogênero. Deste modo, é importante que se tenha noção da magnitude do problema, que está enraizado nas relações, para que se determine mecanismos e estratégias de enfrentamento à violência, tornando a aplicação das normas efetiva e uniforme.

Inicia-se o primeiro capítulo deste trabalho abordando os dados mais recentes acerca da violência contra a mulher no Brasil, em suas várias formas de manifestaçãoe a necessidade do alcance da igualdade de gênero. Os objetivos das leis de combate à violência (Lei Maria da Penha e Lei do Feminicídio) e o questionamento sobre os motivos pelo qual a violência persiste mesmo que haja leis de combate, tornando necessária novas medidas de enfrentamento.

No segundo capítulo será abordada a concepção de Pierre Bourdieu (2021) presente na obra *A Dominação Masculina,* quanto a Teoria do Poder Simbólico e suainfluência como base para a violência simbólica. Os conceitos e características de *habitus, campo e capital simbólico* e como essas produções simbólicas podem ser identificadas nas relações sociais, como por exemplo a violência doméstica. Por fim, é dissertado sobre como se dá

as diferenças sociais atribuídas aos sexos a partir dasdiferenças biológicas, e como a violência simbólica se incorpora nas relações.

O terceiro capítulo trará a perspectiva acerca da violência a partir de Simone de Beauvoir (2019) na obra *O Segundo Sexo*. No primeiro volume da obra a autora desmistifica as ideias criadas pela biologia, psicanalise e história sobre a imagem da mulher e no segundo volume explica como de fato se dá a construção da mulher e da imagem que socialmente é atribuída a ela. E no quarto capítulo é abordado os pontosde intersecção e de divergência entre as ideias dos dois autores que será apresentada.

Entende-se a partir da pesquisa o processo pelo qual se dá a construção da imagem feminina como inferior e submissa em relação a masculina. É notório que a naturalização das diferenças e da divisão das coisas e das atividades que se atribui aos sexos, de forma a prejudicar as mulheres, se enraíza na sociedade e é vista comonormal, como fruto do biológico. Conclui-se com a pesquisa os motivos pelos quais as leis não conseguem alcançar de forma efetiva todas as mulheres que sofrem violência,ressaltando, desta forma, a dificuldade de se determinar ações de enfrentamento quede fato produzam efeitos reais.

2.A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER COMO REALIDADE SOCIAL

O alcance da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas compõem os objetivos na agenda 2030 elaborada em 2015 pela Organizaçãodas Nações Unidas. No entanto, mesmo sendo signatário da ONU e tendo uma das leis mais avançadas do mundo no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, o Brasil, de acordo com o mapa da violência de 2015, numa lista de 83 países,é o 5° país no mundo que mais mata mulheres de forma violenta.

A violência contra a mulher não é um impasse recente, é um problema público que possui grande visibilidade política e social no Brasil e no mundo. É um reflexo direto de como a sociedade se estrutura de forma desigual, propiciando um ambientefavorável para a perpetuação da dominação masculina e do ciclo da violência. Emborahaja leis que a criminalizem, tais condutas continuam sendo um problema quepersiste, afetando o bem-estar e a dignidade da vítima, bem como de toda a sociedade.

Com o intuito de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, em agosto de 2006 foi sancionada a Lei 11.340, popularmente conhecida como Lei Mariada Penha, que define as violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral como formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa lei, trata de formaintegral o problema da violência, imputando uma maior pena ao agressor e garantindoassistência social às vítimas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Não muito distante, em março de 2015 foi sancionada a Lei 13.104 que alterou o artigo 121 do Código Penal brasileiro, prevendo o feminicídio como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio e atribuindo agravantes quando o crime for cometido em situações específicas de vulnerabilidade, alterou também o artigo 1° da Lei n° 8.072/90 incluindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos, sendoinafiançável e insuscetível de graça, indulto ou anistia, fiança e liberdade provisória.

Entretanto, mesmo com a judicialização do problema, o índice de violência contraas mulheres e meninas segue alarmante. Segundo dados divulgados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2021), no ano de 2020, 230.160 mulheres denunciaram um caso de violência doméstica em 26UF, sendo o Ceará o único estado que não informou. Diariamente, cerca de 630 mulheres procuraram uma autoridade policial para denunciar um episódio de violência doméstica.

Houve também um acréscimo no número de Medidas Protetivas de Urgência5, que são concedidas pelo juiz, após a denúncia de agressão, em um prazo de até 48 horas do recebimento do pedido da vítima ou do Ministério Público, passando de 281.941 medidas em 2019 para 294.440 em 2020, um crescimento de 4,4% no totalde MPU concedidas pelos Tribunais de Justiça. No mesmo ano, foram ao menos 694.131 ligações relativas à violência doméstica feitas através do contato 190 dasPolícias Militares, chamados de vítimas ou de terceiros buscando ajuda em razão deum episódio de violência doméstica (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2021).Na conjuntura em que a violência doméstica ocorre em ciclos que podem se repetir agravando as violências perpetradas, o homicídio nem sempre é premeditado,há circunstâncias em que ele é resultante de uma agressão mais severa que de formainesperada redundou na morte da mulher. A violência letal contra meninas e mulheresresultou no ano de 2020 em 3.913 homicídios, dessa quantidade uma média de 34,5%foram de feminicídios, 1.350 mulheres foram mortas simplesmente por seremmulheres, pela sua condição de gênero (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2021).

Ainda segundo o Anuário (2021), a maioria dos feminicídios no Brasil têm relaçãocom a violência doméstica e são cometidos pelo companheiro, ex-companheiro ou parceiro íntimo da vítima. Os dados de feminicídio indicam que 81,5% das vítimas foram mortas pelo parceiro ou ex-parceiro íntimo. Porém se forem considerados os demais vínculos parentescos, 9 em cada 10 mulheres foram vítimas pela ação do companheiro ou algum parente, logo, quando esse crime é praticado, eles se tornamos principais suspeitos.

5 As medidas protetivas de urgência foram criadas pela Lei n° 11.340/2006, Lei Maria da Penha, e são mecanismos legais que visam a proteção a integridade ou a vida de uma menina ou mulher emsituação de risco.

No ano de 2021, houve a retomada do crescimento de um outro problema, os estupros e estupros de vulnerável contra meninas e mulheres, que também é elencado na Lei Maria da Penha como uma das formas de violência doméstica. A partir de dados publicados pelo Fórum brasileiro de Segurança Pública (2021), entre 2020 e 2021 houve um crescimento de 3,7% no número de casos. A violência sexualfoi registrada em 56.098 boletins de ocorrência de estupros, incluindo vulneráveis, apenas do sexo feminino. Considerando os casos que chegaram até as autoridades policiais, no ano de 2021, uma menina ou mulher foi vítima de estupro a cada 10 minutos.

A elucidação dos dados da violência contra as mulheres em suas várias formas, convoca à reflexão sobre a efetividade da aplicação das leis de combate à violência doméstica e familiar e do feminicídio aos casos concretos, uma vez que, embora as leis cumpram um papel de grande relevância na contenção da violência, a efetividadeda aplicação não se dá de maneira uniforme, visto que, a violência perdura como um dos principais obstáculos para o desenvolvimento do país e a redução das desigualdades.

Vale destacar sobre a importância da coleta de dados feita pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, que é singular para que haja uma noção da magnitude do problema. Esses dados vêm mostrando um crescimento exponencial, demonstrando a necessidade para que se determine ações de enfrentamento e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. A partir da análise de dados,fica explícito que esse aumento multiplicativo comprova que nas relações culturais brasileiras existe uma anuência com a violência praticada contra a mulher.

Percebe-se que um dos principais fatores que impedem a aplicação efetiva dasleis, é a elevada cultura machista brasileira, algo que é muito difícil de ser combatido,visto que, tanto homens, quanto mulheres (na maioria das vezes de forma inconsciente) reproduzem discursos e atitu1des machistas reafirmando a ideologia patriarcal no país. Uma estrutura que determina que socialmente os homens são mais importantes e superiores, vê na violência doméstica e familiar apenas a manifestação pelas vias físicas do que simbolicamente é amplamente praticado, ratificando a desigualdade e discriminação baseada no gênero.

Desta forma, a violência e a discriminação contra a mulher violam os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificultando a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social,econômica e cultural de seu país, constituindo um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família, sendo necessárias medidas que modifiquem o papel tradicional que homens e mulheres desempenham na sociedade (Convenção sobre aEliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, 1979).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3. A VIOLÊNCIA SIMBÓLICA NA PERSPECTIVA DE GÊNERO A PARTIR DEPIERRE BOURDIEU

Em uma breve análise da sociedade contemporânea, nota-se a necessidade da discussão acerca da violência simbólica de gênero, visto que, há uma enormedisparidade quando se trata dos direitos sociais das mulheres, que sempre são vistoscomo inferiores quando comparados aos dos homens. Há, em todas as esferas do convívio social, um imenso desequilíbrio de poder existente entre homens e mulheres,que impõe às vítimas um lugar social que proporciona um ciclo de violência que nemsempre é percebido.

3.1 A Teoria do Poder Simbólico no contexto do gênero

Inicialmente, torna-se de suma relevância tratar dos aspectos que envolvem o significado e as características da Teoria do Poder Simbólico. Esse poder, que está situado nas entrelinhas sociais, não é algo palpável, nem físico, porém pode ser sentido e observado nas várias concepções e relações sociais. O Poder Simbólico está presente na cultura, na arte, nas mídias e nas demais relações, ele está em todosos lugares, e por ser tão naturalizado, auxilia na manutenção e reafirmação de estruturas desiguais. Bourdieu (2021) consegue explicar a desigualdade não só pelasvias físicas, mas também através dos signos, das vias simbólicas das relações.

O sociólogo francês busca através dessa teoria explicar os mecanismos pelos quais as relações entre dominantes e dominados são percebidas, vivenciadas e reproduzidas com certa cumplicidade entre ambos, sendo considerado algo legítimo e natural (BOURDIEU). Através dessa perspectiva, surgem dois importantes conceitospara análise das produções simbólicas – conceitos *internalista* e *externalista*. O primeiro, trata que o significado das produções simbólicas pode ser elucidado sem fazer referência a fatores externos. Por sua vez, o conceito *externalista* enxerga os fatores externos como de grande importância para elucidação e compreensão das produções simbólicas, ainda que tais produções não sejam de fácil percepção, por seralgo intrínseco socialmente. Tal conceito demonstra vínculo entre as produções simbólicas e as relações de poder.

Analisando os vínculos entre as produções simbólicas e as relações de poder, entende-se os processos pelos quais formas simbólicas legitimam e reproduzem historicamente as relações de dominação, descrevendo, assim, a Teoria do Poder Simbólico. É através dos instrumentos simbólicos socialmente adquiridos e que estão culturalmente disponíveis, que os indivíduos dão sentido e inteligibilidade a suas experiências e concepções do mundo, moldando o comportamento dos indivíduos eda sociedade, corporificando o comportamento social. É através dessa percepção que surgem três outros importantes conceitos: Habitus, Campo e Capital Simbólico (BOURDIEU, 2021).

O *habitus* pode ser compreendido como estruturas estruturantes que se retroalimentam através da reprodução de ações, tais como formas de agir, pensar, sentir e como isso se coloca na estrutura social ratificando sua existência. A capacidade que os indivíduos têm de absorver e incorporar essa estrutura nas experiências, na socialização e nas formas de moldar pensamentos, sentimentos e ações dentro da sociedade, envolve o lugar que cada indivíduo ocupa socialmente. Em outras palavras, o *habitus* é o conjunto de comportamentos sociais, que são praticados na maioria das vezes inconscientemente e que vão reproduzir determinadas regras sociais, refletindo estruturas de desigualdades sociais e violência simbólica. Desta forma, para Bourdieu *habitus,* seria um:

> sistema de disposições duráveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionarem como estruturas estruturantes; isto é, como princípio gera e estrutura as práticas e as representações que podem serobjetivamente "regulamentadas" e "reguladas" sem que por isso sejam o produto de obediência de regras; objetivamente adaptadas a um fim,sem que se tenha a necessidade da projeção consciente deste fim oudo domínio das operações para atingi-los, mas sendo, ao mesmo tempo, coletivamente orquestradas, sem serem o produto da ação organizadora de nenhum maestro (BOURDIEU, 1983, p. 15).

O espaço simbólico onde o *habitus* se contextualiza e se reproduz é conhecido como *campo*, que não se trata unicamente de um local, ele pode ser compreendido também como um conjunto de estruturas e circunstâncias que permitem que determinados poderes possam se estabelecer. É o espaço de atuação do indivíduo na sociedade. Cada *campo* possui um conjunto de regras estabelecidas que fazem parecer que o *habitus* é senso comum e não algo socialmente construído.

Bourdieu ainda trata de diferentes tipos de capitais que formam o *habitus* e que não é algo exclusivamente econômico. Além dos capitais econômicos, que tratam do dinheiro, das posses e propriedades; dos capitais sociais que tratam das redes de influência e relações sociais e dos capitais culturais que dizem respeito a educação ea bagagem cultural, há também o capital simbólico que se refere a posição social quealguém ocupa através de tudo aquilo que foi capitalizado ao longo da vida.

O capital simbólico não é outra coisa senão o capital econômico ou cultural quando conhecido e reconhecido, quando conhecido segundo as categorias de percepção que ele impõe, as relações de força tendem a reproduzir e reforçar as relações de força que constituem a estrutura do espaço social (BOURDIEU, 2004, p.163). Desta forma, os capitais determinam o *habitus*, que determina as estruturas sociais,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contribuindo para as diferenças e desigualdades. A partir da elucidação de tais conceitos, surgem importantes questionamentos como: Qual o campo da violência doméstica? Quais os *habitus* que afetam as mulheres? Como o capital se insere nas relações de gênero?

Partindo do pressuposto que *campo* não se trata unicamente de um local, massim de um conjunto de estruturas, existem diversos *campos* de manifestação que podem variar de acordo com o tipo de violência sofrida. Por exemplo, a violência doméstica contra a mulher, que geralmente ocorre em casa, no âmbito doméstico. Nesse *campo* a ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, social ou psicológico são os *habitus* que afetam as mulheres, inferiorizando e colocando-as em situação de vulnerabilidade, e o danos causados aelas, sejam morais ou patrimoniais diz respeito a como o capital está inserido nessarelação.

Deste modo, o poder simbólico é visto por Bourdieu como arbitrariedade legitimada, que ratifica a distribuição desigual de recursos e as relações de dominação dando sustentação para a violência simbólica. Para ele a força simbólica é uma formade poder que se exerce sobre os corpos, diretamente, e como que por magia, sem qualquer coação física; mas essa magia só atua com o apoio das predisposições colocadas, como molas propulsoras, na zona mais profunda dos corpos (2021, p. 69).

3.2 A Violência Simbólica nas relações de gênero

No que concerne a construção social dos corpos, é perceptível que as diferenças sociais entre os sexos surgem a partir das diferenças anatômicas e biológicas. Um sistema de oposições que enraíza uma ideia de corpo socializado, ressaltando uma necessidade objetiva e subjetiva de inserção em um sistema de oposições homólogas, onde o corpo masculino desempenha uma função ativa, enquanto o corpo feminino desempenha uma função passiva, surgindo então, a estrita divisão das coisas e das atividades (BOURDIEU, 2021).

A diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre osgêneros e, principalmente, da divisão social do trabalho (BOURDIEU, 2021, p. 26).

O mesmo sistema que cria tais diferenças, contribui naturalizando estas ideias como se as coisas sempre tivessem sido como são, em outras palavras, "A divisão entre os sexos parece estar "na ordem das coisas", como se diz por vezes para falardo que é normal, natural, a ponto de ser inevitável" (BOURDIEU, 2021, p. 22). Destaforma, a ideia de gênero surge culturalmente para se referir às diferenças sociais entre os sexos, entre o que é feminino e o que é masculino, onde há um intenso afastamentodos homens de tudo

aquilo que é considerado feminino, na tentativa de reafirmar sua virilidade e masculinidade.

A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão sexual do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, reservada às mulheres[...] (BOURDIEU, 2021, p. 24).

A separação entre o masculino e o feminino incorre também em um processo de objetificação da mulher, que por muito tempo teve o matrimônio como única maneira para se obter posição social. Enquanto o homem desempenhava atividades de prestígio e cargos de liderança, sendo socialmente e politicamente ativo na sociedade,a mulher se tornava puro instrumento simbólico, cuja função era contribuir para a perpetuação ou o aumento do capital simbólico em poder dos homens (BOURDIEU,2021).

Tais divisões de gênero, naturalizadas como se fossem algo inerente a condição humana, reproduzem o estereótipo de diferença entre os gêneros, perpetuando a objetificação da mulher e limitação dos seus direitos. É uma violência em que há a cumplicidade entre quem sofre e quem pratica, sem que ambos tenham consciênciade que estão na referida colocação.

Pode-se entender a violência simbólica como um tipo de força, atitudes que podem ou não ser inconscientes e que reproduzem e perpetuam a ideia de mulher objetificada e inferior quando comparada ao homem. Uma corrente de pensamento que a priori atinge as mulheres de forma moral, psicológica e emocional, mas que pode refletir em ações, manifestando-se, em última instância, pelas vias físicas.

Entende-se o simbolismo da violência como algo dissimulado, que está tão enraizado na vivência social que acaba se tornando natural, sendo mascarado nas relações e nas concepções de mundo. Há de forma implícita a anuência inconscienteentre dominado e dominante, e na maioria das vezes é algo imperceptível por ambasas partes justamente por ser costumeiro, trata-se de uma submissão pré-reflexiva. Bourdieu convoca a reflexão sobre os efeitos dessa dominação e a ausência de questionamentos do porquê a sociedade se estrutura de tal forma (2021).

O sociólogo francês trata a violência simbólica como "violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento" (BOURDIEU, 2021, p. 12). Desta forma, o tratamento que é dispensado à mulher, acoloca

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

na posição de que o homem é sujeito socialmente e culturalmente superior amesma, e que tais denominações são tão frequentes que acabam sendo normalizadase tidas como algo comum e irrelevante.

4. O CONTRAPONTO DE SIMONE DE BEAUVOIR SOBRE A VIOLÊNCIA DEGÊNERO

Importante filósofa contemporânea e ativista política pelos direitos sociais das mulheres no século XX, Simone de Beauvoir (2019) em sua principal obra intitulada *O Segundo Sexo,* foi pioneira ao tratar sobre gênero e a condição de subordinação e inferioridade da mulher a partir de uma perspectiva feminina, relacionando sua tese a argumentos filosóficos. Ao discutir temas que eram tabus como sexo, sexualidade, maternidade, casamento, e a relação entre os sexos, a filósofa francesa consegue atingir os valores patriarcais não só de sua cultura, mas de todo o mundo.

Sua obra, dividida em duas partes, traz no primeiro volume chamado *Fatos e mitos,* a ideia de que ser mulher é estar em uma categoria dual, oposta a ser homem,de forma a reafirmar uma ordem desigual. Uma vez que, a categoria masculina sempre carrega atribuições positivas e neutras, a feminina traz o oposto, o negativo, imputando-lhe limitações. Desta forma, o homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro(BEAUVOIR, 2019, v. 1, p. 13). Nesse volume, Simone aborda e desmistifica a imagem da mulher construída através de discursos biológicos, psicanalíticos e históricos.

Ao tratar da perspectiva biológica, por exemplo, admite que as diferençasbiológicas corroboraram para a construção da ideia de mulher inferiorizada. Entretanto, embora exista uma natureza feminina que se difere da masculina, por si só, isso não é suficiente para justificar, em totalidade, a causa da subordinação das mulheres e o motivo pelo qual elas permanecem inferiorizadas, presas à vida privada,sem conseguir transcender tal qual os homens. Beauvoir identifica que a inferiorizaçãodas mulheres não provém de questões relacionadas a natureza, mas sim de uma construção social (2019).

Do ponto de vista psicanalítico, analisa os discursos de dois renomados psicanalistas que afirmam que há um certo complexo de inferioridade por parte das mulheres para com os homens. A filósofa francesa, não nega os discursos, porém afirma que além de partirem do ponto de vista masculino para a compreensão do feminino, trata-se de um discurso dependente de um contexto histórico, ou seja, se defato existe um complexo de inferioridade por parte das mulheres em relação aos homens, é porque elas se encontram inseridas em um contexto que valoriza muito mais a virilidade que a feminilidade (BEAUVOIR, 2019).

Ao discorrer sobre o materialismo histórico, questiona Friedrich Engels, que, na perspectiva de Simone, parte de um monismo econômico ao considerar que asituação da mulher se dá somente devido a economia. Para ela, as relações entre homens e mulheres

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

suplantam a economia, visto que, independentemente dos fatoreseconômicos, continua havendo a relação entre ambos. Um exemplo disso são as relações domésticas, que independem desse fator para existir (BEAUVOIR, 2019).

No segundo volume da obra, *A Experiência Vivida,* Beauvoir diz que ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico definea forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entro o macho e o castrado, que qualificam de feminino (2019, v. 2, p. 11). É com essa máxima que a filósofa desnudaa ideia de mulher definida pura e simplesmente pelo seu sexo, manifestando o completo oposto, em sua concepção a visão atribuída às mulheres é produto de umacriação cultural da sociedade.

Nota-se que da infância a velhice elas têm sua liberdade reprimida, em contraposição aos homens, que sempre são estimulados desde cedo a demonstrar força, criatividade e energia, exercendo sua liberdade. Há toda uma estrutura que incentiva as meninas e mulheres a abandonar atividades criativas e produtivas, impondo um destino a elas e impedindo que desenvolvam seu potencial para uma vida independente, isso para que elas se aproximem de um ideal de feminilidade.

O casamento se torna então, tradicionalmente, o principal destino oferecido a mulher, a filósofa francesa trata que, em sua maioria, ainda hoje, as mulheres são casadas, ou o foram, ou se preparam para sê-lo, ou sofrem por não sê-lo. É em relação ao casamento que se define a celibatária, sinta-se ela frustrada, revoltada ou mesmo indiferente ante a essa instituição (BEAUVOIR, 2019, v. 2, p. 185). Portanto, o casamento se torna uma instituição com a qual a mulher necessariamente tem que se relacionar, reproduzindo, deste modo, a dependência da mulher que é consideradainessencial em relação ao homem.

Beauvoir mostra que a cada etapa da vida, as mulheres são estimuladas e moldadas para assumir papéis idealizados e submissos, revela uma profunda desigualdade com elas em todos os âmbitos de sua vida. No casamento, na vida política e no mercado de trabalho, o peso da vida doméstica e as grandes dificuldades da maternidade e do matrimônio, que representavam um ideal de felicidade, mostramque a mulher é limitada a uma posição subordinada e secundária, ela é o segundo sexo (2019).

Beauvoir (2019) critica ainda, o projeto que denominou a mulher como Outro do homem. Desta forma, a mulher não é definida em si mesmo, mas em relação ao homem, através do olhar dele, e sob a ótica masculina ela é objeto antes de ser sujeito. Conclui que, a mulher definida como alteridade do homem não é algo natural,é uma ideia socialmente construída e culturalmente adquirida, sendo, portanto,passível de crítica.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Deste modo, o destino do casamento é visto como uma prisão, e para livrar-se dessa dominação e dependência é necessário transcender através de projetos próprios, rompendo as estruturas socialmente criadas. A mulher deve agir, pensar e trabalhar nas mesmas condições que os homens, mesmo que isso implique em dificuldades, como, por exemplo, a dupla jornada. É através do trabalho que a mulherconquista sua independência econômica, e esse é o primeiro passo para que ela se emancipe, conquistando sua própria existência como sujeito, e não objeto.

A condição atribuída a mulher como um produto do biológico é questionada e desnaturalizada. As representações simbólicas atribuídas aos sexos não derivam da natureza, é resultado de uma série de camadas que são postas culturalmente e assimiladas socialmente de modo a menosprezar e inferiorizar as mulheres. Simone de Beauvoir (2019) incita as mulheres a perceberem seu lugar histórico de opressão, ressaltando a necessidade de se libertar, transcender. Com essa obra a filósofa traz um novo sentido para a ideia de gênero, feminilidade e mulher.

Ao concluir que as diferenças entre os sexos são frutos de uma construção social, Beauvoir (2019) traz à tona a conceituação de gênero, que é exatamente as características socialmente criadas e determinantes que atribuem diferenciação entreo que é feminino e o que é masculino. Ela revela uma ferrenha desigualdade inseridanas relações de poder entre os gêneros, que sempre tende a favorecer e reconhecer o masculino, reafirmando uma desigualdade, sendo entendida então, como violênciade gênero.

Beauvoir torna essa violência explicita ao abordar em sua obra os papéis socialmente impostos a cada um dos sexos. Enquanto os homens desempenham papéis ativos, relacionados a uma vida pública e independente, e que não vê o casamento como prioridade, as mulheres têm sua liberdade castrada e estão condicionadas a uma vida privada, com papéis passivos e submissos, que tem comoprincipal destino o casamento (2019).

Segundo Beauvoir é muito difícil às mulheres assumirem concomitantemente sua condição de indivíduo autônomo e seu destino feminino (2019, v. 1, p. 339). A autora trata do que hoje é conhecido como dupla jornada, além de desempenharem as atividades domésticas que é um trabalho não reconhecido e não remunerado, no mercado de trabalho, elas acabam recebendo menos por desempenhar a mesma função exercida por um homem. Logo, as mulheres que transcendiam vivenciavam aviolência de gênero de forma mais intensa.

Os homens sempre tiveram sua liberdade e seu valor socialmente reconhecidos, enquanto as mulheres sempre tiveram que lutar para conquistar seu espaço social e seus direitos, como, por exemplo, o direito ao voto. Beauvoir (2019) foi protagonista na luta pelos direitos sociais das mulheres, sua obra movimentou e inquietou não só a cultura de

seu país, como também a de inúmeros outros países, exatamente por questionar e pôr em causa a supremacia masculina.

Ao analisar a condição feminina, *O Segundo Sexo* acaba sendo uma manifestação contra a violência simbólica de gênero contra a mulher. Considerada por muitos como "a bíblia do feminismo", essa obra foi e é de singular importância, visto que, numa sociedade pós-moderna, os direitos das mulheres continuam sendo amplamente violados, sendo necessária a criação de leis com o intuito de coibir essaspráticas. Beauvoir tornou explícita a violência perpetrada contra as mulheres e as convocou para lutarem pelos seus direitos.

5 ENCONTROS E DESENCONTROS ENTRE BOURDIEU E BEAUVOIR

Ao pensar sobre a desigualdade de gênero a partir das perspectivas de Pierre Bourdieu (2021) e Simone de Beauvoir (2019), surgem algumas intersecções entre os conceitos e teorias abordadas por ambos os autores. Vale ressaltar, que a obra de Pierre trata de uma visão masculina (dominante), sobre o feminino (dominado), e a relação entre os gêneros (dominação). Enquanto a obra de Simone analisa a condiçãoque a mulher se encontra inserida, a partir de uma perspectiva feminina, ou seja, de quem é prejudicada pela opressão e desigualdade.

Analisando a sociedade cabila, Bourdieu (2021) aborda que, as diferenças biológicas e anatômicas entre os sexos são vistas como justificativa natural para as diferenças sociais, a divisão das coisas e das atividades entre homens e mulheres. Para Beauvoir (2019), tais diferenças influenciam nas divisões sociais atribuídas aos sexos, no entanto, somente isso não justifica toda a ordem desigual que se estabeleceentre os gêneros. Para a filósofa, essa desigualdade é produto de uma construção social, que é um fator muito mais determinante que o biológico, para se entender a opressão feminina.

Embora haja desencontros, há um fator em comum entre as obras dos dois autores que é de grande importância social, que é a denúncia da violência simbólica perpetrada contra a mulher. Como, simbolicamente, essa ordem desigual tende a atribuir valor e poder aos homens, favorecendo-os, de forma a prejudicar às mulheres,que sempre são inferiorizadas e têm seu espaço social limitado. A violência simbólica trabalha naturalizando as desigualdades, fazendo com que o que é socialmente construído pareça ser fruto do biológico.

Enquanto para Bourdieu homens e mulheres são, respectivamente, *dominantese dominados*, Beauvoir utiliza as expressões *sujeito/absoluto* e *Outro* para se referir aos gêneros. Tais categorias, abordadas por ambos os autores, podem ser entendidascomo semelhantes, visto que, partem de um sistema simbólico que colocam os sexos em oposição, um sistema dual. Na concepção de Bourdieu, a divisão das coisas e dasatividades (não necessariamente sexuais) segundo a oposição entre o masculino e ofeminino recebe

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

sua necessidade objetiva e subjetiva de sua inserção em um sistemade oposições (2021, p. 21).

Deste modo, os homens ficam com o polo ativo, eles estudam, trabalham e são incentivados desde cedo a ter uma vida livre, ao passo em que, às mulheres resta o polo passivo, elas são moldadas para assumir papéis de submissão que as silenciam,sua atuação é restrita ao âmbito privado, e seu trabalho, é o doméstico. Beauvoir (2019) discorre que a menina tem sua infância dedicada a transformar-se em mulher,a corresponder a um ideal que objetiva o casamento. Bourdieu (2021) também trata sobre a formação da menina com uma perspectiva semelhante à abordada pela filósofa francesa, no entanto, sem tantos detalhes.

Um pensamento partilhado entre ambos é que essa estruturação social que atribui à mulher um polo passivo, inferior, e destinada ao casamento, incorre em sua objetificação. Beauvoir torna explícita essa objetificação ao tratar que a mulher se define em relação ao homem, e não em si mesmo, que antes de ser sujeito ela é objeto (2019). Bourdieu, ao abordar sobre o mercado matrimonial discorre que as mulheres são vistas como objeto, ou melhor, como símbolos cujo sentido se constituifora delas e cuja função é contribuir para a perpetuação ou o aumento do capital simbólico em poder dos homens (2021, p. 76).

Beauvoir tem um trabalho mais político, além de entender o destino do casamento como uma limitação, ela dá dicas para que as mulheres consigam alcançar sua independência, aconselhando para que, por exemplo, possuam um emprego remunerado, que alcancem a independência financeira e sejam menos dependentes dos homens. Mesmo que isso implique em mais dificuldades como a dupla jornada ea desvalorização da mão de obra feminina, só assim, elas vão de fato conseguir ocupar os espaços que, majoritariamente, são ocupados por homens (2019).

Há lugares onde ambas as teorias não alcançam, como a transcendência atravésdo trabalho que é abordada por Beauvoir que é claramente direcionada a mulheres brancas e europeias. O discurso de libertação da filósofa não alcança, por exemplo, as mulheres pretas, visto que, elas sempre tiveram que trabalhar, entretanto, isso emmomento algum significou para elas o alcance de independência, mas sim o oposto, foi e é uma das principais marcas da violência perpetrada contra a mulher preta.

É inegável a importância e a contribuição da obra de Beauvoir para se pensar a condição da mulher. No entanto, a condição feminina abordada pela filósofa francesanão pode ser tratada com um caráter universal, que corresponda as mulheres em totalidade. É algo que deve ser analisado juntamente com outros aspectos, como, porexemplo, a interseccionalidade, que analisa a realidade social, econômica, racial e cultural ao qual a mulher está inserida, para entender como o sistema opressor causaimpacto na sua vida.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A teoria bourdiana também possui algumas limitações, uma vez que, parte de uma visão dominante para com os dominados e a dominação. Deste modo, além de não ter sofrido os reflexos da dominação, sua teoria acaba reforçando o ideal de conhecimento do mundo e das questões sociais a partir de uma perspectiva masculina. Ao analisar de forma isolada a sociedade cabila que possui grandes raízesandrocêntricas, sua teoria acaba assumindo um caráter específico para aquele lugar, e, embora alguns aspectos possam ser utilizados para analisar outras sociedades, torna-se necessária uma análise ao contexto histórico e social ao qual a sociedade está inserida, para que se tire conclusões.

6.CONCLUSÃO

A escolha do tema da presente pesquisa se justifica por uma observação pessoalao longo da vida. Sempre houve o questionamento do porquê mulheres sempre são postas em segundo plano, são minimizadas, discriminadas e violentadas apenas por serem mulheres. Ao longo dos anos de academia houve o despertar para a necessidade de tratar dos aspectos culturais que corroboram para a anuência social e a perpetuação da violência contra a mulher. É um tema de grande relevância pessoale social.

É de extrema importância que todas as pessoas, principalmente as mulheres, percebam que historicamente as mulheres tiveram seu lugar social limitado e seus direitos violados e que isso não é natural, mas sim produto de uma construção social. Que entendam a necessidade da transcendência para que haja uma maior participação feminina nos espaços sociais, principalmente em posições de liderança,justamente para desmistificar a ideia de inferioridade feminina.

Os principais resultados da pesquisa que foram identificados, foram:

a) A cultura patriarcal machista brasileira é o principal obstáculo para a aplicação efetiva das leis de combate à violência e feminicídio;

b) As diferenças sociais atribuídas ao sexos são frutos de uma construçãosocial, não sendo, portanto, algo natural;

c) A violência simbólica pode se manifestar em última instância pelas vias físicas;

d) A importância de tratar sobre a violência contra a mulher para que se determine ações de enfrentamento ao problema;

e) A necessidade de mais obras de autoria feminina para que se crie um plano simbólico a partir da perspectiva da mulher, fortalecendo o empoderamento feminino;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

f) A importância do movimento social feminista para reivindicar e conquistar uma maior participação social da mulher.

Como forma de melhorar a pesquisa, poderia ter sido feita uma pesquisaempírica, no entanto, em razão do curto prazo, a mesma não pode ser realizada. Outro impasse que dificultou a realização da pesquisa foi a burocratização no processo de acesso aos dados acerca da violência na delegacia da mulher e da vara da mulher dacidade de imperatriz, que devido à demora no acesso aos dados, impossibilitou que eles pudessem ser inseridos na pesquisa a tempo.

Há também, a necessidade de atualização das abordagens feministas tanto de Simone de Beauvoir (2019), quanto de Pierre Bourdieu (2021). A inclusão de estudos feministas a partir de uma perspectiva de mulheres pretas e de autoras brasileiras, para que haja uma maior inclusão ao abordar sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo:** a experiência vivida. Tradução Sérgio Milliet. volume 2. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo:** fatos e mitos. Tradução Sérgio Milliet. volume 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina.** Tradução Maria Helena Kühner. 19ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2021.

BOURDIEU, Pierre. **Coisas Ditas.** Tradução Cássia R. da Silveira e Denise Moreno Pegorim; Revisão técnica Paula Montero. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Pierre Bourdieu:** Sociologia. Organizado por Renato Ortiz.Tradução Paula Montero e Alicia Auzmendi. São Paulo: Ática, 1983.

BRASIL, **Lei n° 11.340 de 07 de agosto de 2006.** Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha). Brasília, DF: Senado Federal. 2006.

BRASIL, **Lei n° 13.104 de 09 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei n° 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – Código penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1° da Lei n° 8.072 de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm> Acessoem: 07 abril 2022.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DEDISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). 1979. Disponível em: <https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf> Acesso em: 8 abril 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro deSegurança Pública:** 2021. FBSP, 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7- 251021.pdf> Acesso em: 07 abril 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência contra Mulheres em 2021.** FBSP, 2021. Disponível em: < https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/03/violencia-contra-mulher-2021-v5.pdf> Acesso em: 08 abril 2022.

GOMES, Romeu. **A Dimensão Simbólica da Violência de Gênero:** uma discussão introdutória. Athenea Digital, 14, p. 237-243, 2008. Disponível em: < https://raco.cat/index.php/Athenea/article/view/120296/164309> Acesso em: 24 fev. 2022.

LAZARI, Joana Sueli de. **Inferioridade Feminina:** O (des)enredo da violência. Revistade Ciências Humanas, Florianópolis, v. 7, n. 10, p. 72-88, jan. 1991. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/revistacfh/article/view/23754> Acesso em: 04 abril 2022.

MACHADO LIMA, A. B.; SILVA, E. N. da; MAINARDI, S.; FERREIRA DA SILVA, S. **O espaço da mulher na sociedade:** uma reflexão a partir de o Segundo Sexo deSimone de Beauvoir. Revista AlembrA, [S.L.], v. 1, n. 3, p. 104-115, jul./ dez. 2019.Disponível em: < https://periodicos.cfs.ifmt.edu.br/periodicos/index.php/alembra/article/view/591/0> Acesso em: 04 abril 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2013 para o Desenvolvimento Sustentável.** 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wpcontent/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf > Acesso em: 07 abril 2022.

VIANA, Alba Jean Batista; SOUSA, Eduardo Sérgio Soares. **O Poder (In)visível da Violência Sexual:** abordagens sociológicas de Pierre Bourdieu. Revista de Ciências Sociais, Fortaleza, v. 45, n. 2, p. 155-183, jul./ dez. 2014. Disponível em: < https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/18014> Acesso em: 24 fev. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015:** homicídio de mulheres no Brasil. 2015. Disponível em: < http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> Acesso em: 07 abril2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS EFEITOS CONTROVERSOS DA CONCESSÃO DE LICENÇA PARA INTERESSE PARTICULAR AOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS DO ESTADO DO TOCANTINS

KATIA GOMES DA SILVA: Bacharelanda do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS em Palmas/TO. Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas, CEULP/ULBRA.

Prof. Me. **ANDRÉ LUÍS AMÉRICO MOREIRA**[6]

(coautor)

RESUMO: Servidores públicos, que mantêm vínculos de trabalho com entidades governamentais, têm direito a alguns benefícios, como licenças ou afastamentos, entre eles a licença para tratar de interesse particular. As licenças são situações em que o servidor será afastado do exercício do cargo por determinados motivos, com ou sem remuneração. Assim, a licença ou afastamento, em regra, designa o período em que o servidor deixa de desempenhar suas funções em caráter efetivo na Administração Pública, desde que atendam aos requisitos previstos na legislação. Porém, o servidor que desempenha uma função essencial, o seu afastamento afetará a prestação de um serviço público, e isso claramente contraria o interesse público, e sendo a concessão da licença para interesse particular um ato discricionário da Administração Pública é preciso analisar antes o interesse público. Ainda mais controverso ao interesse público é a concessão desta licença por prazo indeterminado, como se verifica em alguns estados brasileiros. Ainda sob outro ponto de vista, a sua concessão cria indevidamente uma necessidade para a administração pública, que é a ocupação desse cargo por outro servidor, por meio de contrato temporário. Não se questiona o direito do servidor, mas o interesse isolado não é suficiente para o seu gozo, é preciso conciliar a oportunidade e o interesse público para seu deferimento.

Palavras-chave: Licença para tratar de interesse particular. Administração Pública. Interesse Público. Efeitos controversos.

ABSTRACT: Public officers, who work with government entities, are entitled to some benefits, such as license or absence, including leave of absence for private reasons. The

6 Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins. Professor do Curso de Direito do Campus Palmas da Universidade Estadual do Tocantins onde ministra as disciplinas Governança e Compliance, Direito Administrativo I e Direito Administrativo II. Advogado. Membro da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB-TO. Auditor do Instituto Federal do Tocantins.

licenses are situations in which the public officer will be away from the exercise of the position for certain reasons, with or without payment. Thus, license or absence, as a rule, designates the period in which the public officer ceases to perform his or her duties effectively in the Public Administration, as long as they meet the requirements set forth in the law. However, the public officer who performs an essential function, his absence will affect the provision of a public service, and this clearly goes against the public interest, and since the granting of leave for private interests is a discretionary act of the Public Administration, the public interest must be analyzed first. Even more controversial to the public interest is the granting of this license for an indefinite period, as is the case in some Brazilian states. From yet another point of view, its concession improperly creates a need for the public administration, an occupation of this position by another civil officer as a temporary contract. The public officer's right is not questioned, but the isolated interest is not enough for its enjoyment. It is necessary to conciliate the opportunity and public interest for its approval.

Keywords: License for Private Interest; Public Administration. Public Interest. Controversial Effects.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Licença para tratar de interesse particular. 3. Os efeitos controversos da concessão de LIP no estado do Tocantins. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem como objetivo trabalhar em favor do interesse público e dos direitos e interesses dos cidadãos sob sua gestão. Dentre esses cidadãos, tem-se o servidor público, que são todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho com entidades governamentais e a eles são facultados alguns benefícios, entre os quais estão as licenças ou afastamentos do trabalho de que podem usufruir.

A Carta Magna e as leis estatutárias dispõem sobre períodos de interrupção ou suspensão da prestação do serviço em face de motivos relevantes. Esses períodos são direitos vinculados a diversas naturezas. Alguns são de natureza geral, outros de cunho específico, têm aqueles que dependem de requerimento, outros exigem provas de natureza factual e legal e outros requerem apenas a ação administrativa. Entre os diferentes tipos de licenças e afastamentos, encontra-se a Licença para Interesse Particular – LIP.

Para o Direito Administrativo, o termo licença toma uma concepção mais específica, uma vez que é considerado ato administrativo vinculado que a Administração Pública outorga a alguém. Gasparini (2014, p. 197) diz que:

> *As licenças, variáveis de legislação para legislação, são períodos de afastamento do servidor público com ou sem a perda dos vencimentos e demais direitos. [...] Atendidos os pressupostos legais, essas licenças são concedidas tanto aos servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo como aos titulares de cargos de provimento em comissão.*

Assim, as licenças são situações em que o servidor será afastado do exercício do cargo por determinados motivos, às vezes com remuneração, às vezes sem. Assim, a licença ou afastamento, em regra, designa o período em que o servidor deixa de desempenhar suas funções em caráter efetivo na Administração Pública, desde que atendam os requisitos previstos na legislação.

Vale ressaltar que o servidor licenciado para trato de interesse particular, mesmo sem remuneração, não perde o vínculo com a Administração Pública. Apesar da licença concedida, o servidor continua a manter com a Administração as relações que lhe deu direito de obter a própria licença. Tem direito ao cargo e ao próprio exercício, pois possui a prerrogativa de retornar após o fim do seu usufruto (ALVARES, 2016). Assim é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> *EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS DE ENFERMEIRO. ART. 17, § 2º, DO ADCT/88. LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSES PARTICULARES.*
>
> ***1 - O fato de o servidor encontrar-se licenciado para tratar de interesses particulares não descaracteriza o seu vínculo jurídico, já que a referida licença somente é concedida a critério da administração e pelo prazo fixado em lei, podendo, inclusive, ser interrompida, a qualquer tempo, no interesse do serviço ou a pedido do servidor.***
>
> *[...]*
>
> *3 - Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL, 1998, online – grifei).*

Nesse sentido, o servidor licenciado sem remuneração mantém o seu direito ao cargo, pois a ele se mantém vinculado.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

2 LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR

Independentemente da entidade federativa a que se vincula o servidor público, há um conjunto de licenças que geralmente têm assento no respectivo regime jurídico. Podem-se listar, dentre outras, as seguintes:

a) licença para tratamento de doença em pessoa da família;

b) licença maternidade;

c) licença por afastamento do cônjuge;

d) licença para cumprir serviço militar obrigatório;

e) licença em razão de atividade política;

f) licença para capacitação;

g) licença para tratar de assuntos particulares;

h) licença para exercício de mandato classista.

Para que se autorize a licença para tratamento de doença acometida a um membro da família, por exemplo, é essencial que o servidor prove a debilitação física ou mental de seu familiar por meio de exame médico ou pela junta médica oficial, e que a sua presença é imprescindível ao tratamento, obrigando-o a retirar-se do cargo. Por motivos que vão além do interesse público e a supremacia deste sobre o do particular, como a dignidade humana e o direito à vida, com a comprovação da necessidade da interveniência do servidor no tratamento de saúde, a Administração Pública tem o dever de conceder a licença.

Da mesma forma são a licença maternidade e a licença para tratamento de saúde, cujas concessões estão vinculadas aos termos legais, de modo que subsumida a situação fática ao comando normativo, assim é devido o deferimento da licença.

Outra licença que permanece assegurada refere-se a que propõe permitir ao servidor público afastar-se do cargo para promover sua campanha política para mandato eletivo, desde o registro oficial de sua candidatura até o dia seguinte à eleição.

Sem tentar esgotar o rol delineado, passa-se para as licenças em que não há imposição legal à Administração Pública concedê-las, valendo-se de seu juízo de conveniência e oportunidade de fazê-la, além do interesse do serviço público, chamado de discricionariedade administrativa.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No esteio das lições de Bandeira de Mello (2017, p. 9), cabe a distinção entre a atuação vinculada e a discricionária:

> *Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível a objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.*

A concessão da licença de natureza discricionária é um ato administrativo, cujo exercício condiciona-se ao interesse da Administração, como é o caso de licença para tratar de assuntos particulares.

Para a concessão de licença para trato de interesses particulares, extraem-se as duas principais características, quais sejam: a) discricionariedade, incumbindo à autoridade avaliar se o afastamento do servidor de suas atribuições acarretará ou não prejuízo ao serviço; b) ausência de remuneração, coerente com o fato de que tal licença é concedida para atender interesse exclusivamente pessoal do servidor.

Portanto, a licença é concedida, a critério da Administração, sem remuneração. Além disso, o servidor não poderá exercer atividades profissionais conflitantes com o interesse dos serviços públicos durante o período da licença, bem como somente é possível de ser concedida aos servidores que não estejam em estágio probatório, e pode ser interrompida a qualquer tempo, a pedido do servidor ou devido ao interesse do serviço público (BRASIL, 2021).

A possibilidade de concessão da licença para tratar de interesses particulares tem parâmetro no estatuto dos servidores públicos do estado do Tocantins, que diz:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> *Art. 103. A critério da Administração Pública,* ***pode ser concedida*** *ao servidor efetivo estável ou estabilizado licença, sem remuneração, para o trato de assuntos particulares, pelo prazo de até três anos consecutivos, podendo ser prorrogada a pedido do interessado (grifei).*

Como também, na Lei n. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos federais:

> *Art. 91. A critério da Administração,* ***poderão ser concedidas*** *ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração (grifei).*

Tem-se assentado que a Administração poderá conceder o pedido do servidor para concessão e gozo de licença para tratar de interesses particulares no âmbito estadual ou na esfera federal. O direito está previsto, mas o interesse isolado do servidor não é suficiente para o seu gozo, é necessário conciliar a oportunidade e o interesse público no deferimento do pedido.

Sendo assim, se o servidor desempenha função essencial e seu afastamento afetará a prestação de um serviço público, não é oportuna e claramente contrária ao interesse público autorizar a concessão de licença para tratar de assunto particular nessas condições. Caso contrário, o administrador causará deliberadamente dificuldades à Administração Pública, visto que tem a possibilidade jurídica mais adequada para satisfazer o interesse público.

Ainda sob outro ponto de vista, a sua opção cria indevidamente uma necessidade para a administração pública, uma vez que poderia, usando seu critério discricionário, negar a licença baseada no interesse do serviço público.

As necessidades decorrentes da dispensa de servidor para gozar licença para tratar de interesse particular exigiriam medidas de exceção, como a contratação temporária para atender necessidade de excepcional interesse público e contratação direta sem concurso, com fundamento na emergência, são deliberadamente forjadas.

A vedação quanto à contratação de servidores em caráter temporário para substituição de servidor em licença para tratamento de interesse particular, em

descumprimento ao art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, é tratada, pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, nos seguintes prejulgados:

> *Prejulgado: 2016*
>
> *[...]*
>
> *2. A cessão de servidor investido ou não em cargo declarado em lei em extinção ou a autorização para gozo de licença para trato de assuntos particulares, por se encontrarem na seara da discricionariedade administrativa, não constituem motivos razoáveis para a contratação por tempo determinado para sua substituição, posto que evidenciam a desnecessidade do serviço. À Administração cabe requisitar o servidor, fazendo cessar os efeitos do ato de cedência ou reverter a liberação da licença (SANTA CATARINA, 2009, online).*
>
> *Prejulgado: 2046*
>
> *1. Por se encontrar na seara da discricionariedade administrativa, o licenciamento para trato de interesse particular de servidor público não constitui motivo razoável para a contratação por tempo determinado para sua substituição, posto que a liberação do servidor não se coaduna com a necessidade do serviço. À Administração cabe requisitar o servidor, fazendo cessar os efeitos do ato administrativo concessivo caso verifique a premência do exercício das suas atribuições.*
>
> *2. A suspensão da licença, para trato de interesse particular, por iniciativa da Administração, deve ser motivada e calcada no interesse público e na necessidade de serviço.*
>
> *[...]*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> *4. A concessão de licença para trato de interesse particular, por depender do exame da conveniência e oportunidade administrativas e do interesse público, situa-se no âmbito da discricionariedade administrativa, daí não ser apropriada a sua integração ao rol das situações que autorizam a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, haja vista a possibilidade de cessação da licença por interesse da Administração Pública.*
>
> *5. Os motivos autorizadores da interrupção de licença para trato de interesse particular, mesmo quando requerida pelo servidor, assim como do deferimento da licença, devem se prender à oportunidade e conveniência administrativas e ao interesse público. A elaboração de um rol de causas determinantes ao ensejo da interrupção de licença não pode ser considerado numerus clausus, mas hipóteses às quais se podem agregar situações que denotem a prevalência do interesse público em razão da necessidade de serviço. Verificada a ocorrência de necessidade, ainda que temporária, de excepcional interesse público, legitimada resta a interrupção da licença para trato de interesse particular concedida ao servidor, sendo, por isso, imprópria a contratação temporária prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal (SANTA CATARINA, 2010, online).*

Reiterando, o Direito não ampara nem admite que o administrador público crie situações de necessidade e emergência para fazer uso de atos excepcionais, como são os casos da contratação temporária de pessoal.

Dito isso, as normas que regulam a licença para tratar de interesses particulares devem valer-se do interesse público, devendo estipular o prazo, caso seja deferido o pedido, e sua interrupção. Sem isso, a concessão e prorrogação da LIP por extenso período fere o princípio da razoabilidade, pois pode prejudicar o andamento dos serviços públicos e possibilitar investimento na contratação temporária em substituição à vaga do titular.

A conveniência e oportunidade da concessão da licença para tratar de assuntos particulares e sua interrupção por parte da Administração Pública tratam-se de atos administrativos discricionários, os quais devem ser praticados à luz dos motivos que relevam o interesse público.

Conforme já explanado, a licença para tratar de interesses particulares não configura um direito incondicionado do servidor, devendo ser concedida ou não ao juízo da Administração Pública, a qual avaliará a conveniência e adequação do requerimento da licença que lhe foi submetido.

Fato é que a Administração Pública deve avaliar se caberia ao poder público suportar o ônus de atender aos interesses particulares em prejuízo ao regular andamento do serviço, quando esta não puder disponibilizar de servidor em razão de ausência de contingente, por exemplo.

Nos termos do art. 91 da Lei n. 8.112/1990, os requisitos para concessão de licença para tratar de assuntos particulares são: a) que o requerente seja servidor ocupante de cargo efetivo; b) que não esteja em estágio probatório; c) que haja concordância da Administração (razões de conveniência e oportunidade, uma vez que a lei menciona que a concessão da licença se dará a critério da Administração); d) pelo período máximo de três anos. Uma vez concedida, a licença poderá ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou de ofício, no interesse do Poder Público.

Os dois primeiros requisitos estabelecidos pela lei são objetivos. Uma vez cumpridos, vinculam o administrador. No que tange à análise do terceiro requisito, o da conveniência e oportunidade da Administração, essa análise é discricionária, cabendo ao administrador público verificar as circunstâncias do caso concreto e decidir com base no interesse público, do serviço.

Já no estado do Tocantins, a Lei n. 1.818/2007, a qual dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado, trazia em seu texto, até o ano de 2014, que:

> *Art. 103. A critério da Administração Pública, pode ser concedida ao servidor efetivo estável ou estabilizado licença para o trato de assuntos particulares, pelo prazo de até 3 anos consecutivos, sem remuneração.*
>
> *§ 1º A licença pode ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou a interesse da Administração Pública.*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> ***§ 2º Não se concede nova licença antes de decorrido igual período ao do término da anterior*** *(grifei).*
>
> Com a redação dada pela Lei n. 2.871/2014, o artigo 103 sofreu alterações, especialmente, com a revogação do § 2º, o qual delimitava o prazo e o período para nova concessão:
>
> *Art. 103. A critério da Administração Pública, pode ser concedida ao servidor efetivo estável ou estabilizado licença, sem remuneração, para o trato de assuntos particulares, pelo prazo de até três anos consecutivos, podendo ser prorrogada a pedido do interessado.*
>
> *§1º A licença pode ser interrompida, a qualquer tempo, a pedido do servidor ou a interesse da Administração Pública.*

Dessa forma, criou-se a possibilidade de prorrogação da licença sem previsão de término, tendo apenas como limite o pedido do servidor, mesmo que o § 1º estipule que ela possa ser interrompida a qualquer tempo, e tendo o servidor interesse de prorrogá-la, esta não tem limite.

No que tange à delimitação de prazos e às possibilidades de prorrogação da licença para tratar de interesse particular, temos na grande maioria dos Estados da Federação a sua limitação. Conforme demonstrado no Quadro a seguir.

Quadro – Normativas sobre a LIP nos estados brasileiros

ESTADO	BASE LEGAL	PRAZO	PRORROGAÇÃO
Acre	Lei complementar n. 39/1993	Art. 138. A critério da administração, poderá ser concedida ao servidor estável licença para tratar de assuntos particulares, pelo **prazo de até 02 (dois) anos consecutivos**, sem remuneração.	§ 3º Não se concederá nova licença **antes de decorridos 02 (dois) anos do término da anterior**.

Alagoas	Lei n. 5.247/1991	Art. 94. À critério da Administração, poderá ser concedida ao servidor estável licença para o trato de assuntos particulares, pelo **prazo de 02 (dois) anos consecutivos**, sem remuneração.	§ 2º Não se concederá nova licença **antes de decorridos 02 (dois) anos do término da anterior**.
Amapá	Lei n. 66/1993	Art. 107. O servidor poderá obter licença sem vencimento para tratar de interesses particulares, a juízo da administração. (...) § 2º A licença **não perdurará por tempo superior 02 (dois) anos** e só poderá ser renovado depois de decorrido 02 (dois) anos do término da anterior, qualquer que seja o tempo da licença.	§ 2º A licença não perdurará por tempo superior 02 (dois) anos e só poderá ser renovado **depois de decorrido 02 (dois) anos do término da anterior**, qualquer que seja o tempo da licença.
Amazonas	Lei n. 1.762/1986	Art. 75. A critério da Administração, ao servidor poderá ser concedida licença para tratar de interesses particulares, por **período fixado no ato concessivo** e sempre sem remuneração. (Redação dada pela Lei n. 2.531, de 13.04.99).	§ 3º A licença poderá ser **prorrogada por requerimento do servidor interessado**, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, observado o disposto no caput deste artigo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Bahia	Lei n. 6.677/1994	Art. 111. A critério da administração, poderá ser concedida ao servidor licença para tratar de interesse particular, pelo **prazo de 3 (três) anos consecutivos**, sem remuneração, prorrogável uma única vez, por igual período.	Art. 111. A critério da administração, poderá ser concedida ao servidor licença para tratar de interesse particular, pelo prazo de 3 (três) anos consecutivos, sem remuneração, prorrogável **uma única vez, por igual período**.
Ceará	Lei n. 9.826/1974	Art. 115. Depois de três anos de efetivo exercício e após declaração de aquisição de estabilidade no cargo de provimento efetivo, o servidor poderá obter autorização de afastamento para tratar de interesses particulares, por um **período não superior a quatro anos** e sem percepção de remuneração. (Redação dada pela Lei n. 13.092, de 8.1.2001 – D. O. 8.1.2001 – Apêndice).	Art. 119. A autorização para afastamento do exercício para o trato de interesses particulares somente poderá ser prorrogada **por período necessário para complementar o prazo previsto no art. 115 deste Estatuto**. (...) Art. 120. O funcionário somente poderá receber nova autorização para o afastamento previsto nesta Seção **após decorrido pelo menos um ano do efetivo exercício**, contado da data em que reassumiu, em decorrência do término do prazo autorizado ou por motivo de desistência ou de cassação da autorização concedida. (Redação dada

			pela Lei n. 15.744, de 29.12.2014 - D.O. 30.12.2014).
Distrito Federal	Lei complementar n. 840/2011	Art. 144. A critério da administração pública, pode ser concedida ao servidor estável licença para tratar de assuntos particulares, pelo **prazo de até três anos consecutivos**, sem remuneração, desde que:	§ 3º A licença pode ser prorrogada por **igual período, uma única vez**.
Espírito Santo	Lei complementar n. 46/1994	Art. 146. A critério da administração, poderá ser concedido ao servidor público estável licença para o trato de interesses particulares, sem remuneração, pelo **prazo máximo de até dez anos**.	§ 3º Os servidores públicos em licença para trato de interesses particulares, sem remuneração, poderão prorrogá-la **por mais de um período cuja somatória não ultrapasse a dez anos**.
Goiás	Lei n. 20.756/2020	Art. 163. A critério da Administração, poderá ser concedida ao servidor estável licença para tratar de assuntos particulares pelo **prazo de 3 (três) anos consecutivos**, sem remuneração, desde que:	§ 3º Nova licença só poderá ser concedida **após o decurso de 12 (doze) meses** de efetivo exercício no cargo, contados do retorno do afastamento anterior.
Maranhão	Lei n. 6.107/1994	Art. 151. A critério da Administração, poderá ser concedida ao	Art. 151. A critério da Administração, poderá ser concedida ao servidor

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

		servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licença para o trato de assuntos particulares pelo **prazo de até três anos consecutivos**, sem remuneração, prorrogável uma única vez por período não superior a esse limite. (redação dada pela Lei n. 7.683, de 28 de setembro de 2001).	ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licença para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração, **prorrogável uma única vez por período não superior a esse limite**. (redação dada pela Lei n. 7.683, de 28 de setembro de 2001).
Mato Grosso	Lei complementar n. 4/1990	Art. 114. A pedido e sem prejuízo do serviço será concedida, ao servidor estável, licença para o trato de assuntos particulares, pelo **prazo de até 02 (dois) anos consecutivos**, sem remuneração, podendo esta licença ser interrompida a qualquer momento por interesse do servidor.	§ 2º Não se concederá nova licença **antes de decorridos 02 (dois) anos do término da anterior**.
Mato Grosso do Sul	Lei n. 1.102/1990	Art. 154. A critério da Administração, ao funcionário estável poderá ser concedida licença para tratar de assuntos de interesse particular pelo **prazo de três anos consecutivos**, sem remuneração, prorrogável segundo o	Art. 154. A critério da Administração, ao funcionário estável poderá ser concedida licença para tratar de assuntos de interesse particular pelo prazo de três anos consecutivos, sem remuneração, **prorrogável segundo o**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

		interesse público. (Redação dada ao caput pela Lei nº 2.599, de 26.12.2002, DOE MS de 27.12.2002, com efeitos a partir de 01.01.2003).	**interesse público**. (Redação dada ao caput pela Lei nº 2.599, de 26.12.2002, DOE MS de 27.12.2002, com efeitos a partir de 01.01.2003).
Minas Gerais	Decreto n. 28.039/1988	Art. 12. A licença para tratar de interesses particulares poderá ser concedida pelo **prazo de até 2 (dois) anos**, caso não seja contrária ao interesse do serviço.	§ 1º Não poderá ser concedida prorrogação ou novo período de licença, salvo em caso de motivo justificado em exposição de Secretário de Estado ou dirigente de órgão autônomo, e autorização do Governador do Estado (Redação dada pelo Decreto n. 44.124, de 4/10/05).
Pará	Lei n. 5.810/1994	Art. 93. A critério da administração, poderá ser concedida ao servidor estável, licença para o trato de assuntos particulares, pelo **prazo de até 2 (dois) anos consecutivos**, sem remuneração.	§ 2° Não se concederá nova licença antes de **decorrido 2 (dois) anos do término da anterior**.
Paraíba	Lei complementar n. 58/2003	Art. 89. A critério da Administração, poderá ser concedida ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, a licença para trato de assuntos particulares pelo **prazo**	Art. 89. A critério da Administração, poderá ser concedida ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, a licença para trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

		de até três anos consecutivos, sem remuneração e sem contagem de tempo de serviço, não podendo esta licença ser renovada sem o decurso de interstício mínimo de cinco anos.	consecutivos, sem remuneração e sem contagem de tempo de serviço, não podendo esta licença ser renovada sem o **decurso de interstício mínimo de cinco anos**.
Paraná	Lei n. 6.174/1970	Art. 240. Depois de estável, o funcionário poderá obter licença, sem vencimento, para o trato de interesses particulares. (...) § 2° A licença **não perdurará por tempo superior a dois anos contínuos** e, só poderá ser concedida nova, depois de decorridos dois anos do término da anterior.	§ 2° A licença não perdurará por tempo superior a dois anos contínuos e, só poderá ser concedida nova, depois de **decorridos dois anos do término da anterior**.
Pernambuco	Lei n. 6.123/1968	Art. 130. Depois de dois anos de efetivo exercício, o servidor poderá obter licença sem vencimentos, para trato de interesse particular, por **prazo não superior a quatro anos**, renovável por igual período (Lei complementar n. 16, de 8 de janeiro de 1996).	Art. 130. Depois de dois anos de efetivo exercício, o servidor poderá obter licença sem vencimentos, para trato de interesse particular, por prazo não superior a quatro anos, renovável por **igual período** (Lei complementar n. 16, de 8 de janeiro de 1996).

Piauí	Lei complementar n. 13/1994	Art. 94. A critério da Administração, poderá ser concedida ao servidor estável licença para o trato de assuntos particulares, pelo **prazo de até 2 (dois) anos consecutivos**, sem remuneração.	§ 2º Não se concederá nova licença **antes de decorrido 2 (dois) anos do término da anterior**.
Rio de Janeiro	Decreto n. 5.146/1981	Art. 1º Depois de estável, o funcionário poderá obter licença, sem vencimento ou remuneração, para tratar de interesses particulares (Lei n. 490, de 19/11/81). (...) § 2º A licença **não perdurará por tempo superior a 4 (quatro) anos contínuos** e só poderá ser concedida nova depois de decorridos 2 (dois) anos do término da anterior.	§ 2º A licença não perdurará por tempo superior a 4 (quatro) anos contínuos e só poderá ser concedida nova depois de decorridos **2 (dois) anos do término da anterior**.
Rio Grande do Norte	Lei complementar n. 122/1994	Art. 105. A critério da Administração, pode ser concedida, ao servidor público estadual, licença para trato de interesses particulares, pelo **prazo de até 03 (três) anos consecutivos**, sem remuneração. (Redação dada pela Lei	§ 2º. A licença para trato de interesses particulares, sem remuneração, pode ser renovada por **uma única vez, e por igual prazo**. (Redação dada pela Lei Complementar n. 155, de 19 de setembro de 1997).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

		Complementar n. 155, de 19 de setembro de 1997).	
Rio Grande do Sul	Lei complementar n. 10.098/1994	Art. 146. Ao servidor detentor de cargo de provimento efetivo, estável, poderá ser concedida licença para tratar de interesses particulares, pelo **prazo de até 2 (dois) anos consecutivos**, sem remuneração.	§ 4º Não se concederá nova licença **antes de decorridos 2 (dois) anos do término da anterior**, contados desde a data em que tenha reassumido o exercício do cargo.
Rondônia	Lei complementar n. 68/1992	Art. 128. O servidor pode obter licença sem vencimento para tratar de interesse particular. (Redação dada pela LC n. 221, de 28.12.1999). § 1º A licença de que trata o "caput" deste artigo **terá duração de três anos consecutivos**, prorrogável por igual período, vedada a sua interrupção, respeitado o interesse da administração. (Redação dada pela LC n. 221, de 28.12.1999).	§ 1º A licença de que trata o "caput" deste artigo terá duração de três anos consecutivos, **prorrogável por igual período**, vedada a sua interrupção, respeitado o interesse da administração. (Redação dada pela LC n. 221, de 28.12.1999).
Roraima	Lei complementar n. 53/2001.	Art. 85. A critério da Administração, poderá ser concedida ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio	

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

		probatório, licença para o trato de assuntos particulares pelo **prazo de até três anos consecutivos**, sem remuneração.	
Santa Catarina	Lei n. 6.754/1985	Art. 77. Ao servidor ocupante do cargo de provimento efetivo e estável poderá ser concedida licença para tratamento de interesses particulares pelo **prazo de até 3 (três) anos**, renovável 1 (uma) vez, por igual período. (Redação dada pela LC 605, de 2013).	Art. 77. Ao servidor ocupante do cargo de provimento efetivo e estável poderá ser concedida licença para tratamento de interesses particulares pelo prazo de até 3 (três) anos**, renovável 1 (uma) vez, por igual período**. (Redação dada pela LC 605, de 2013).
São Paulo	Lei n. 10.261/1968	Art. 202. Depois de 5 (cinco) anos de exercício, o funcionário poderá obter licença, sem vencimento ou remuneração, para tratar de interesses particulares, pelo **prazo máximo de 2 (dois) anos.**	Art. 204. Só poderá ser concedida nova licença depois de decorridos **5 (cinco) anos do término da anterior.**
Sergipe	Lei n. 2.148/1977	Art. 136. A licença para o trato de interesses particulares poderá ser concedida por um **prazo de até 5 (cinco) anos**, podendo ser prorrogada ou renovada, a critério da Administração, por um	Art. 136. A licença para o trato de interesses particulares poderá ser concedida por um prazo de até 5 (cinco) anos, podendo ser prorrogada ou renovada, a critério da Administração, **por um**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

		novo período de até igual duração. (Redação dada pelo art. 8º da Lei n. 3.143, de 26 de fevereiro de 1992).	**novo período de até igual duração**. (Redação dada pelo art. 8º da Lei n. 3.143, de 26 de fevereiro de 1992).
Tocantins	Lei n. 1.818/2007	Art. 103. A critério da Administração Pública, pode ser concedida ao servidor efetivo estável ou estabilizado licença, sem remuneração, para o trato de assuntos particulares, pelo **prazo de até três anos consecutivos**, podendo ser prorrogada a pedido do interessado. (Redação determinada pela Lei n. 2.871, de 3/06/2014).	Art. 103. A critério da Administração Pública, pode ser concedida ao servidor efetivo estável ou estabilizado licença, sem remuneração, para o trato de assuntos particulares, pelo prazo de até três anos consecutivos, podendo ser **prorrogada a pedido do interessado**. (Redação determinada pela Lei n. 2.871, de 3/06/2014).

Fonte: elaborada pela autora, 2021.

O Quadro demostra que grande parte dos Estados possui regulação quanto ao prazo e ao período de prorrogação da licença para tratar de interesse particular. Dos 26 Estados e o Distrito Federal, apenas um Estado não estipulou limite de duração, podendo fixar qualquer período no ato concessivo. Todos os demais possuem limite de tempo.

Com relação à prorrogação, há Estados que concedem nova licença depois de decorridos prazos determinados, outros não possuem limite para prorrogação da licença, e apenas um Estado não permite prorrogação, seguindo a norma federal.

Dentre os Estados que não limitam a prorrogação da licença para interesse particular, estão o Amazonas, que permite a prorrogação por requerimento do servidor interessado; o Mato Grosso do Sul, que prorroga segundo o interesse público; e o estado do Tocantins, em que a prorrogação se dá a pedido do interessado. São três situações que ferem o princípio da razoabilidade, visto que não há limite para a prorrogação da LIP.

3 OS EFEITOS CONTROVERSOS DA CONCESSÃO DE LIP NO ESTADO DO TOCANTINS

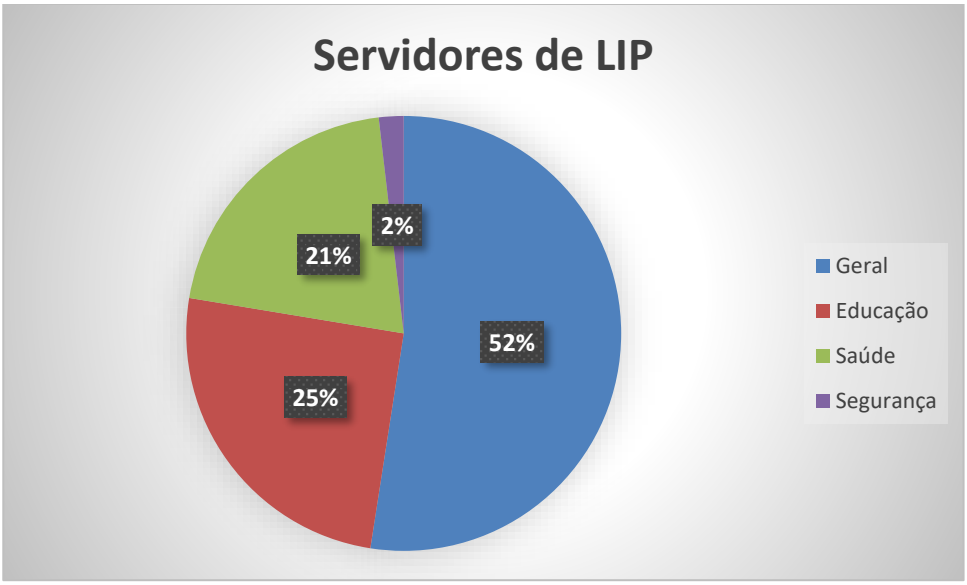
Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Na licença para tratar de interesse particular, o servidor não recebe remuneração, tendo como única vantagem a manutenção do cargo, ou seja, o servidor não perde o cargo público durante o período da licença, podendo, ainda, a qualquer tempo, reassumir o cargo (ALEXANDRE, 2021).

Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, portanto, a lei estadual do Tocantins permite a prorrogação da LIP por tempo indeterminado, tendo como prerrogativa a interesse do servidor e não o interesse público, o que fere o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Por ser critério discricionário da administração, a concessão de licença para tratar de interesse particular de servidor público encontra controvérsias no estado Tocantins, pois tem-se um alto número de servidores licenciados em áreas de extrema necessidade, principalmente em saúde, educação e segurança pública, conforme pode ser observado no Gráfico 1.

Gráfico 1 – Situação atual de servidores que permanecem de LIP



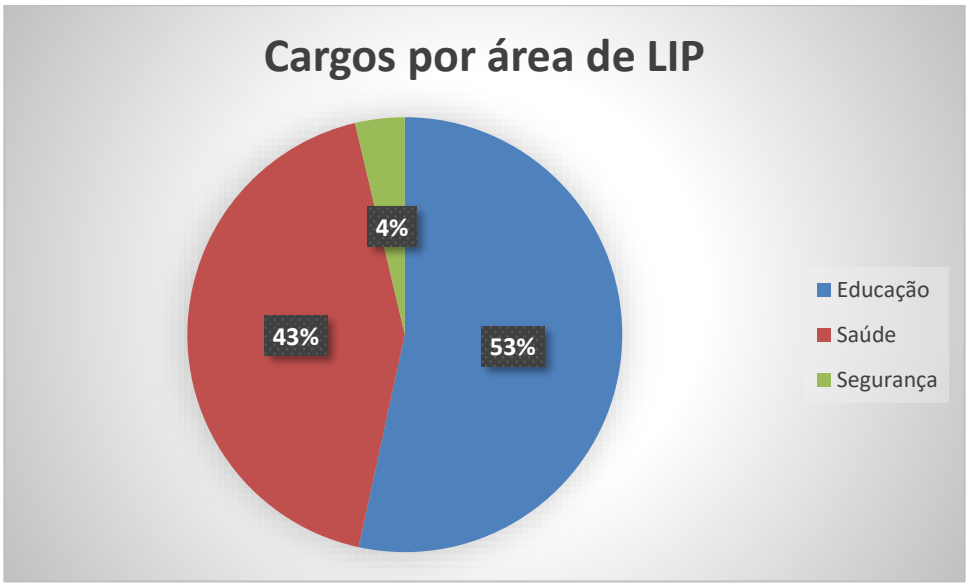
Fonte: Secretaria da Administração (TOCANTINS, 2021).

Atualmente o Tocantins mantém 978 servidores em licença para interesse particular. Percebe-se que quase metade dos servidores são de áreas de serviços essenciais.

O Gráfico 2 mostra a porcentagem de servidores licenciados em cargos relacionados aos serviços essenciais das áreas de educação, saúde e segurança.

Gráfico 2 – Cargos das áreas de educação, saúde e segurança de LIP

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

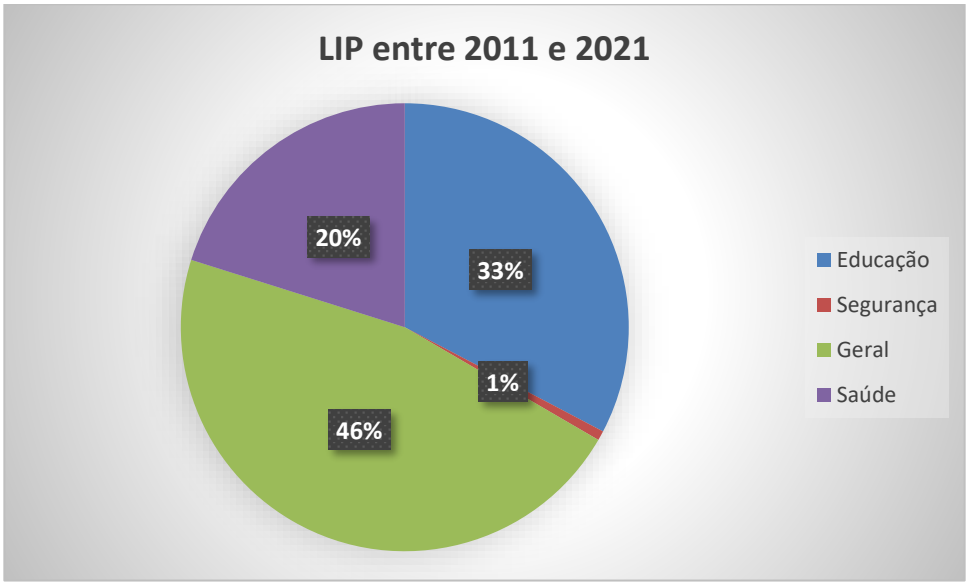


Fonte: Secretaria da Administração (TOCANTINS, 2021).

Os serviços essenciais são aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população. É dever da administração pública garantir que esses serviços sejam preservados e mantidos.

Com relação aos servidores que obtiverem o benefício da prorrogação da LIP após a alteração da Lei n. 1.818/2007, utilizando duas ou mais vezes a prorrogação initerruptamente, não tendo mais a necessidade de retornar e permanecer por pelo menos três anos em serviço, temos os seguintes dados de extraídos de 2011 até 2021 e, ainda, permanecem de LIP.

Gráfico 3 – Servidores de LIP entre 2011 e 2021



Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Fonte: Secretaria da Administração (TOCANTINS, 2021).

O Gráfico 3 mostra que, mesmo em período de pandemia, o número de servidores licenciados na área da saúde representa 20% dos servidores do Estado. Sabe-se que durante a pandemia a crise na saúde pública impactou a população e, tendo a administração pública o poder discricionário de autorizar ou revogar a LIP, mostra a controvérsia desse número.

A Lei n. 8.112/1990 é uma referência, e os demais entes, ou seja, os Estados, municípios e o DF, possuem autonomia política, administrativa, financeira e legislativa, ou seja, eles têm autônima de edição de suas normas, dentro de sua esfera administrativa sobre os seus servidores, normalmente semelhantes e de acordo com a referida lei federal. No entanto, as normas que regem a LIP em alguns Estados brasileiros, se afastam desta referência, causando efeitos controversos do seu propósito. A incongruência jurídica e administrativa é claramente visível, bem como o prejuízo de deixar o cargo ocupado, sem poder prover aquele cargo via concurso público, porque já existe um servidor que é titular do cargo, porém encontra-se de LIP.

O servidor público é destinatário de normas estatutárias que regem seus direitos e deveres. As licenças não remuneradas são direitos decorrentes do exercício do cargo público e, como tal, não privam o servidor, no período licenciado, do vínculo jurídico constituído com o ingresso no serviço público.

Cabe ainda ressaltar que o concurso público visa a preencher cargos que estão vagos ou que possuem servidores na modalidade de contrato administrativo temporário na Administração Pública e que são necessários para seu bom funcionamento administrativo. Sendo um dos fins do concurso o provimento de cargos, não pode o Administrador realizar um concurso e depois conceder licenças para os ocupantes dos cargos, pois trata-se de um privilégio para aquele servidor de LIP, que mantém sua vaga assegurada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licença para tratar de interesses particulares é uma licença não remunerada concedida ao servidor estável, observado o interesse da Administração.

Não se trata de discutir hierarquias de normas, visto que os entes da federação possuem autonomia política, administrativa, financeira e legislativa, é certo que a União Federal não tem competência para definir, por lei, estruturas de outra pessoa federativa.

Entretanto, é imprescindível observar a sobreposição do interesse público ao particular, principalmente, por ser critério discricionário da administração a concessão de LIP. Um servidor licenciado é mantido como titular do cargo, tem suspensa a remuneração,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

e esse cargo permanece ocupado enquanto perdurar a licença, mas como observado nas normas de alguns Estados, essa licença não tem limite de duração.

Sua concessão indiscriminada, por período ilimitado ou sem a devida justificação, evade os limites da discricionariedade adentrando na seara dos atos arbitrários e não encontram qualquer guarida no estado democrático de direito. A concessão nestes moldes é totalmente controversa ao interesse público, é na verdade, um conflito de interesse.

5 REFERÊNCIAS

ACRE. **Lei complementar n. 39, de 29 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Acre, das Autarquias e das Fundações Públicas instituídas e mantidas pelo Poder Público. Disponível em: http://www.al.ac.leg.br/leis/?p=11782. Acesso em: 1 out. 2021.

ALAGOAS. **Lei n. 5.247, de 26 de julho de 1991**. Institui o regime jurídico único dos servidores públicos civis do estado de Alagoas, das autarquias e das fundações públicas estudais. Disponível em: http://transparencia.al.gov.br/media/legislacao/1991/Lei%20N%C2%BA%205.247%20-%2091.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Administrativo. Licenças, afastamentos e concessão do servidor público. **Cursos online**. 2021. Disponível em: https://docero.com.br/doc/xccxn8x. Acesso em: 24 set. 2021.

ALVARES, Maria Lúcia Miranda. **Licenças sem remuneração**: direitos e restrições. Breves considerações. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/46692/licencas-sem-remuneracao-direitos-e-restricoes-breves-consideracoes. Acesso em: 23 out. 2021.

AMAPÁ. **Lei n. 66, de 3 de maio de 1993**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado, das Autarquias e Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://www.al.ap.gov.br/concurso/lei0066.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

AMAZONAS. **Lei n. 1.762, de 17 de novembro de 1986**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Amazonas. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/norma/6213. Acesso em: 1 out. 2021.

BAHIA. **Lei n. 6.677, de 26 de setembro de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado da Bahia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-6677-de-26-de-setembro-de-1994. Acesso em: 1 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

_____. Governo Federal. Portal do Servidor. **Licenças**. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/servidor/pt-br/acesso-a-informacao/servidor/carreiras/ace/sobre-a-carreira/licencas#lip. Acesso em: 23 out. 2021.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 1 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 180597/CE** – CEARÁ. Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 18/11/1997, Primeira Turma, Data de publicação: DJ de 27/2/1998. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741658/recurso-extraordinario-re-180597-ce. Acesso em: 23 out. 2021.

CEARÁ. **Lei n. 9.826, de 14 de maio de 1974**. Dispõe sobre o Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado. Disponível em: https://www.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis74/9826.htm. Acesso em: 1 out. 2021.

DISTRITO FEDERAL. **Lei complementar n. 840, de 23 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais. Disponível em: http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=840&txtAno=2011&txtTipo=4&txtParte=. Acesso em: 1 out. 2021.

ESPIRÍTO SANTO. **Lei complementar n. 46, de 31 de janeiro de 1994**. Regime jurídico dos servidores público civis do estado do Espirito Santo. Disponível em: https://seger.es.gov.br/Media/seger/Avalia%C3%A7%C3%A3o%20Especial%20de%20Desempenho-%20Legisla%C3%A7%C3%B5es/LEI-COMPLEMENTAR-46-1994.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva 2014.

GOIÁS. **Lei n. 20.756, de 28 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado de Goiás, das autarquias e fundações públicas estaduais, e dá outras providências. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/100979/lei-20756. Acesso em: 1 out. 2021.

GRAÇA NETO, Álvaro de Oliveira. A circunscrição constitucional dos direitos do servidor público municipal em estágio probatório: a licença para tratar de assuntos de interesse particular como decorrência lógica da estabilidade. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 14, nº 752. 2016. Disponível em https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-administrativo/2106/a-circunscricao-constitucional-direitos-servidor-publico-municipal-estagio-probatorio-licenca-tratar-assuntos-interesse-particular-como-decorrencia-logica-estabilidade. Acesso em 20 dez. 2010.

MARANHÃO. **Lei n. 6.107, de 27 de julho de 1994**. Dispõe sobre o estatuto dos servidores públicos civis do estado e dá outras providências. Disponível em: https://stc.ma.gov.br/legisla-documento/?id=1034. Acesso em: 1 out. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Disponível em: https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=134974#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20dos,Sul%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 1 out. 2021.

MATO GROSSO. **Lei complementar n. 4, de 15 de outubro de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em: http://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/Legislacao/legfinan.nsf/5edf9c5193c58088032567580038916b/6e8296569181c98104256dbf004a7e64?OpenDocument. Acesso em: 1 out. 2021.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MINAS GERAIS. **Decreto n. 28.039, de 2 de maio de 1988**. Dispõe sobre a concessão de licença para tratar de interesses particulares ao funcionário público civil do estado de minas gerais e dá outras providências. Disponível em: https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=28039&ano=1988. Acesso em: 1 out. 2021.

PARÁ. **Lei n. 5.810, de 24 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará. Disponível em: https://age.pa.gov.br/sites/default/files/lei-estadual-no-5810-de-24-de-janeiro-de-1994.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

PARAÍBA. **Lei complementar n. 58, de 30 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado da Paraíba e dá outras providências. Disponível em: https://paraiba.pb.gov.br/indiretas/ouvidoria-geral-do-estado/legislacao/lei-complementar-58-estatuto-dos-servidores.pdf/view. Acesso em: 1 out. 2021.

PARANÁ. **Lei n. 6.174, de 16 de novembro de 1970**. Estabelece o regime jurídico dos funcionários civis do Poder Executivo do Estado do Paraná. Disponível em: https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=10297&indice=1&totalRegistros=1. Acesso em: 1 out. 2021.

PERNAMBUCO. **Lei n. 6.123, de 20 de julho de 1968**. Institui o regime jurídico dos funcionários públicos civis do Estado. Disponível em: https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=6123&complemento=0&ano=1968&tipo=&url=. Acesso em: 1 out. 2021.

PIAUÍ. **Lei complementar n. 13, de 3 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Piauí, das autarquias e das Fundações públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/detalhe/12457. Acesso em: 1 out. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Decreto n. 5.146, de 29 de dezembro de 1981**. Regulamenta a concessão da licença para trato de interesses particulares. Disponível em: http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_5_146_-_291281.htm. Acesso em: 1 out. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. **Lei complementar n. 122, de 30 de junho de 1994**. Dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado e das autarquias e fundações públicas estaduais, e institui o respectivo Estatuto e dá outras providências. Disponível em: http://www.al.rn.gov.br/storage/legislacao/2019/07/17/da631d970bd52174d7fa82be9d3e23e9.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei complementar n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994**. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/filerepository/replegis/arquivos/10.098.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

RONDÔNIA. **Lei complementar n. 68, de 9 de dezembro de 1992**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civil do Estado de Rondônia, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais e dá outras providências. Disponível em: https://rondonia.ro.gov.br/wp-content/uploads/2016/05/LC_n._68_-_Regime_jur%C3%ADdico_dos_servidores_de_RO_-_atualizado_at%C3%A9_LC_n._794-2014%C2%B2.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

RORAIMA. **Lei complementar n. 53, de 12 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis do Estado de Roraima e dá outras providências. Disponível em: https://al.rr.leg.br/wp-content/uploads/2019/02/Lei-Complementar-no.-053.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

SANTA CATARINA. **Lei n. 6.754, de 28 de dezembro de 1985**. Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/1985/6745_1985_Lei.html. Acesso em: 1 out. 2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Prejulgado: 2016**. Data do Diário Oficial: 06/11/2009. Disponível em: https://www.tcesc.tc.br/content/prejulgados-0. Acesso em: 23 out. 2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. **Prejulgado: 2046**. Data do Diário Oficial: 27/05/2010. Disponível em: https://www.tcesc.tc.br/content/prejulgados-0. Acesso em: 23 out. 2021.

SÃO PAULO. **Lei n. 10.261, de 28 de outubro de 1968**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html. Acesso em: 1 out. 2021.

SERGIPE. **Lei n. 2.148, de 21 de dezembro de 1977**. Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Sergipe. Disponível em: https://al.se.leg.br/Legislacao/Ordinaria/1977/O21481977.pdf. Acesso em: 1 out. 2021.

TOCANTINS. **Lei n. 1.818, de 23 de agosto de 2007**. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins. Disponível em: https://central3.to.gov.br/arquivo/251100/#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Estatuto%20dos%20Servidores%20P%C3%BAblicos%20Civis%20do%20Estado%20do%20Tocantins.,-O%20Governador%20do&text=Art.,Poderes%2C%20das%20autarquias%20e%20funda%C3%A7%C3%B5es.&text=2%C2%BA%20Para%20os%20efeitos%20desta,legalmente%20investida%20em%20cargo%20p%C3%BAblico. Acesso em: 1 out. 2021.

_____. **Lei n. 2.871, de 3 de junho de 2014**. Altera as Leis 1.818, de 23 de agosto de 2007 e 1.654, de 6 de janeiro de 2006, e adota outras providências. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_2871-2014_35250.PDF#:~:text=Altera%20as%20Leis%201.818%2C%20de,2006%2C%20e%20adota%20outras%20provid%C3%AAncias.&text=14.,as%20fun%C3%A7%C3%B5es%20a%20ele%20inerentes. Acesso em: 1 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REFLEXO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ORÇAMENTO PÚBLICO

ELY SAMUEL DOS SANTOS SILVA: Bacharelando em Direito pelo do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão (Unisulma/IESMA).[7]

RONNEDY SANTOS DE CARVALHO[8]

(orientador)

RESUMO: Com objetivo de garantir uma saúde digna e gratuita para todos foi criado o Sistema Único de Saúde, que é regulada Lei 8.080 de 1990. Essa norma busca garantir o acesso a saúde a todos, independentemente de condição financeira ou diferenças raciais, colocando como dever de o Estado garantir sua manutenção e funcionamento. Mas há uma problemática em meio ao SUS, que é a alta demanda, custos e a falta de materiais ou profissionais, fazendo com que a coletividade tenha que esperar muito tempo até conseguir o atendimento devido, gerando assim a judicialização excessiva, atingindo negativamente as políticas públicas, gestão e principalmente e orçamento público. O presento trabalho objetivou uma abordagem de maneira reflexiva sobre os reflexos da judicialização no orçamento público e para a sociedade, pelo método de procedimento bibliográfico e abordagem a partir do método indutivo, utilizando-se para a sua elaboração leis, doutrinas que versam sobre o tema. Sendo assim é necessário que o poder judiciário faça análises prévias antes de proferir a sentença, verificando a situação orçamentaria do município ou ente público, e se o autor da ação está com um problema urgente, com essa análise anterior os reflexos da judicialização se tornarão menos gravosas, possibilitando um maior investimento e melhoria no SUS, beneficiando toda a sociedade brasileira, especialmente aqueles que detém uma renda mais limitada.

Palavras-Chaves: Judicialização. Saúde. Orçamento Público. SUS.

ABSTRACT: With the objective of guaranteeing dignified health for all, the Health System was created, which is regulated by Law 8080 of 1990. The State guarantees its maintenance and operation. But there is a problem in the midst of the SUS, which is a high demand, and the professional cost, causing the lack of collective care to have to wait a long time before it can reach the due care, generating a great judicial capacity as well, depending on materials or specific public policies. , management and mainly public budget. The present work aimed to approach in a reflective way on the reflexes of the judicialization in the budget and for the society, by the method of bibliographic procedure and approach from

7 E-mail: Ely.samuel@hotmail.com

8 Professor Orientador Especialista em Gestão Pública

the inductive method, using for its elaboration, doctrines that deal with the theme. Therefore, the analysis is necessary for the judiciary to carry out prior analyzes before pronouncing the sentence, verifying the budget of the municipality or public entity, and if the author of the action is less with an urgent problem, with this making the consequences of the judicialization serious, preserving a greater limited investment and improvement in the SUS, benefiting the whole Brazilian society, especially that has a higher income.

Keywords: Judicialization. Health. Public budget. SUS.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil desde o tempo de colônia, teve uma variedade tipos de regime político, desde sua independência à atual república. Com a chegada da Constituição de 1988, o Estado Brasileiro começou a priorizar as garantias individuais como elemento essencial para a sociedade.

Essa mudança não aconteceu somente com o Brasil, a visão humanística que atualmente, começou principalmente após o fim da segunda guerra mundial, e em sequência houve a ratificação de diversos tratados internacionais que visavam proteger a sociedade, normatizando direitos fundamentais e sociais, assistindo principalmente as minorias.

Nesse sentido o Brasil teve uma participação ativa, ratificando uma quantidade considerável de tratados internacionais, se tornando esse um fato histórico positivo para a história legislativa e social brasileira.

Um dos principais direitos sociais prevista na legislação brasileira, é o acesso à saúde, devendo o governo garantir que todos tenham acesso de forma gratuita e igualitária, independente do porte físico ou econômico.

Para manter todas as garantias e direitos fundamentais que a população precisa, é necessário um custo, que muitas vezes ultrapassa o orçamento público, onerando de maneira demasiada o Estado, o que acaba impedindo muitas vezes de haver um atendimento público de modo eficaz.

E justamente por esse fato que muitas pessoas pleiteiam juridicamente os seus anseios constitucionais, e com a procedência, faz com que o Estado naquele momento priorize o atendimento sob o direito que foi tutelado, fazendo com que tenham reflexos negativos no orçamento público, muitas vezes ultrapassando o que Governo poderia gastar naquele momento.

Surgindo assim a problemática: Quais os reflexos negativos da judicialização do direito a saúde para o orçamento público e para a sociedade em geral? É importante

salientar que apesar de um dos objetivos do Estado ser a garantia e a efetivação desses direitos fundamentais, o orçamento público tem suas limitações, é necessário que esses fatos sejam levados em consideração antes de ser tutelada qualquer obrigação, haja vista, que a busca pelo direito a saúde é quase que ilimitada, consequentemente a sua judicialização também.

O presente trabalho tem como procedimento metodológico a pesquisa descritiva, porque tem como objetivo descrever o máximo de detalhes possíveis a pauta da pesquisa. Utilizou-se também a pesquisa bibliográfica, porque se baseia em materiais já elaborados, por doutrinadores, teorias e leis vigentes no país no que se refere o SUS e a judicialização. Outra metodologia utilizada é a análise qualitativa, porque tem como foco a realidade social, além do método indutivo que se baseia em casos particulares registrados e enumerados, para concluir um fato.

2 A IMPORTÂNCIA DA SAÚDE E DE SUAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS

É de conhecimento geral que toda nação tem as suas necessidades básicas, e isso envolve diversos elementos, como educação, infraestrutura, saneamento básico e principalmente a saúde. Tendo esse fato em vista, a estrutura estatal objetiva fornecer esses serviços em favor da população, no que se refere à saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) assume esse grande papel, possuindo como base legal à lei 8.080 de 1990, como destaque inicial às garantias fundamentais do acesso a saúde.

> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, 1990, np).

As instituições públicas que promovem o acesso à saúde têm um papel fundamental no funcionamento da sociedade brasileira em diversos aspectos, como garantir uns dos preceitos firmados na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), "Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado" (BRASIL, 1990).

2.1 Orçamento Público e seus funcionamentos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O orçamento público é um instrumento utilizado pelo Governo para planejar a utilização do dinheiro que é arrecado por meio de tributos. Tendo como objetivo de oferecer serviços públicos adequados, além de especificar os gastos e investimentos que serão priorizados pelos poderes. (UNIÃO, 2019).

Nestes termos, vale lembrar que o orçamento público está presente em todos os entes, sendo eles em âmbito Municipal, Estadual ou Federal, todos com suas próprias receitas e planejamento de gastos.

Os custos sempre visam atender a população, haja vista, que essa receita tem como objetivo investir na educação, saúde, infraestrutura, dentre outras muitas áreas que necessitam de atenção, e isso inclui o pagamento de funcionários que são os responsáveis de garantir que os serviços sejam efetivados.

> O orçamento público é o instrumento de planejamento que estima as receitas que o governo espera arrecadar ao longo do próximo ano e, com base nelas, autoriza um limite de gastos a ser realizado com tais recursos. Essa programação orçamentária consta na Lei Orçamentária Anual (LOA), elaborada com base nas metas e prioridades do Governo definidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). É a LDO que estabelece a ligação entre o Plano Plurianual (PPA) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Ao englobar receitas e despesas, o orçamento é peça fundamental para o equilíbrio das contas públicas e indica para a sociedade as prioridades definidas pelo governo, como, por exemplo, gastos com educação, saúde e segurança pública. (ECONOMIA, 2019, np)

O orçamento público é um importante instrumento para garantir a efetivação dos direitos sociais, e para isso existe diversas formas de arrecadação para o Estado poder efetivar essas garantias. A elaboração do orçamento público é um processo complexo, como informa o Portal da Transparência, da Controladoria-Geral da União:

> O processo de elaboração do orçamento é complexo, pois envolve as prioridades do Brasil, um país com mais de 200 milhões de habitantes. Se já é difícil planejar e controlar os gastos em nossa casa, imagine a complexidade de planejar as prioridades de um país do tamanho do Brasil. No entanto, o planejamento é essencial para a melhor aplicação dos recursos públicos. O processo de planejamento envolve várias etapas, porém três delas se destacam: a aprovação da Lei do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA). Cada uma dessas leis é proposta pelo Poder Executivo, a partir de objetivos específicos, e

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> depende da aprovação do Congresso Nacional. Isso permite que os deputados e senadores eleitos como nossos representantes influenciem o orçamento, adequando as leis às necessidades mais críticas da população que representam. Para organizar e viabilizar a ação pública, o PPA declara as políticas e metas previstas para um período de 4 anos, assim como os caminhos para alcançá-las. A LDO e a LOA devem estar alinhadas às políticas e metas presentes no PPA, e, por sua vez, são elaboradas anualmente. A LDO determina quais metas e prioridades do PPA serão tratadas no ano seguinte - além de trazer algumas obrigações de transparência. A partir daí a LOA é elaborada, detalhando todos os gastos que serão realizados pelo governo: quanto será gasto, em que área de governo (saúde, educação, segurança pública) e para que. A ideia é terminar cada ano com a LOA aprovada para o ano seguinte, ou seja, com todo o detalhamento dos gastos e receitas. A LOA é o que chamamos, de fato, de orçamento anual. A lei por si só também é grande e complexa, por isso é estruturada em três documentos: orçamento fiscal, orçamento da seguridade social e orçamento de investimento das estatais. No Portal da Transparência do Governo Federal, você consegue consultar dados sobre a execução do orçamento fiscal e da seguridade social, uma vez que esses são os investimentos e gastos que afetam diretamente o seu dia a dia. (UNIÃO, 2019, p.325)

O orçamento público visa atender as necessidades básicas da população como já mencionado, esses direitos sociais envolve a educação, saúde, infraestrutura, dentre outras muitas áreas que necessitam de atenção, e isso inclui o pagamento de funcionários como já citado, que são os responsáveis de garantir que os serviços sejam efetivados, de forma resumida é o planejamento de gastos.

3 ATUAÇÃO MUNICIPAL NA SAÚDE PÚBLICA

Cada ente federativo tem um papel importante para efetivar as garantias e direitos fundamentais de cada cidadão, e isso inclui principalmente a saúde, o responsável por esses serviços é o SUS, que de acordo com a Lei 8.080/1990 encontra-se presente na esfera Federal, Estadual e Municipal.

Devendo oferecer a atenção básica, que é pautada em atendimentos e ações preventivas, como consultas e vacinação, a atenção secundária, na qual busca disponibilizar acompanhamento especializados, bem como internações, e atendimento a pacientes que precisam de um acompanhamento posterior, como a fisioterapia. (SAÚDE, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, o SUS (Sistema Único de Saúde) atende mais de 190 milhões de brasileiros, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população. No entanto, para o controle eficiente dos serviços e recursos da saúde em todos os 5.570 municípios do Brasil, determinadas tarefas e responsabilidade precisam ser divididas. (SAÚDE, 2021, np).

No que se refere à atuação municipal a saúde, há uma outra forma de atuação, que é a de fiscalização, através da vigilância sanitária, que exerce uma função preventiva, pois busca inspecionar para garantir que os estabelecimentos respeitem as normas previstas na legislação brasileira, como forma de proteger a saúde de toda a população.

Atualmente a pandemia trouxe novos desafios para os municípios, tornando necessária a integração da saúde com outras áreas na esfera municipal, devendo evitar aglomerações, garantir o uso de máscara, isolamento social, bem como álcool gel em todos os espaços. (TANAKA, s.d. apud BOEHM, SOUZA, 2020).

3.1 Custos necessários para a sua manutenção

A Carta Magna de 1988 em sua publicação criou uma obrigação para cada ente federativo, que é promover o direito a saúde e demais direitos básicos de cada indivíduo, sendo esse um dos pontos principais que há na legislação.

Um ponto muito importante a ser ressaltado, para que Estado mantenha esses serviços em pleno funcionamento é necessário que haja recursos capazes de mantê-los, de forma resumida, há uns gastos diários para poder manter a qualidade e o funcionamento de todas as instituições.

Cada ente tem seus próprios recursos e gastos variados, e isso se modifica por exemplo, de Município a Município, de Estado a Estado, de mês a mês, por esse fato há uma dificuldade em definir com exatidão os custos de cada ente. Mas é possível arrazoar uma estimativa geral, nesse sentido a FIOCRUZ, afirma que:

> O gasto corrente total em saúde no Brasil teve crescimento per capita de 29,3%, entre 2015 e 2019, quando passou de R$ 2.613,34 para R$ 3.380,62.[...] A análise mostra que o gasto público corrente (regimes governamentais) aumentou de R$ 231,5 bilhões para R$ 290,4 bilhões, um crescimento nominal de 25,5% entre 2015 e 2019. (CRUZ; SAÚDE, 2022, p.54).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No ano de 2020 e 2021 houve um aumento considerável na saúde, de acordo com o site da Controladoria Geral da União, nos anos de 2020 teve o gasto total de R$ 150,46 bilhões e em 2021 R$ 161,44 bilhões.

Esses gastos servem para evidenciar os custos elevados que tem a saúde no Brasil, apesar de ficar abaixo da média mundial, mesmo em meio à crise econômica e déficits econômicos anuais, sempre há uma prioridade na área da saúde, buscando proporcionar um serviço gratuito e efetivo.

3.2 A morosidade no atendimento

Atualmente apesar de haver um alto gasto com políticas públicas voltadas à saúde, ainda há um grande problema com esse sistema, que são as filas e a consequente demora, o que acaba gerando uma grande insatisfação por parte da população, por não ter suas necessidades atendidas no tempo que merecem ou esperam, gerando assim uma fragilidade no SUS.

> As filas de espera são o maior motivo de insatisfação dos usuários do SUS (Sistema Único de Saúde), segundo pesquisa de 2018, feita pelo Conselho Nacional de Medicina e pelo Datafolha. Para 30% dos participantes da pesquisa, esperas para o atendimento demoraram mais de 12 meses. (THAMI, 2021, p.85)

Nesse mesmo sentido, Thami (2021), traz uma perspectiva interessante sobre algumas possíveis causas da demora do atendimento, que seria o absenteísmo que é o não comparecimento do paciente, ou o cancelamento do atendimento no curto prazo. Outra justificativa é os encaminhamentos desnecessários, caso que poderiam ser resolvidos na atenção básica é encaminhado para os serviços especializados.

> Os gargalos no atendimento nem sempre se encontram na ausência de profissionais especialistas. No município do Rio de Janeiro, por exemplo, parece haver uma discrepância bastante significativa entre a capacidade de profissionais instalada e os números de consultas especializadas ofertadas. Às vezes, as discrepâncias ocorrem por divergências nos sistemas utilizados para agendar os atendimentos. As horas clínicas ofertadas no Sisreg (Sistema de Regulação) são incompatíveis com a produção informada no SIA (Sistema de Informações Ambulatoriais), evidenciando uma fragmentação de agendas que permite que os próprios serviços ofertem diretamente ao público a maior parte das vagas de algumas especialidades, prejudicando a gestão eficiente e centralizada das filas de espera. Além disso, há o problema das consultas de retorno. Na maioria dos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> casos, é possível que os pacientes sejam atendidos pelas equipes de atenção básica perto de seus domicílios, evitando que ocupem vagas na agenda dos médicos especializados, bem como potenciais problemas de absenteísmo. (THAMI, 2021)

Uma pesquisa do site de Notícias UOL, trouxe outra estimativas sobre o problemas na saúde que acabam causando a demora na fila, com dados retirados da Sistema de Indicadores de Percepção Social (IPS), do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Fisc Saúde 2016, do Tribunal de Contas da União (TCU), Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) do IBGE e Agência Nacional de Saúde (ANS), a lista ainda foi analisada pelo Diretor da Faculdade de Saúde Pública, que são: A falta de médicos, falta de distribuição, a falta de leitos e principalmente a falta de recursos, em 2018 apenas 3,6% do orçamento do governo federal foi destinado à saúde, ficando abaixo da média mundial, que é de 11,7%, conforme dita OMS. (SOBRINHO, 2018).

3.3 As consequências da crise econômica e seus reflexos na saúde pública

A chegada da crise econômica no Brasil afetou todo o sistema brasileiro, e isso inclui a saúde, e com a chegada do COVID-19, tudo se agravou tornando a prestação de serviços públicos um pouco mais precários. Quando um país é afetado economicamente, acaba atingindo todas as áreas, independente da vontade dos gestores ou da população.

A política econômica estável está totalmente interligada com a saúde pública e o bem-estar da população. Após anos de crises econômica no Brasil, acabou revelando um quadro crítico, que é o de extrema pobreza no país. (SOUSA; RASELLA; SOUSA, 2018).

A falta de uma boa qualidade de vida acaba afetando diretamente o sistema imunológico das pessoas, como a falta de uma alimentação adequada, um consumo de água adequado, facilita que doenças afetem de forma mais agressiva, de acordo com Secretária da Saúde do Estado do Ceará. (MORAIS, 2020).

Com a crise epidemiológica ter um sistema imunológico mais fraco pode acabar sendo fatal, diante do cenário atual em que o Brasil se encontra em 2020 a 2022, por consequência as filas e a taxa de mortalidade aumentam, gerando uma fragilidade no sistema de saúde.

4 JUDICIALIZAÇÃO PARA O ACESSO A SAÚDE E SEUS REFLEXOS NA SAÚDE PÚBLICA

Observando o cenário dos demais tópicos supracitados, é perceptível que o direito a saúde, e a busca de sua efetivação são um fato comum na sociedade atual. Entretanto como já foi visto há diversos problemas dentro do Sistema de Saúde que impedem que uma grande variedade de pessoas atinja esse objetivo, se tornando um problema crítico na sociedade.

As filas são um dos principais problemas encontrados no Sistema Único de Saúde, e as consequências para muitos pode ser funesto, haja vista, que muitos morrem à espera de um atendimento de variadas enfermidades.

> O tempo médio para diagnóstico do câncer no Brasil é de 270 dias na rede pública de saúde. Essa demora faz com que cerca de 80% dos pacientes com algum tipo da doença comecem o tratamento em estágios mais avançados – portanto, com menores chances de cura. A conclusão é do Tribunal de Contas da União (TCU), que, em acórdão divulgado na última semana, pediu uma solução do Ministério da Saúde. O órgão quer que, até novembro deste ano, a União apresente um plano de ação para agilizar os processos do Sistema Único de Saúde (SUS). Enquanto isso aponta o TCU, a cada hora, pelo menos 27 pessoas morrem vítimas pelo câncer no Brasil, a principal causa de óbito em 516cidades, praticamente 10% no total. (LAGOA, 2019)

A realidade dos 26 Estados do Brasil e o Distrito Federal, é que 55,5% dos brasileiros atendidos pela rede pública começam a lutar contra a enfermidade nos estágios mais graves, quando se refere a alguns tipos de câncer, como pulmão, cavidade oral, estomago essa porcentagem sobe para 80%. (LAGOA, 2019).

Toda essa demora se deve justamente pela alta demanda que há no sistema único de saúde, atualmente em 2022 de acordo com o IBGE, existe uma projeção de 214.380.476 milhões de habitantes, uma parte busca a saúde em âmbito privado, mas muitos outros só têm o SUS como forma de garantia desse direito. (IBGE, 2021).

Esse fato faz com que tenham mais pessoas a atender do que profissionais disponíveis e ao mesmo tempo leitos vagos, e justamente por essa alta demanda, dificulta o atendimento, afinal, são milhões de pessoas buscando a efetivação dessa garantia fundamental.

4.1 Judicialização como forma de garantia legal e seus reflexos no orçamento público

Em face do cenário atual a falha do Sistema Único de Saúde faz com que a sociedade em geral fique suscetível ao agravamento de doenças pela grande demora na fila, ou por falta de leitos ou materiais para a realização de procedimentos.

E muitas pessoas por se encontraram “sem saída” acabam judicializando o acesso à saúde e na grande maioria das vezes acaba atingindo o objetivo, por ser um direito explicito e implícito, previsto na norma brasileira, até em tratados internacionais, e isso é

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

extremamente positivo, porque há pessoas que necessitam de urgência no atendimento, porém há consequências nesse fato.

E para haver menos ocorrência da judicialização é necessário também o comprometimento dos funcionários, para que os serviços possam ser prestados da melhor maneira possível e de forma rápida.

> A judicialização da saúde cresceu muito nos últimos anos, porque é para os cidadãos uma maneira de ter garantido o seu direito de acesso à saúde. Todavia, a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde acaba causando um impacto em todo o planejamento feito pela gestão. Assim, a administração pública se vê obrigada a fazer realocação de recursos orçamentários. Isso tem interferido na Programação Anual de Saúde do Estado do Tocantins (PAS-TO), pois ela possui as ações, serviços e recursos financeiros que colaboram para a execução das metas do Plano de Saúde. (SOUSA, 2020, p.14).

De acordo com Sousa (2020), a insuficiência de alguns tratamentos de saúde ofertados pelo governo é contestada via ação judicial, esse fato acaba quebrando a igualdade de acesso e ao mesmo tempo enfraquecendo as políticas públicas, causando interferência na gestão da saúde, gerando uma desorganização e gastos excessivos.

Todo esse fato afeta principalmente o orçamento público, a grande parte do motivo das judicializações são a aquisição de medicamentos que não estão fora do protocolo das entidades Municipais, Estaduais e Federais, gerando um desequilíbrio e dificultando o planejamento da Programação Anual de Saúde (SOUSA, 2020).

O orçamento da saúde é limitado, e a decisão judicial que determina o fornecimento desse serviço ou medicamento, que não inserido na lista Relação Nacional de Medicamento ou Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, acaba acarretando a deficiência de outro serviço do SUS. (PAIM, 2018, p. 91, apud. SOUSA, 2020).

Esse fato prejudica não somente a saúde, mas também as demais áreas que envolvem os direitos sociais e fundamentais, como educação, infraestrutura, saneamento básico.

A partir do momento em que o orçamento público sofre limitações, acaba afetando as demais áreas que a sociedade civil necessita como supracitado, o que acaba se tornando um fato negativo, haja vista, que as consequências vão além do que apenas gastos públicos excessivos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O Brasil gastando mais do que arrecada, acaba entrando em déficit, resumidamente, o país entra em endividamento, a consequência disso é que acaba afetando a própria população, principalmente as pessoas que têm uma renda mais limitada.

Devido aos impostos indiretos, que acabam eventualmente aumentando aos poucos pela falta de recurso que o Estado detém, resumidamente, os efeitos acabam se tornando mais gravosos do que o esperado, nesse sentido, o professor de Direito tributário Fellipe Guerra, afirma que:

> Chama-se tributo indireto aquele aplicado sobre o serviço ou produto. Ele é indireto pelo fato de não considerar a renda de uma pessoa, mas sim quanto ela consome. Em resumo, o ponto de atenção são as transações de mercadorias, ou seja, esse imposto incide sobre o que é consumido (roupas, produtos alimentícios, tecnologia, medicamentos etc.). Assim, é cobrado de maneira indireta às pessoas. O ICMS, por exemplo, é um tributo indireto, pois o imposto é aplicado somente sobre a parte da renda que é usada no consumo. Pesquisas do Ipea costumam demonstrar que esse tipo de imposto é prejudicial aos mais pobres porque consome a maior parte de sua renda. Além do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços), o ISS (Imposto sobre Serviços) é outro exemplo de tributo indireto. (GUERRA, 2020, p.88, grifou-se).

A judicialização obriga os entes a cumprirem o que foi determinado judicialmente com um prazo determinado, e muitas vezes com morosidade gera sanções passíveis de multa. Por esse fato como já dito anteriormente, acaba sendo exigido materiais ou remédios que estão fora da alçada, e pela celeridade que há de ter nessas situações, acabam sendo adquiridos produtos que estão acima do valor que deveria ser obtido se houvesse uma organização prévia.

O SUS acaba sendo a principal afetada e por consequência a população, pois impede a melhoria da prestação de serviço, por consumir mais recursos financeiros acaba enfraquecendo as políticas públicas voltadas a saúde, prejudicando também aqueles que não judicializam (SOUSA, 2020), porque contribui com a morosidade da fila, e os recursos que seria aplicado para uma determinada pessoa, é utilizada para outras em determinações dos magistrados, em situações que muitas vezes não necessitava de urgência.

> Ao reconhecer as limitações à eficácia dos direitos fundamentais sociais condicionadas pela escassez de recursos e conflitos com

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> outros direitos, impõe, entretanto, como reserva às restrições do direito à saúde, a emergencialidade da demanda e circunstâncias que possam comprometer própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana. Como bem explica o autor, a reserva do possível configura tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição dos recursos por parte do Estado. Ou seja, esse conceito se pauta nas condições do Estado atender à prestação reclamada, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação, além do que a insuficiência dos recursos constitui limite fático à efetivação dos direitos fundamentais. (SARLET, 2010, apud, BIANCA; DAMASCENA, s.d).

Além de afetar as melhorias, gera limitações no que se refere a sua manutenção, atendimento ou aprimoramento, a falta de recursos obriga o Estado gastar um determinado valor, sem poder ultrapassá-lo.

A falta de recursos também ocasiona a falta de materiais, por inferência afeta diretamente o atendimento à população, sem os equipamentos e utensílios impedem que os médicos prestem o serviço necessário, ficando assim de mãos atadas.

Em virtude dos fatos mencionados percebe-se que a judicialização tem consequências que afetam diretamente o atendimento do SUS, prejudicando várias áreas, mas principalmente aqueles que não possuem conhecimento e recursos para ingressar com uma ação judicial em busca de seus direitos.

4.2 A Judicialização e o Poder Judiciário

O direito a saúde nunca deixará de ser prioridade, haja vista, que se trata de uma garantia **fundamental**, previstos em diversas normas jurídicas dentro do ordenamento brasileiro, mas é necessário o poder judiciário tenha cuidado ao conceder sentenças obrigando ao Estado a cumprir determinações judiciais.

Como já visto anteriormente, o excesso de judicialização pode causar danos gravosos, e afetando principalmente aqueles que detêm pouco conhecimento e condições financeiras. Nesse sentido é necessário que o poder judiciário analise individualmente a cada caso concreto antes de conceder uma sentença transitada e julgada.

A primeira análise prévia que deve ser feita, é analisar como se encontra os cofres públicos, seu poder de aquisição e ao mesmo tempo, observando o orçamento público.

Com esse levantamento o poder judiciário poderá determinar as limitações em que o ente público se encontra, sendo ele municipal, estadual ou federal, com esse fato se torna mais fácil determinar o que deve ser feito com maior precisão.

O segundo ponto a ser revistado é a situação em que o autor da ação se encontra, e se o problema é urgente ou extremo, para assim poder conceder o direito tutelado. Esse fato é de extrema importância para evitar o excesso de judicializações em casos que não necessitam de rapidez, ou de uma atenção célere.

Ao outorgar o direito ao acesso a saúde a uma pessoa que não necessita de imediato tratamento, todos os problemas supracitados podem vir à tona, além de ferir o princípio da igualdade, atingindo diretamente aquele que necessita de um tratamento urgente, mas não tem instrução suficiente para ingressar com uma medida judicial.

Com essas medidas irá reduzir o custo excessivo que há atualmente devido a judicialização, podendo assim o Estado fornecer um serviço de melhor qualidade, beneficiando todos que necessitam do atendimento do SUS, principalmente aqueles com uma situação financeira menos favorável.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso a saúde é uma das garantias Constitucionais mais importantes da Carta Magna brasileira, pois ela garante a toda sociedade um tratamento preventivo e imediato, elas estão previstos no artigo 6° e 196°, ss da CRFB.

Uma das formas de efetivar esse direito é através do Sistema Único de Saúde (SUS), criado em 1990, instituída pela Lei n° 8.080, tendo como função garantir a saúde a todos, buscando assegurar o acesso universal e igualitário de todos os serviços disponíveis.

Para manter todo esse serviço é necessário um custo diário para pagamento de médico, enfermeiros e demais cargos técnicos que é indispensável para o funcionamento do SUS, fora a manutenção dos equipamentos e demais gastos que todo Hospital, Posto de Saúde devem ter.

Nesse sentido o Estado busca arrecadar para manter todos os serviços em funcionamento, existindo diversas formas de adquirir receita, e uma delas é por via de tributação, entretanto independente de qual meio seja utilizado, há um limite.

Atualmente o governo gasta mais do arrecada, e pelo país entrar em endividamento, gera uma limitação nos gastos com a saúde pública. E justamente por essa limitação, e a alta demanda no atendimento que há no SUS que ocorre a judicialização.

A alta demanda de processos tutelando o direito a saúde, acaba prejudicando as políticas públicas, gestão e principalmente o orçamento público, afetando a população, sobretudo as pessoas que têm uma renda mais limitada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista os aspectos mencionados, é necessário que o poder judiciário faça análises prévias de dois pontos, da situação orçamentaria em que o município ou ente público se encontra e se o caso do paciente se trata de um problema urgente ou extremo, analisando esses dois fatores antes de conceder uma sentença favorável, os reflexos da judicialização se tornarão menos gravosos. Dando assim a possibilidade de o poder público investir e melhorar o SUS, que é tão importante para os brasileiros.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Leonardo Correa; BORANGA, Rodolfo. **Direitos Humanos após a segunda guerra mundial**. Itapeva – São Paulo: s.d. Disponível em: <http://fait.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/TZO5BEJqc97w4kf_2017-1-20-20-45-54.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

BACCO, Sidnei Di. **Utilização particular de bem público**. Disponível em: <https://www.tdbvia.com.br/arquivos/web/utilizacao%20particular%20de%20bem%20publico.pdf>. Acesso em: 19 Fev. de 2022

BIANCA, Aparecida da Silva; DAMASCENA, Ana Lúcia. **OS IMPACTOS DO EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SOBRE O ORÇAMENTO PÚBLICO**. Disponível: <http://re.granbery.edu.br/artigos/NTM5.pdf>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

BOEHM, Camila; SOUZA, Ludmilla. **Fortalecimento da saúde pública é desafio dos novos prefeitos**: Saúde nos municípios exige articulação com estados e União. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/eleicoes-2020/noticia/2020-11/fortalecimento-da-saude-publica-e-desafio-dos-novos-prefeitos>. Acesso em: 14 de Mar. de 2022.

BRASIL, PORTAL. **SUS**: 27 anos transformando a história da saúde no Brasil. Disponível em: < https://www.saude.mg.gov.br/cidadao/banco-de-noticias/story/7152-sus-27-anos-transformando-a-historia-da-saude-no-brasil#:~:text=O%20SUS%20foi%20criado%20em,a%20toda%20a%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira.&text=J%C3%A1%20em%201990%2C%20o%20Congresso,preceitos%20que%20seguem%20at%C3%A9%20hoje>. Acesso em: 16 de Fev. de 2022.

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

BURIN, Gabriel. GOENKA, Tusha. **Economia do brasil deve ter pior desempenho do H20 em 2022, diz pesquisa**: Inflação disparou para mais de 10%, taxa mais elevada desde a crise política de cinco anos atrás, enquanto o desemprego permanece perto de níveis recordes. Disponibilidade em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/economia-do-brasil-deve-ter-pior-desempenho-do-g20-em-2022-diz-pesquisa/#:~:text=R%C3%BAssia-,Economia%20do%20Brasil%20deve%20ter%20pior,G20%20em%202022%2C%20diz%20pesquisa&text=A%20economia%20do%20Brasil%20est%C3%A1,mostrou%20uma%20pesquisa%20da%20Reuters.>. Acesso em: 01 de Mar. de 2022.

CRUZ, Fundação Oswaldo; SAÚDE, Ministério. **Gasto per capita com saúde aumentou 29,3% de 2015 a 2019**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/gasto-capita-com-saude-aumentou-293-de-2015-2019#:~:text=O%20gasto%20corrente%20total%20em,para%20R%24%203.380%2C62.>. Acesso em: 14 de Mar. de 2022

Dallari, Sueli GandolfiO papel do município no desenvolvimento de políticas de saúde. Revista de Saúde Pública [online]. 1991, v. 25, n. 5 [Acessado 14 Março 2022], pp. 401-405. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101991000500013>. Epub 30 Set 2004. ISSN 1518-8787. https://doi.org/10.1590/S0034-89101991000500013.

LAGOA, Tatiana. **Demora em diagnosticar câncer pelo SUS reduz chances de cura**: Cerca de 80% dos pacientes começam tratamento com doença em estágio avançado. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/demora-em-diagnosticar-cancer-pelo-sus-reduz-chances-de-cura-1.2229775>. Acesso em: 22 de Mar. de 2022.

GUERRA, Fellipe. **Tributos diretos e indiretos: qual a melhor forma de trabalhar com tributação e impostos?**. Disponível em: <https://blog.ipog.edu.br/contabilidade/tributos-diretos-e-indiretos/>. Acesso em: 15 de Out. de 2021.

MARINGÁ. **Saiba a diferença entre os serviços das UBSs, UPAs e Hospital Municipal**. Disponível em: <http://www2.maringa.pr.gov.br/site/noticias/2018/07/19/saiba-a-diferenca-entre-os-servicos-das-ubss-upas-e-hospital-municipal/33368>. Acesso em: 14 de Mar. de 2022.

MARQUES, Marcelo Galvão. **Alienação de Bens da Administração Pública**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63420/alienacao-de-bens-da-administracao-publica>. Acesso em: 19 de Fev. de 2022

MEDICINA, Conselho Federal. **Brasil gasta R$ 3,83 ao dia com a saúde de cada habitante**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/noticias/brasil-gasta-r-383-ao-dia-com-a-saude-de-cada-habitante-2/>. Acesso em: 14 de mar. de 2022.

Paes-Sousa, Rômulo, Rasella, Davide e Carepa-Sousa, Julio **Política econômica e saúde pública**: equilíbrio fiscal e bem-estar da população. Saúde em Debate [online]. 2018, v. 42, n. spe3 [Acessado 17 Março 2022] , pp. 172-182. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-11042018S313>. ISSN 2358-2898. https://doi.org/10.1590/0103-11042018S313.

SAÚDE, Instituto Mais. **Você sabe como funciona a saúde pública municipal?**. Disponível em: <https://www.institutomaissaude.org.br/voce-sabe-como-funciona-a-saude-publica-municipal/>. Acesso em: 14 de Mar. de 2022.

SOBRINHO, Wanderley Preite. **Falta de médicos e de remédios**: 10 grandes problemas da saúde brasileira. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/listas/falta-medico-e-dinheiro-10-grandes-problemas-da-saude-no-brasil.htm>. Acesso em: 17 de Mar. de 2022.

SILVA, Whesley Ramos Soares. **Princípio da capacidade contributiva**: um instrumento de políticas públicas voltadas à promoção do desenvolvimento regional com justiça social. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/principio-da-capacidade-contributiva-um-instrumento-de-politicas-publicas-voltadas-a-promocao-do-desenvolvimento-regional-com-justica-social/.> Acesso em: 15 de Mar. de 2022.

SOUSA, Eva Claudia Folha. **Judicialização da saúde**: Impactos da judicialização da saúde no orçamento do Estado do Tocantins. Disponível em: < https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-constitucional/10298/judicializacao-saude-impactos-judicializacao-saude-orcamento-estado-tocantins>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

THAMI, Helyn. **5 pontos sobre as filas de atendimento no SUS**. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/perguntas-que-a-ciencia-ja-respondeu/2021/5-pontos-sobre-as-filas-de-atendimento-no-SUS>. Acesso em: 17 de Mar. de 2022

UNIÃO, Controladoria-Geral. **Orçamento público**. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/orcamento-publico#:~:text=Or%C3%A7amento%20p%C3%BAblico%20%C3%A9%20o%20instrumento,de%20melhoria%2C%20entre%20outros).>. Acesso em: 18 de Fev. 2022

UNIÃO, Controladoria Geral. **Execução de receita pública**. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/entenda-a-gestao-publica/execucao-receita-publica#:~:text=Para%20poder%20fazer%20isso%2C%20o,tesouro%20nacional%2C%20recebimento%20de%20indeniza%C3%A7%C3%B5es.> Acesso em: 18 de Fev. 2022

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CAMILA ARRUDA IZEL: Discente do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Amazonas – 9º período. Estudante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais e Políticas Públicas da Universidade Federal do Amazonas9.

LUCAS IGOR LAVAREDA NASCIMENTO[10]

(coautor)

MÔNICA NAZARÉ PICANÇO DIAS BONOLO[11]

(orientadora)

RESUMO: O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como uma nova modalidade de flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, trata-se de um negócio jurídico de natureza jurídica pré-processual realizado entre o Ministério Público e o Investigado, acompanhado de seu advogado e homologado pelo juiz, por meio do qual são estipuladas condições que, se cumpridas tem como consequência o não ajuizamento de ação penal e a extinção da punibilidade. Nesse sentido, a temática central deste trabalho é demonstrar o surgimento deste instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, a forma como ele está sendo aplicado, os impedimentos de sua aplicabilidade e a importância desse acordo para desafogar o judiciário.

Palavras-chave: Lei nº. 13.964/2019, acordo de não persecução penal, artigo 28-A, CPP, aplicabilidade do acordo de não persecução penal.

ABSTRACT: The Criminal Non-Persecution Agreement (ANPP) was introduced in the Brazilian legal system as a new modality of flexibilization of the principle of mandatory public criminal action, it is a legal transaction of a pre-procedural legal nature carried out between the Public Ministry and the Investigated, accompanied by his lawyer and approved

9 camilaizell@gmail.com

10 Discente de Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). E-mail: lucas.lavareda@hotmail.com

11 Professora da disciplina Direito Penal e Direito Processual Penal, lecionada junto à Universidade Federal do Amazonas – UFAM

by the judge, through which conditions are stipulated that, if fulfilled, result in the non-filing of criminal action and the extinction of punishment. In this sense, the central theme of this work is to demonstrate the emergence of this instrument in the Brazilian legal system, the way in which it is being applied, the impediments to its applicability and the importance of this agreement to relieve the judiciary.

KEYWORDS: Law no. 13.964/2019, criminal non-prosecution agreement, article 28-A, CPP, applicability of the criminal non-prosecution agreement.

Sumário: 1 introdução, 2 flexibilização da obrigatoriedade do acordo de não persecução penal, 3 o contexto histórico e noções gerais do acordo de não persecução penal, 3.1 a evolução histórica do acordo de não persecução penal, 4 justiça negocial criminal, justiça penal consensual, 5 aplicabilidade do acordo de não persecução penal, 5.1 impedimentos da aplicabilidade do acordo de não persecução penal, 6 conclusão, 7 referência.

1. INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução, inicialmente, surgiu por meio da resolução 187/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, no entanto, foi muito criticado em relação a sua constitucionalidade, pois a resolução trazia a seguinte previsão em seu art.18: "Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática".

A referida previsão vai em desencontro com a constituição federal por esta o CNMP legislando em matéria de direito processual penal, matéria de competência privativa da União (art.22, I da Constituição Federal de 1988). Nesse contexto, a Associação de Magistrados Brasileiros e a Ordem dos Advogados do Brasil propuseram duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n°5700 e 5793).

Com isso, em 2019 foi promulgada a lei 13.964/2019 (pacote anticrime), responsável por regularizar o Acordo de Não Persecução Penal, introduzido no art.28-A, do Código de Processo Penal, o que representa uma grande vitória para o ordenamento jurídico brasileiro e, consequentemente, a ampliação da justiça penal negociada.

O acordo de não persecução penal trouxe uma flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o que significa que foi dado ao Ministério Público um poder-dever (discricionariedade regrada), o que representa uma grande vitória para o ordenamento jurídico brasileiro e, consequentemente, a ampliação da justiça penal negociada.

O Acordo de Não Persecução Penal trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a justiça penal negociada, já que se trata de um acordo bilateral entre o membro do Ministério Público e o investigado, acompanhado de seu advogado, com a homologação do juiz

2. FLEXIBILIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no Código de Processo Penal (CPP) em seu artigo 28-A, por meio da Lei. 13.964/2019, conhecido como pacote anticrime, trata-se das condições em que será cabível ao membro do Ministério Público propor ao investigado uma solução alternativa no lugar da persecução penal.

No entanto, para que o membro do Ministério Público proponha o ANPP será feita uma análise da conduta criminal do investigado, com isso, feita à análise da conduta criminal do investigado e preenchido os requisitos estabelecidos no art.28-A, do Código de Processo Penal, fica o Parquet obrigado a oferecer ANPP, pois o ajuste constitui direito subjetivo do investigado.

O oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo membro do Ministério Público consiste na flexibilização da obrigatoriedade da ação penal pública (uma discricionariedade regrada), já que se trata de um poder-dever, em que o membro do MP avaliará se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto. Nesse sentido, se o acordo não for oferecido pelo membro do Ministério Público caberá ao órgão ministerial justificar expressamente o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal que, em regra, poderá ser após a provocação do investigado, passível de controle pela instância superior do MP (STJ, AgRg no HC 622527/SP, 2021).

Destarte, o Acordo de Não Persecução Penal é uma solução consensual nova em nosso ordenamento jurídico brasileiro que muito se assemelha ao plea bargain, adotado pelo sistema criminal dos Estados Unidos da América (EUA), no qual as partes por meio de negociação (justiça consensual) chegam a uma solução ou uma possível resolução do processo. Com isso, poderá a pena privativa de liberdade ser aplicada a pessoa apontada pelo crime, mas para isso a pessoa tem a opção de assumir a culpa (plea guilty) ou aceitar a condenação.

No entanto, diferentemente do que ocorre no Acordo de Não Persecução Penal, a pessoa não precisa se declarar culpada (no contest ou nolo contendere ou alford plea), para que o Ministério Público se comprometa a não fazer a acusação por um crime ou recomendar ao juiz os termos da sentença (berman 2020).

Assim como no sistema estadunidense, no qual mais de 90% dos delitos são resolvidos com o *plea barning*, o Acordo de Não Persecução Penal aplicado no Brasil segue

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

o mesmo caminho, visto que ANPP, em apenas quase 2(dois), de sua aplicabilidade já é amplamente utilizado pelos membros do Ministério Público, observa-se isso através do Sistema Único/MPF- atualizado até 06/04/2021, com base nos dados fornecidos em relação ao crime de contrabando e descaminho, o ANPP foi proposto 2370 vezes no ano de 2021, isso até o mês abril, com base nos números é possível mensurar a quantidade de casos resolvidos sem a necessidade de movimentar a máquina pública através de uma ação penal convencional.

3. O CONTEXTO HISTÓRICO E NOÇÕES GERAIS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Não há como falar sobre o Acordo de Não Persecução Penal, que foi instituído por meio do pacote anticrime (Lei 13964/19), sem fazer uma breve retrospectiva a respeito do Direito Penal Negociado, instituto amplamente utilizado em países mais desenvolvidos nessa matéria de direito, à exemplo de Inglaterra (Plea of guilty), Estados Unidos da América (Plea Bargaining), Alemanha (Absprache), França (Plaider Coupable) e Itália (Patteggiamento). Apesar dos referidos países utilizarem sistemas de direito divergentes, sejam eles common law e civil law, em ambos existe o instituto da justiça negociada, onde na *common law* é utilizado de forma mais abrangente, de modo que a maioria dos casos julgados são baseados nesse sistema, já nos países em que vigora a *civil law*, o sistema de justiça negociada é utilizado para crimes considerados de menor potencial ofensivo, cujas penas sejam mais brandas.

Ao observar o cenário caótico em que se encontra o sistema judiciário brasileiro, repleto de processos tratando de crimes de menor potencial lesivo à sociedade, e o sistema prisional brasileiro, superlotado e repleto de condenados por crimes considerados "insignificantes", os doutrinadores debruçaram-se sobre a justiça negociada e sua aplicação no sistema penal brasileiro, de forma a buscar uma solução para reduzir essa problemática e simplificar o processo, almejando a obediência ao princípio da celeridade processual, e consequentemente estabelecendo a aplicação de penas alternativas, sem que houvesse a necessidade de um processo longo e moroso, que por vezes causava até mesmo a prescrição da pretensão punitiva pela demora em julgar o caso.

A ideia de que a justiça negociada fosse implementada em nosso sistema jurídico era imprescindível, e defendida por autores como ROSA e LOPES JÚNIOR, ao afirmarem que: "Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais.", evidenciando a resistência de alguns juristas para a implementação do instituto.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Diante de tal necessidade, em busca de uma solução rápida e eficaz, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução de nº181/17, que estabeleceu pela primeira vez a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, através de seu art. 18, dispondo que:

> "[...] Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...]"

Com o estabelecimento da previsão do ANPP pelo CNPM, surgiu no meio jurídico o debate a respeito da legalidade e constitucionalidade desse dispositivo, entretanto, são temas que serão debatidos mais adiante no presente trabalho.

Ao observar-se a resolução instituída pelo CNPM, foi possível constatar a utilização do direito comparado como inspiração à norma, à exemplo do instituto do *Plaider Coupable,* instituído no direito Francês em 2004, que estabelece que "Sua aplicação será restrita ao indivíduo que seja maior de idade e que tenha cometido delito com pena que não exceda a cinco anos de prisão, onde este deverá reconhecer previamente sua culpa perante o promotor, no qual o papel do juiz é apenas de homologar ou não a decisão do acordo gerido pelo promotor.". Com isso, nota-se a similaridade nos termos do instituto de direito Francês com os termos do Acordo de Não Persecução Penal implementado no Brasil.

3.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Destaque-se que o Acordo de Não Persecução Penal é uma espécie de justiça negociada ou justiça consensual. Com isso, a ideia de trazer uma justiça consensual ao ordenamento jurídico brasileiro surgiu, primeiramente, com a inserção da Lei.9.099/95 (lei dos juizados especiais), no intuito de proporcionar uma melhoria ao processo penal, no entanto, a atuação dos institutos trazidos pela lei dos juizados giram em torno dos delitos de baixo potencial ofensivo.

Nesse contexto, tornou-se imprescindível a inserção de um instituto que estipulasse medidas alternativas que abrangesse os crimes de médio potencial, visto que mesmo existência de uma justiça consensual voltada aos delitos de baixo potencial ofensivo o judiciário ainda se encontrava lento e encharcado de processos de médio potencial ofensivo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Outrossim, Lopes Júnior (2021) defende que se fosse feito um estudo acerca dos tipos penais que integram o sistema brasileiro mais de 70% (setenta por cento) deles seriam passíveis de negociação ou acordo.

Logo, o Acordo de Não Persecução Penal tomou forma, com vistas a dar uma maior celeridade ao trâmite processual, conforme o exposto na resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público:

> Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos cas mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral [...] (CNMP, 2017, p. 2).

Contudo, o Acordo de Não Persecução Penal trazido pela resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, sofreu severas críticas em relação a sua constitucionalidade, já que o ANPP está relacionado a matéria de Direito Processual Penal, matéria de competência privativa da União, como previsto no art.21 da Constituição Federal de 1988, com isso, duas Ações Direta de Inconstitucionalidade foram propostas para atestar a inconstitucionalidade da referida resolução, que de fato era inconstitucional. Diante disso, o ANPP no ano de 2019, foi introduzido no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, introduzido por meio da Lei. 13.964/2019 conhecida como Pacote Anticrime.

4. JUSTIÇA NEGOCIAL CRIMINAL

A justiça negocial criminal é um instrumento de política criminal que está tomando forma mundialmente, possui como objetivo evitar o encarceramento daqueles que cometeram um delito de menor potencial ofensivo ou um crime de médio potencial ofensivo, através da estipulação de um acordo, também chamando de negócio de jurídico bilateral, tendo como intuito afastar aplicação ou cumprimento da pena, mediante determinados requisitos e condições.

4.1 JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A Lei.9.099/1995 trouxe a criação do JECRIM (juizados especiais criminais), objetivando reduzir o número de processos que são levados ao Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, facilitar o acesso do povo à justiça. Ademais, a Lei.9.099/95, trouxe duas novas modalidades para resolução de conflitos, sendo as seguintes: a transação penal, consiste em um acordo firmado entre o réu e o Ministério Público, em que o acusado aceita

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

cumprir a pena antecipada de multa ou restrição de direitos e o processo é arquivado e; suspensão condicional do processo, consiste em evitar a instauração da ação penal mediante o cumprimento de medidas alternativas impostas ao autor do fato por um período determinado.

Nesse contexto, temos o resumo da Lei. 9.099/95 por Aury Lopes junior:

> Sem dúvida, a Lei n. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descarceradoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência. Mas, principalmente, marcou o ingresso do "espaço negocial" no processo penal brasileiro, que só tende a ampliar, basta acompanhar as propostas discutidas no âmbito da reforma do CPP. (Lopes Junior, Aury Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Cap 3.6.1).

De tal forma, que a Lei 9.099/95 representa o marco inicial da justiça penal consensual no ordenamento jurídico brasileiro, que nada mais é do que a resolução de conflitos por meio de medidas alternativas despenalizadoras e descarceradoras.

O acordo de Não Persecução Penal muito se assemelha aos intuitos da Lei.9.099/95, no entanto a referida lei se limita aos delitos com pena inferior a 2 (dois) anos e multa, enquanto o ANPP abrange os crimes de médio potencial ofensivo, que são os crimes inferiores a 4 anos. No entanto, assim como os institutos da Lei.9.099/95 o ANPP também traz o modelo de justiça consensual.

5. APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal é regulamentado pela Lei. 13.964/2019, é aplicável nos seguintes casos: quando não constituir hipótese de arquivamento, existência de confissão formal e circunstanciada da infração penal, por escrito e detalhando as circunstâncias em que ocorreu o crime (Avena 2020; o cometimento do crime não pode ter sido feito mediante violência (real, imprópria e presumida) ou grave ameaça, sendo o crime culposo e resultando a ofensa à integridade física da vítima, incide a vedação, uma vez que, nesses casos, o resultado é involuntário, não desejado e nem aceito (AVENA, 2020); a pena deve ser inferior a 4 (quatro) anos (não é pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, é pena inferior a 4 (quatro) anos) levando em consideração as causas de aumento e diminuição de pena, caso sejam aplicáveis, para a incidência das causas de aumento serão aplicadas abstratamente o "aumento mínimo" previsto em lei, por outro lado, em que caso de diminuição, será aplicada a diminuição máxima e; o acordo deve ser necessário e

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

suficiente para a reprovação do crime, pode ser celebrado com inimputáveis, observado o regime de tomada de decisões apoiada e desde que seja claramente vantajosa a proposta (CABRAL, 2020).

> Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência).

Nesse contexto, surgem determinados questionamentos em relação à obrigatoriedade de atuação do membro do ministério público. Para esse questionamento existem 3 correntes, sendo as seguintes: o ajuste constitui direito subjetivo do acusado, logo deve ser oferecido; o oferecimento constitui condição de procedibilidade da ação penal e; a proposta de acordo constituem faculdade do membro do MP, trata-se de um poder dever, uma discricionariedade regrada que deverá, apenas, apreciar se o instrumento será necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

Um dos temas mais discutidos que gira em torno do ANPP é a flexibilização da obrigatoriedade da ação penal pública, a discricionariedade regrada dada ao membro do Ministério Público. Para tanto, prevalece na doutrina e na jurisprudência (STJ, AgRg no HC 622527/SP, 2021) que o Acordo de Não de Persecução Penal é uma modalidade de justiça negociada, logo, deve ser aplicado o mesmo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito da transação penal e da suspensão condicional do processo, visto que ambos possuem objetivos semelhantes, por exemplo, despenalizar, logo se trata de um poder-dever e não de um direito subjetivo, nesses casos.

Naturalmente, se preenchidas as condições objetivas, deve o Ministério Público fundamentar o não oferecimento do acordo, conforme observa-se:

> caberá ao órgão ministerial justificar expressamente o não oferecimento do ANPP, o que poderá ser, após provocação do investigado, passível de controle pela instância superior do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal - AgRg no HC 622527 / SP, 2021).
>
> § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

5.1 IMPEDIMENTOS DA APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Constituem impedimentos à celebração do acordo:

> I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

No caso do inciso II, a situação de habitualidade ou contumácia, "poder ser comprovada por simples certidão de antecedentes criminais, não necessariamente exige que existam condenações anteriores, podendo ser deduzida a partir de uma sequência de inquéritos ou processos ainda em andamento ou, até mesmo, pela natureza do crime investigado (AVENA, 2020). Ou seja, aqueles que respondem a processos criminais em curso, ainda não poderão ser beneficiados com o acordo, exceto se os processos indicarem habitualidade, reiteração ou profissional na prática delitiva.

Outrossim, é valido ressaltar que no inciso IV é colocado apenas crimes, excluindo as contravenções penais, no entanto, assim como na transação penal e na suspenção condicional do processo, não cabe o ANPP nas infrações penais praticadas no âmbito domes ou familiar, ou praticadas contra a mulher em razões de sexo feminino, em favor do agressor

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, é válido enfatizar que a violência doméstica não prescinde de moradia conjunta, basta que o autor do fato e a ofendida convivam, não importando se existe ou não relação de natureza familiar. Por outro lado, a violência familiar necessita de um elo de ligação, seja ele um vínculo de parentesco ou por afinidade (casamento e união estável), ainda nesse sentido, a violência praticada contra a mulher por razões do sexo feminino independe do crime que fora cometido, em nenhuma hipótese aplicará o ANPP.

6. CONCLUSÃO

Infere-se do presente artigo a importância da justiça negociada no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a crescente de processos criminais que tramitam por anos em tribunais até o julgado do caso. No entanto, com o advento do pacote anticrime e a inserção do Acordo de Não Persecução Penal foi possível amenizar a problemática de ações penais excessivas e desnecessárias, de maneira que a justiça negociada venha antes da persecução penal, onde as partes buscam a resolução do problema sem a necessidade de mover todo o sistema judiciário.

Nesse sentido, o ANPP demonstra ser uma excelente maneira de desafogar a justiça criminal, tendo em vista o benefício mútuo para o Estado, que é poupado de processos desnecessários e de gastos decorrentes dele, e para o beneficiado, que é punido sem ser estigmatizado, dando-lhe assim mais oportunidades na sociedade.

7. REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. Acordo de Não Persecução Penal. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/acordo-de-nao-persecucao-penal/. Acesso em: 10 nov. 2021.

AVENA, Norberto. Processo penal. 12. ed.São Paulo: MÉTODO, 2020.

BLOG MEGE.10 Perguntas e respostas sobre o Acordo de Não Persecução Penal. Disponível em: https://blog.mege.com.br/10-perguntas-e-respostas-sobre-anpp-prof-rafhael-nepomuceno-2/. Acesso em: 17 nov. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal. Salvador: Juspodivm, 2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 27ª. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime. JusPODIVM, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

CONJUR. Aspectos do acordo de não persecução penal. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/matos-rebello-aspectos-acordo-nao-persecucao-penal. Acesso em: 17 novo.2021.

CONJUR. Pedro Monteiro. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal. Acesso em: 28 nov.2021.

DIREITO NET. Acordo de não persecução penal. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal#:~:text=Em%20resumo%2C%20quanto%20aos%20incisos,como%20instrumentos%2C%20produto%20ou%20proveito. Acesso em: 15 nov. 2021.

ESTRATÉGIA CONCURSOS. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)-qual o papel do juiz?. Disponível em: https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/acordo-de-nao-persecucao-penal-anpp-qual-o-papel-do-juiz/. Acesso em: 16 nov. 2021.

FDCL NOTÍCIAS. Acordo de não persecução penal: uma análise acerca de sua natureza jurídica. Disponível em: https://fdcl.com.br/site/acordo-de-nao-persecusao-penal-uma-analise-acerca-de-sua-natureza-juridica/. Acesso em: 20 nov. 2021.

JUSBRASIL. O Acordo de Não Persecução Penal e o Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal: entenda de forma didática o futuro do Processo Penal. Disponível: https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/680772856/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-acordo-de-nao-continuidade-da-persecucao-penal-entenda-de-forma-didatica-o-futuro-do-processo-penal. Acesso em: 21 nov. 2021.

Junior, Aury Lopes . Pacote anticrime: um ano depois (p. 136). Edição do Kindle.

JUSBRASIL. O Acordo de Não Persecução Penal. Disponível em: Acordo de não persecução penal (jusbrasil.com.br) . Acesso em: 20 nov. 2021.

LOPES, Vinícius Basso; FARACO NETO, Pedro. **Acordo de não persecução penal – a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual.** Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/448 Acesso em: 22 de nov. de 2021.

NÓBREGA, FLAVIO HENRIQUE DE OLIVEIRA. SÉRIE RESUMOS: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: Saiba o essencial sobre o acordo de não persecução penal segundo a doutrina e jurisprudência (p. 7). Edição do Kindle.

Silva Júnior, Walter Nunes da; Hamilton, Olavo; Melo, Caio Vanuti Marinho de ; Pinto, Fernando Wallace Ferreira; Souza, Gabriel Lucas Moura de; Reinaldo, Guilherme de Negreiros Diógenes; Farias, Maria Beatriz Maciel de; Freire, Natália Galvão da Cunha Lima. Pacote anticrime: Temas relevantes (p. 209). Edição do Kindle.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS A LUZ DA LEI DO SINASE NA CIDADE DE IMPERATRIZ-MA

ALLYNE GABRIELA COELHO WERNEK: Graduanda em Direito na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA/UNISULMA [12]

MARIA DOS REIS RIBEIRO GUIDA

(orientadora)[13]

RESUMO: Antigamente as crianças e os adolescentes não possuíam direitos e nem deveres previstos em lei, entretanto com a edição do Código de Menores, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo SINASE, essa situação mudou e elas se tornaram sujeitos de direito, tendo agora leis que lhes proporcionam direitos e garantias fundamentais necessárias. O SINASE Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo já é mais focado nas medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei, medidas essas na quais algumas privam o adolescente de sua liberdade, e outras não. Essas medidas são aplicadas de acordo com o ato infracional cometido por eles, mas sempre colocando seus direitos em primeiro lugar. Possuem o objetivo de reeducar os adolescentes autores de atos infracionais, tornando-os aptos para retornar ao convívio com a sociedade. Entretanto nem sempre tem a assistência necessária para conseguir realmente uma ressocialização, portanto o presente artigo trata sobre como funciona o atendimento a esses adolescentes, e quais as deficiências que existe na execução dessas medidas, utilizando vários procedimentos metodológicos para conseguir um bom resultado, sendo assim é uma pesquisa descritiva, exploratória, bibliográfica, quanti-qualitativa, onde também foi realizado um estudo de campo trazendo a realidade e mostrando as deficiências das unidades da FUNAC de Imperatriz-MA.

Palavras-chave: Direito. Adolescente. Medidas. Socioeducativas. SINASE.

ABSTRACT: In the past, children and adolescents did not have rights or duties provided for by law, however with the enactment of the Minors' Code, with the advent of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, the Statute of Children and Adolescents and the National System of SINASE Socio-educational Service, this situation

12 Graduanda em Direito na Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – IESMA/UNISULMA. E-mail: allynewernek@gmail.com

13 Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL - Universidade de Santa Catarina. E-mail: mreisguida@hotmail.com

has changed and they have become subjects of law, now having laws that provide them with the necessary fundamental rights and guarantees. The SINASE National System of Socio-educational Assistance is already more focused on socio-educational measures aimed at adolescents in conflict with the law, measures in which some deprive adolescents of their freedom, and others do not. These measures are applied according to the infraction committed by them, but always putting their rights first. They have the objective of re-educating teenagers who commit infractions, making them able to return to socializing with society. However, it does not always have the necessary assistance to really achieve resocialization, so this article deals with how the care for these adolescents works, and what deficiencies exist in the execution of these measures, using various methodological procedures to achieve a good result, thus is a descriptive, exploratory, bibliographical, quantitative-qualitative research, where a field study was also carried out bringing the reality and showing the deficiencies of the FUNAC units in Imperatriz-MA.

Keywords: Right. Adolescent. Measurements. Socio-educational. SINASE.

1.INTRODUÇÃO

Historicamente, em alguns casos, as crianças e os adolescentes eram considerados objetos de relações jurídicas e representavam apenas aquilo que fosse de utilidade para o Estado, como em Esparta, por exemplo, que era conhecida por seus guerreiros, lá os pais eram os chefes das famílias e tinham seus filhos como propriedades, os pais transferiam para o Estado todo e qualquer poder que tinham sobre a vida do filho, e Esparta passava a ter esses adolescentes como parte de seu patrimônio, para que eles treinassem e se tornassem seus novos guerreiros, assim servindo ao Estado.

O Código de Menores, de 12 de outubro de 1927, foi um avanço na proteção das crianças e dos adolescentes e determinou que a maioridade penal fosse de 18 (dezoito) anos. Depois veio a Constituição Federal de 1988 com seu artigo 227, tratando sobre os direitos e garantias fundamentais dos mesmos. E para garantir uma eficácia maior na aplicação desses direitos, surgiu o ECA Estatuto da Criança e do Adolescente, principal instrumento normativo do Brasil sobre os direitos da criança e do adolescente e foi responsável pela decretação da proteção integral, tornando-os finalmente sujeitos de direito, onde no mesmo está decretada às medidas socioeducativas.

Após o ECA Estatuto da Criança e do Adolescente, veio o SINASE, Sistema de Atendimento Socioeducativo, tratando sobre os deveres dos adolescentes, regulamentando as medidas socioeducativas prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, medidas essas que são destinadas aos adolescentes que praticam atos infracionais. O SINASE surgiu como uma forma de realmente colocar em prática essas medidas, que podem ser em meio aberto, não privando o adolescente de sua liberdade, como a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviço à comunidade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

e a liberdade assistida, como também as medidas privativas de liberdade, como a medida de semiliberdade e a medida socioeducativa de internação.

Portanto o presente artigo tem o objetivo de mostrar como é aplicada cada uma dessas medidas socioeducativas partindo da lei 12.594 Lei do SINASE, descrevendo sobre essas medidas, explorando também outros meios de conseguir informações novas sobre o assunto, utilizando materiais já elaborados, como doutrinas, artigos científicos e leis e objetivando mostrar algumas deficiências encontradas na aplicação dessas medidas, seja na execução, no tempo para determinar a sentença, ou até mesmo na estrutura física de cada unidade em que esses adolescentes se encontram, por meio de um estudo de campo, observando o ambiente e entrevistando, e se enquadra também em uma pesquisa quanti-qualitativa, pois se utiliza de números para explicar o fenômeno estudado.

2.CRIANÇAS E ADOLESCENTES SUJEITOS DE DIREITO

No decorrer dos anos com a criação de leis direcionada as crianças e aos adolescentes, houve uma evolução no tratamento destinado a eles, onde antigamente não eram considerados cidadãos, hoje possuem direitos próprios, leis decretando sua proteção integral e deixando claro que eles gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. A introdução dessas leis no campo jurídico os tirou de um lugar em que os mesmos eram considerados propriedade dos pais e os tornaram em sujeitos de direito. (NAKAMURA, 2019)

2.1 Noções gerais da proteção da Criança e do Adolescente na Constituição Federal de 1988 e no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente).

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 trata sobre os direitos e garantias fundamentais das crianças e dos adolescentes, deixa claro que os mesmos são responsabilidade tanto da família, quanto da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988). Sem dúvida alguma isso foi um grande avanço, pois no passado os filhos eram objetos de relações jurídicas e representavam apenas aquilo que fosse de utilidade para a sociedade e para o Estado. Portanto o artigo citado fez com o que as crianças e ao adolescente adquirissem um grande espaço na sociedade.

Porém em 13 de julho de 1990 surgiu a ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), regulamentando o artigo da CF, onde esse novo sistema tinha o objetivo de focar ainda mais nesses adolescentes complementando e enriquecendo o artigo 227 da Constituição Federal. O ECA foi o responsável pela decretação da proteção integral, tornando-os finalmente sujeitos de direitos e é o principal instrumento normativo do Brasil sobre os direitos da criança e do adolescente. (FERREIRA, MOURA, MORGADO, GRYNER, BRANCO, 2020)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Tanto a Constituição Federal quanto o ECA, determinam que quando um adolescente apresenta um comportamento que vai contra as leis, são considerados atos infracionais e não podem ser punidos como os adultos, suas punições precisam ser de forma educativa, para que esses adolescentes tenham a consciência de que tais atos são irregulares e que no futuro isso pode prejudicá-los, e então eles são punidos com medidas socioeducativas. (BRASIL, 1990)

O artigo 112 do ECA é relacionado exatamente a essas medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes autores de atos infracionais, porém por mais que o ECA já fosse uma complementação do artigo 227 da Constituição Federal, foi necessário um reforço a mais para realmente fazer cumprir tudo o que estava previsto na lei, apesar das leis serem bastante claras, na prática as coisas não aconteciam como o esperado, as medidas socioeducativas não funcionavam como deveriam e as chances desses adolescentes se tornar adultos criminosos eram enormes.

3. SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO - SINASE

A Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012, conhecida como Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), surgiu com a finalidade de colocar em prática o que estava previsto no art. 227 CF e no ECA, determinando a execução das medidas designadas aos adolescentes que pratiquem atos infracionais. Em seu artigo 1º, § 1º, explica que o SINASE é um conjunto de princípios, regras e critérios que realizam a aplicação das medidas socioeducativas. SINASE. (BRASIL, 2012)

3.1 Medidas Socioeducativas

As medidas socioeducativas aplicadas pela Lei do SINASE estão previstas no art. 112 do ECA, elas são aplicadas mediante sentença dada pelo juiz como uma repreensão, aos adolescentes de 12 a 18 anos incompleto, mas com o intuito de reeducar os adolescentes que praticam atos infracionais, com o objetivo de que eles não voltem a praticar tais atos (COSTA, 2020). Portanto utilizam técnicas objetivando a proteção integral dos adolescentes e sua volta à sociedade. Elas são divididas em dois grupos, medidas não privativas de liberdade e medidas privativas de liberdade.

Durante a execução dessas medidas socioeducativas, haverá um acompanhamento e uma avaliação, verificando se há o cumprimento das metas estabelecidas, com o intuito de contribuir para o aperfeiçoamento do atendimento socioeducativo, no final da avaliação é elaborado um relatório especificando como ocorre o atendimento e caso precise, algumas recomendações também são feitas. Essas avaliações são enviadas aos Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares e ao Ministério Público. (BRASIL, 2012)

3.1.1 Medidas não privativas de liberdade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

As medidas não privativas de liberdade são aquelas que como o próprio nome já diz, não priva os adolescentes autores de atos infracionais de sua liberdade, eles precisam realizar algumas atividades pedagógicas, entretanto depois não precisam ficar reclusos em um local específico afastado da sociedade. (MENEZES, 2017)

Para (SOUSA, 2021) as medidas não privativas de liberdade, que são as medidas em meio aberto, devem ser priorizadas na hora da sentença, pois na visão dela, essas medidas possuem mais eficácia, desde que seja aplicada adequadamente, pois permite que o adolescente conviva com a família, fortalecendo os vínculos familiares e tenha contato com a sociedade.

3.1.1.1 Advertência

A primeira medida socioeducativa não privativa de liberdade é a Advertência, é uma das mais tradicionais na história do Brasil, que seria como uma repressão judicial aplicada pelo juiz da Infância e Juventude destinada ao adolescente que praticou um ato infracional de menor potencial ofensivo, portanto a punição é a mais leve, com o objetivo de educar e esclarecer para os adolescentes quais as consequências de seus atos infracionais, orientando o mesmo a mudar o seu comportamento (OLIVEIRA, 2018). Esta medida está prevista no art. 115 do ECA, com o seguinte texto "Art. 115. A advertência consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada." (BRASIL, 1990)

Essa medida também é utilizada como uma forma de impedir que haja um processo judicial, evitando assim também situações constrangedoras para os adolescentes, a mesma é aplicada como uma forma de repreensão verbal, destinada aos adolescentes que praticaram alguns atos infracionais como pequenos furtos, agressões leves e vadiagem, que são considerados infrações de pequena gravidade. (SILVA, 2018)

3.1.1.2 Obrigação de reparar o dano

A segunda medida que não priva o adolescente de sua liberdade é a obrigação de reparar o dano, uma das menos usadas, que nada mais é que fazer o adolescente restituir o bem, se não for possível ele terá que ressarcir de alguma forma a pessoa que foi vítima do ato infracional realizado por ele, sempre que esse ato gerar prejuízos a alguém, essa será a medida ideal para punir o adolescente, a mesma está prevista no art. 116 do ECA.

> Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. (BRASIL, 1990)

Essa medida é baseada no principio da restituição integral, e caso não seja possível à restituição ou o ressarcimento do bem, o adolescente deverá encontrar outra forma de

compensar a vítima pelo dano sofrido. Além de reparar o dano causado a vítima, é uma forma de conscientizar o adolescente despertando nele um senso de responsabilidade. (SILVA, 2021)

3.1.1.3 Prestação de serviço à comunidade

Outra medida socioeducativa não privativa de liberdade é a prestação de serviço à comunidade, é uma medida em meio aberto, onde os adolescentes continuarão tendo sua vida normal, convivendo com seus amigos e familiares, entretanto realizarão algumas atividades gratuitas em diversas entidades de assistência educacional, hospitalares e congêneres por um período não superior a seis meses. (BRASIL, 2012)

Essas atividades serão direcionadas aos adolescentes de acordo com suas aptidões, nível de instrução e formação, as mesmas deverão ser realizadas durante oito horas semanais, em dias úteis, finais de semana e feriados, desde que não atrapalhe sua vida escolar ou sua jornada de trabalho. Se o adolescente tiver um bom aproveitamento durante a execução da medida, ele pode ser desligado da mesma antes de completar o período máximo (OLIVEIRA, 2018). Essa medida está prevista no art. 117 do ECA.

> Art. 117. A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente há seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.
>
> Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho. (BRASIL, 1990)

Como todas as outras medidas, a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade, é direcionada aos adolescentes de forma pedagógica, não é qualquer uma que se enquadra como prestação de serviço a comunidade, elas são escolhidas com o intuito ajudar os adolescentes a descobrirem do que gostam e que tipo de atividade possa ser de grande utilidade para o seu futuro. Portanto a escolha é baseada de acordo com o perfil do adolescente escolhendo sempre aquela que possui a capacidade de proporcionar conhecimento e desenvolvimento a eles. (NOVAES, 2018)

3.1.1.4 Liberdade assistida

Previsto nos art. 118 e 119 do ECA, a liberdade assistida é uma outra medida socioeducativa que não priva o adolescente de sua liberdade, essa medida consiste na

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

orientação realizada através de um assistente social que poderá inserir os adolescentes em programas comunitários de auxilio assistência social, supervisionar seu desenvolvimento, contribuir para sua inserção no mercado de trabalho (OLIVEIRA, 2018). Essa medida não afasta o adolescente de seu convívio familiar, entretanto possui duração mínima de seis meses, podendo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida.

> Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.
>
> § 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.
>
> § 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvida o orientador, o Ministério Público e o defensor.
>
> Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:
>
> I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
>
> II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;
>
> III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
>
> IV - apresentar relatório do caso. (BRASIL, 1990)

Esses profissionais que acompanham os adolescentes são de diferentes áreas do conhecimento, e são designados pela autoridade judicial e recomendados por entidades ou programas de atendimento, além de acompanhar, eles orientam e auxiliam em vários âmbitos de sua vida, como na escola, na família, no trabalho e na comunidade. Esses encontros entre adolescente e orientador, devem ser realizados três vezes na semana, conforme disposto na lei do SINASE. (BRASIL, 2012)

3.1.2 Medidas privativas de liberdade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

As medidas privativas de liberdade são aquelas que de alguma forma priva os adolescentes autores de atos infracionais de sua liberdade, podendo ser de forma parcial, onde o adolescente poderá sair para realizar algumas atividades pedagógicas ou total, saindo apenas quando necessário, quando não tiver como resolver o problema dentro da própria unidade, sempre com o objetivo de ressocializar e nunca infringindo seus direitos previsto na lei. (SALAS e COSTA, 2018). Essa medida que priva o adolescente de sua liberdade deve ser utilizada como ultima alternativa, e caso seja a escolhida, deve ser aplicada ao adolescente com o menor tempo possível, para que não cause uma aflição muito grave a eles. (FERNANDES, 2018)

3.1.2.1 Semiliberdade

A medida de semiliberdade prevista no art. 120 do ECA, é uma medida privativa alternativa do regime de internato, que priva apenas parcialmente a liberdade do adolescente, mantendo contato com a sociedade apenas em alguns momentos, é também como um modelo similar ao regime semiaberto destinado aos imputáveis. Essa medida permite o contato do adolescente com o meio externo, obrigando os adolescentes a frequentar a escola e a realizar atividades profissionalizantes, porém precisam voltar à entidade para dormir. (SILVA, 2019)

A medida de semiliberdade além de ressocialização tem também como finalidade contribuir para fortalecer as relações dos adolescentes com a família e estimular o senso de responsabilidade do mesmo, por esse motivo, em suas saídas para a realização das atividades, a vigilância é a mínima possível, e não existe um aparato físico para evitar a fuga deles, exatamente para avaliar sua aptidão para ser reinserido na comunidade.

> Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.
>
> § 1º São obrigatórias à escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.
>
> § 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação. (BRASIL, 1990)

Durante o período de cumprindo máximo da medida de semiliberdade, lembrando que não pode exceder três anos, a cada seis meses serão realizados algumas avaliações periódicas com os adolescentes, onde poderá ser sugerida a progressão para o

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

cumprimento em meio aberto ou até mesmo seu desligamento definitivo do programa, desde que ele tenha cumprido todas as fases e seja comprovado que o mesmo esteja apto para conviver em sociedade novamente. (OLIVEIRA, 2018)

Da mesma forma, a equipe interdisciplinar poderá sugerir a regressão da medida socioeducativa de semiliberdade para a medida de internação caso o adolescente tenha praticado algum ato infracional durante essas saídas, ou não esteja cumprindo as regras do programa, porém, para que essa regressão de uma medida para a outra ocorra, antes ele deverá ser ouvido, para que possa apresentar sua defesa.

3.1.2.2 Internação

E por último e não menos importante, a Internação, prevista nos artigos 121 aos 125 do ECA, essa medida socioeducativa é também uma medida privativa de liberdade, considerada a medida mais grave em relação às outras, onde será permitido à realização de atividades externas, obriga os adolescentes a frequentar a escola e a realizar atividades profissionalizantes, não possui prazo determinado, entretanto o período máximo de internação não poderá ir além de três anos e serão reavaliados a cada seis meses, se chegar aos três anos internado, o adolescente deverá ser liberado e colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida e a liberação será compulsória aos vinte e um ano de idade. (MIRANDA e PAIVA, 2021)

A medida socioeducativa de internação só poderá ser aplicada quando o ato infracional cometido pelo adolescente for de grave ameaça, violência à pessoa, ou por cometer novamente uma infração grave, caso haja outra medida socioeducativa adequada para o caso, o adolescente não poderá ser internado. Dentro do local onde o eles ficam internados, serão obrigados a realizar atividades pedagógicas e serão divididos de acordo com a idade, compleição física e gravidade da infração. Esses adolescentes possuem deveres e também direitos, direitos esses no quais estão previstos no art. 124 do ECA. (OLIVEIRA, 2018)

O programa de atendimento será responsável por administrar as visitas destinadas a esses adolescentes, estabelecerá quem poderá entrar, quais os dias, os horários e quanto tempo passar lá dentro, os casados ou que convive em união estável, possui direito de ter visita íntima, no caso dos que possui filhos, eles poderão recebê-los independente de sua idade, porém será barrada entrada de alguns tipos de objetos estabelecido pelos gestores, previsto no art. 67 ao art. 70 da Lei 12.594/2012, Lei do SINASE.

4.METODOLOGIA

O presente artigo, quanto ao tipo, se classifica como descritivo, pois foi feito uma descrição sobre o fenômeno estudado, que são as medidas socioeducativas aplicadas aos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

adolescentes autores de atos infracionais e além de descritiva, é também exploratória, pois contém dados novos a partir da pesquisa de campo realizada nas instituições que esses adolescentes se encontram.

Quanto aos procedimentos técnicos, se classifica como uma pesquisa bibliográfica, pois foi baseado em materiais já elaborados, como doutrinas, artigos científicos e normativos legais. O artigo se classifica também como estudo de campo com observação direta, pois além da entrevista, o ambiente da instituição também foi observado.

Quanto ao método de abordagem, foi utilizado o método dedutivo, pois a pesquisa partiu de teorias e leis gerais para a ocorrência de fenômeno particular. E por fim, quanto à análise de dados, é uma pesquisa quanti-qualitativa, pois além de uma análise teórica, foram utilizados números para explicar o fenômeno estudado.

5.PESQUISA DE CAMPO REALIZADA

Para realizar o objetivo da presente pesquisa, foram efetivadas três entrevistas com questionário aberto, aplicado aos diretores das três unidades da FUNAC existente na cidade de Imperatriz - MA, aqui identificado como entrevistado A o responsável da Unidade de Internação Provisória – CRRT, entrevistado B o responsável pela Casa de Semiliberdade, e o entrevistado C o responsável pela Unidade de Internação.

A Unidade de Internação Provisória, o adolescente só pode ficar lá por no máximo 45 (quarenta e cinco dias), de acordo com o entrevistado, assim que o adolescente chega, ele é ouvido pelo promotor, o juiz faz uma audiência de instrução e julgamento e tem essa quantidade de dias para poder dar uma sentença e direcionar o adolescente a unidade específica de acordo com o ato infracional cometido por ele, caso o juiz não dê a sentença nesse prazo, o adolescente deverá ser liberado pra família.

Unidade de Internação Provisória – CRRT possui 48 (quarenta e oito) servidores divididos em equipes, a equipe técnica, composta por advogado, assistente social, pedagoga, psicóloga e enfermeira, a equipe de educadores, formada por 2 (dois) supervisores e 8 (oito) educadores divididos por turno, tem a equipe da cozinha composta por cozinheiros e auxiliares, e a equipe gestora, formada pelo diretor, coordenador de segurança e coordenador de alimento e higiene.

De acordo com o entrevistado A, a unidade possui capacidade para 30 (trinta) adolescentes, entretanto no dia da entrevista só tinha 25 (vinte e cinco), a maioria com idade de 16 (dezesseis) e 17 (dezessete) anos, onde 2 (dois) possui o ensino médio, e os demais apenas o ensino fundamental. Desses que se encontram lá, 14 (quatorze) são de Imperatriz e os outros das cidades vizinhas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Umas das perguntas feitas ao entrevistado foram em relação à estrutura familiar do adolescente, e o uso de drogas, onde foi constatado que a maioria é de família bem carente, pais separados ou criados por avós, e que uma grande parte deles tem infratores na família servindo como influencia, e em relação às drogas, o entrevistado deixou claro com toda certeza que a maioria dos adolescentes que passam por lá são usuários e que a mais utilizada por eles é a maconha, pela facilidade pra conseguir e por ser a mais barata.

Durante o tempo que esses adolescentes ficam na unidade, eles possuem uma rotina semanal, na qual o entrevistado mostrou no dia da visita, onde têm aulas, atividades pedagógicas, visita da família entre outras atividades. Na unidade possui um complexo do colégio Vinicius de Morais para dar aula aos adolescentes, de acordo com seu nível de escolaridade, eles possuem dia de lazer, para praticar esporte, assistir filme, tudo de forma pedagógica, possui dia específico para ligar pra família, e as visitas dos familiares são realizadas na sexta. É permitida apenas a visita da família e em caso de adolescentes que possuem filhos, o mesmo pode ir independente da idade, como é o caso de dois adolescentes que estão lá e possuem filhos menores de 5 (cinco) anos.

No decorrer da entrevista, o entrevistado A contou que nos últimos anos a unidade está bem calma, os adolescentes possuem um bom comportamento durante os dias que ficam lá, respeitam os servidores e não é comum ter briga entre eles. Outra informação bem importante dada pelo entrevistado A, é o fato de não haver fugas e nem tentativas desde o ano de 2018.

A segunda unidade da FUNAC a ser visitada, foi à Casa de Semiliberdade, onde ficam os adolescentes que já passaram pela provisória e já tiveram sua sentença determinada, onde o juiz determinou a medida, sendo de privativa de liberdade. Durante a conversa, o entrevistado B contou como é divida as equipes que trabalham na casa, são 31 (trinta e um) servidores, divididos em equipe de coordenação, equipe técnica, equipe de educadores, equipe da cozinha, e um motorista.

As mesmas perguntas feitas na primeira unidade visitada foram feita também na casa de Semiliberdade, como em relação ao uso de drogas, que entre os adolescentes que lá estão à droga mais utilizada também é a maconha, pelos mesmos motivos, mais fácil de encontrar e mais barata que as demais, sobre a estrutura familiar é o mesmo caso, família carente, pais separados ou criados por avós, e com más influencias na família. A casa de Semiliberdade tem capacidade para 20 (vinte) adolescentes, entretanto no momento possui apenas 5 (cinco), o entrevistado B informou que eram 6 (seis) adolescentes, mas um deles foi para casa da família no final se semana e não voltou.

A maioria dos adolescentes que estão cumprindo medida lá, são por motivo de roubo, possuem idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos, e possui apenas o ensino fundamental, as vezes até incompleto. A Unidade de Semiliberdade é chamada de casa, e

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

realmente a estrutura do local é como uma casa e preza muito o convívio familiar, possui também uma grande semelhança com escolas, no local possui cartazes com frases motivacionais e pedagógicas e lá os adolescentes não fazem uso de uniformes.

Assim como a Unidade Provisória, também possui uma programação semanal, eles têm aula todos os dias, tem o dia específico para ligar para a família, dia de lazer na qual eles podem sair para jogar bola, ir ao cinema, ao teatro ou ao shopping, possui acesso à internet, e fazem alguns cursos profissionalizantes ofertados pelo Iema, que no momento está sendo o de barbearia, tem também o dia do devocional e momento de adoração realizada por igrejas católicas e evangélicas. E se caso tiver um bom comportamento pode receber como benefício uma ida a casa de sua família no dia do seu aniversário.

Como é uma casa de semiliberdade, os adolescentes ficam soltos lá dentro e podem sair para algumas atividades específicas como já foi mencionado, saem também para estudar, pois eles estudam em escolas fora da unidade e alguns também trabalham. Lembrando que em todas essas saídas do adolescente, a vigilância é mínima possível, para estimular o senso de responsabilidade e avaliar sua aptidão para a sua reinserção na sociedade. O dia a dia na casa é todo programado, eles possuem uma rotina na qual acordam às sete horas da manhã, arrumam seus quartos e vão tomar café, eles fazem 6 (seis) refeições diárias, e durante o decorrer do dia quando não estão trabalhando ou na escola, eles realizam as atividades pedagógicas da própria unidade.

Na casa de semiliberdade eles podem ir para casa da família toda sexta-feira para passar o final de semana, com a finalidade de contribuir e fortalecer a relação entre eles, os que moram na cidade tem mais facilidade para ir, entretanto os que moram nas cidades vizinhas precisam de passagem, onde normalmente é a família que arca com as despesas, mas como a maioria é carente, a unidade consegue fornecer para ir ao menos dois finais de semana por mês. Eles vão na sexta-feira e precisam retornar na segunda-feira, mas de acordo com o que o entrevistado B relatou, já houve casos de adolescentes que não voltaram e quando isso acontece, a unidade precisa acionar a polícia e comunicar a justiça.

Durante a conversa com o entrevistado B, foi comentado que atualmente lá na unidade tem um adolescente que possui transtorno mental e é homossexual, ele não recebe ligação da família e no final de semana que é destinado ao convívio familiar, ele permanece na unidade, pois a mãe não quer ter contato, por esse motivo o cuidado com ele é de certa forma é maior, ele possui mais atenção dos servidores e quando os outros saem no final de semana eles fazem o possível para que ele não se sinta sozinho.

De acordo com o relato do entrevistado B, nos anos de pandemia, principalmente em 2021, a casa estava com bastante adolescente, agora em 2022 houve uma queda muito grande no número de adolescentes cumprindo medida socioeducativa de semiliberdade, alguns foram liberados pra família por cumprir sua medida, outros foram transferidos para

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

a Unidade de Internação. Conta o entrevistado que esses adolescentes chegam dizendo que são de facções, mas durante o tempo que passam lá se comportam bem, às vezes rola desentendimento entre os meninos, mas de acordo com o entrevistado, nada muito grave.

A terceira e última unidade que foi visitada, foi a de internação, o entrevistado C explicou como é dividida as esquipes de servidores, equipe de coordenação, equipe técnica, equipe de higiene e alimento, e equipe de segurança, são duas equipes durante o dia e duas a noite, com um total de 61 (sessenta e um) servidores. A unidade é dividida em duas alas, Ala A e Ala B, cada uma com quatro alojamentos, a mesma possui capacidade para 30 (trinta) adolescentes, mas no momento possui apenas 28 (vinte e oito) internado. Lá eles usam uniformes e se intitulam como facções, PCC e CV, por esse motivo a divisão das alas.

Na Unidade de Internação estão os adolescentes que cometem os crimes mais graves, ou que possui várias passagens em outras unidades, ou até mesmo pela de internação, outro motivo pode ser também o histórico nas delegacias. A idade dos adolescentes que se encontram lá é entre 16 (dezesseis) e 18 (dezoito) anos, onde alguns possuem o ensino médio completo e outros apenas o ensino fundamental. O entrevistado C informou que desses 28 (vinte e oito) adolescentes, tem uns 4 (quatro) que só sabem escrever o nome.

Nessa unidade, eles podem ficar de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, o entrevistado C relatou que tem juiz que sentencia uma medida em aberto na qual não distingue a quantidade de tempo que o adolescente vai ficar lá, portanto o que vai decidir é seu comportamento dentro da unidade, pois são realizadas avaliações a cada 6 (seis) meses, e de acordo com o resultado dessas avaliações é que vai ser decidido se ele já pode ser liberado ou se vai continuar cumprindo medida por mais algum tempo.

Como nas outras unidades, na de internação também possui uma rotina na qual os adolescentes precisam seguir, eles mesmo que lavam seus alojamentos e suas cuecas, tem aula todos os dias também com o complexo do colégio Vinicius de Morais. Na segunda-feira é o dia de ligar para a família, eles tem 10 min de ligação, a quarta-feira é o dia de lazer deles, toda sexta-feira sai uma ala pra realizar atividades pedagógicas, eles praticam esportes e tem momentos de adoração com igrejas católicas e evangélicas.

Aos sábados são realizadas as visitas, alguns não recebem, pois é de família carente, moram longe e não tem condições financeiras de vir visitar, quando eles não podem comparecer, os adolescentes recebem o benefício de fazer uma chamada de vídeo com a família com duração de 10 (dez) minutos e aos domingos eles realizam algumas atividades pedagógicas, como o artesanato por exemplo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O Iema fornece cursos profissionalizantes para as unidades, os próprios adolescentes decidem se querem participar ou não, mas de acordo com o entrevistado C, a maioria aceita e gosta, os cursos ofertados no momento está sendo o de barbearia, manutenção de celular e palete, existe também o curso próprio da unidade, que é o de informática.

Na conversa com o entrevistado C, foi informado que a maioria dos adolescentes que estão cumprindo medida de internação, são usuários de drogas e que sempre possui algum parente que está preso ou já foi preso. Como já mencionado anteriormente, eles se intitulam como facções, PCC E CV, portanto a maioria das atividades realizadas por eles são separadas, mas o entrevistado deixou claro que em algumas situações eles tentam juntar as duas alas, para tentar uma aproximação e acabar com a rivalidade. Uma informação que não poderia faltar, é o fato de que a mais de 2 (dois) anos não possui fugas e nem tentativas, informação essa que foi apresentada pelo entrevistado C.

No dia da visita, fui convidada a voltar na unidade para assistir uma peça teatral encenada pelos adolescentes, além dos familiares deles, estavam presente também os gestores das demais unidades da FUNAC de Imperatriz, a comissão da criança e do adolescente da OAB, o coordenador da saúde mental do município, o representante da secretaria de educação de imperatriz, a assessora da vara da infância e o ministério público de Imperatriz. Teve duas apresentações relacionadas a historias da bíblia, na qual era perceptível a dedicação deles para fazer uma boa apresentação, onde ambas emocionaram quem estava assistindo.

Com base nas visitas realizadas e no questionário aberto aplicado aos entrevistados, foi feita algumas observações, e pelo o que foi visto, o atendimento em si é excepcional, os servidores possuem uma boa relação com os adolescentes, e estão a disposição sempre que precisam, entretanto, alguns pontos ainda precisam ser revistos. O atendimento a esses adolescentes possui algumas deficiências, problemas que precisam ser observados e resolvidos para que haja um bom resultado na aplicação dessas medidas.

A questão da estrutura das unidades, por exemplo, como fora destacada pelos entrevistados, os prédios em que estão localizadas as unidades, são alugados, um deles era uma escola, o outro uma casa, e em questão de estrutura física mesmo, deixa a desejar, pois os prédios são antigos, falta água com frequência, não possui espaço suficiente para realizar todas as atividades necessárias, os cursos que deveriam ser ofertados pelo governo, na verdade é pago pelas unidades, quanto a quantidade de servidores, que apesar de aparentar ser muito, esses adolescentes precisam de muito suporte, entretanto possui alguns servidores fazendo os serviços além do que é destinado a eles.

Foi informado também que existe um prédio próprio que está em construção, entretanto possui mais de 5 (cinco) anos que começou essa construção e até o momento

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ela não foi finalizada. De acordo com os entrevistados, lá funcionaria duas unidades, a Unidade Provisória e a Unidade de Internação, e em relação à estrutura física, lá iria suprir todas as necessidades dos adolescentes, pois foi moldada seguindo as normas estruturais estabelecidas pelo ECA e pelo SINASE.

6.CONCLUSÃO

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevê a proteção integral da criança e do adolescente, e o SINASE, prevê aplicação das medidas socioeducativas aos adolescentes autores de atos infracionais. O objetivo dessas medidas é reeducar esses adolescentes para que eles não pratiquem mais esses atos, e também preparar eles para o convívio com a sociedade lhes ofertando uma estrutura adequada e um atendimento que supra suas necessidades. Isso é o que está na lei, ou seja, a teoria, entretanto na prática possui algumas coisas que não vão de acordo com o que está previsto. A lei é bem clara quanto aos direitos dos adolescentes que estão cumprindo medidas socioeducativas, mas a execução dessas medidas em alguns pontos deixa a desejar. Com a presente pesquisa realizada, tanto bibliográfica quanto de campo, foi possível observar alguns aspectos de grande importância.

Na pesquisa de campo, onde pude entrevistar o responsável de cada unidade existente na cidade de Imperatriz, foi possível observar que os adolescentes possuem uma rotina, atendimento especializado, os que estão cumprindo medida privativa possuem um lugar especifico pra ficar, entretanto em questão de estrutura física não está de acordo com o que a lei decreta, os prédios são antigos, tem capacidade para certo número de adolescentes, mas às vezes possuem mais, em uma das unidades falta água com frequência, não possui salas adequadas para o atendimento, o número de servidores, apesar de parecer muito, não é o suficiente, e possui servidores que estão realizando trabalhos que não é a sua função.

Essas foram algumas das deficiências observadas durante a pesquisa de campo, um ponto muito importante também é o fato de que das três unidades que possui na cidade, duas são prédios alugados, antigos, que eram casas ou escolas, onde não possui estrutura adequada para receber esses adolescentes, enquanto tem um prédio próprio que está em construção a mais de cinco anos e o governo nunca entregou, pois não foi finalizada a obra. De acordo com a informação que foi dada durante a entrevista com os responsáveis das unidades, nesse prédio funcionaria a Unidade Provisória e a Unidade de Internação, e como lá estaria sendo construído exatamente para essa finalidade, iria suprir a necessidade dos adolescentes quanto à estrutura física do local.

Com base na pesquisa de campo não é possível informar um número de adolescentes que conseguem a ressocialização, pois não existe um acompanhamento pós-cumprimento de medida, os entrevistados informaram que existe casos de adolescentes

que passam pelas unidades mais de uma vez, mas não souberam informar quantos voltam a cometer atos infracionais e quantos seguem sua vida longe da criminalidade. Esse é um ponto bem importante no qual deveria ser reavaliado, pois o ideal seria que houvesse a criação de politicas que amparasse esses jovens não somente durante o cumprimento da medida, como também antes e depois, para tentar evitar que eles cometessem esses atos ou que voltassem a cometer.

Portanto foi concluído que apesar de ter unidades que recebem esses adolescentes na cidade de Imperatriz, como os que cumprem medidas privativas de liberdade, possuem algumas deficiências relacionadas principalmente a estrutura física do local e ao atendimento, às vezes por falta de recurso ou por falta de servidores, mas principalmente por falta de interesse do governo, como é o caso da obra do prédio que nunca foi finalizada, que seria um grande avanço para melhorar o atendimento dos adolescentes. Outro ponto já comentado é a falta de acompanhamento pós-cumprimento de medida, que com certeza, caso fosse implementado, seria um diferencial na mudança de comportamento desses adolescentes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rayana de Lima. **A Ineficácia da Aplicabilidade da Medida Socioeducativa de Internação no Município de João Pessoa/PB**. João Pessoa, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: abril de 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm> Acesso em: abril de 2022.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: abril de 2022.

COSTA, Thiago Araújo. **A Eficácia das Medidas Socioeducativas Aplicadas ao Adolescente em Conflito com a Lei**. Anápolis, 2020.

FERNANDES, João Rummenig de Oliveira. **A Eficácia das Medidas Socioeducativas Previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Caruaru, 2018.

FERREIRA, Ana Lúcia; MOURA, Ana Tereza Miranda Soares de; MORGADO, Rosana; GRYNER, Simone; BRANCO, Viviane Manso Castello. **Crianças e adolescentes em situação de violência**. Impactos da Violência na Saúde. 4. ed. p. 185. Rio de Janeiro, RJ: Coordenação

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

de Desenvolvimento Educacional e Educação a Distância da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, ENSP, Fiocruz, 2020.

MENEZES, Maria Pilar. **Escolas Públicas na Cidade de Salvador e a Reinserção dos Adolescentes em Cumprimento de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto no Ano de 2016**. Salvador, 2017.

MIRANDA, Gabriel; PAIVA, Ilana Lemos de. **O Que Pode a Medida Socioeducativa de Internação**. Manaus: Revista Amazônida, vol. 6. n 1. 2021.

NAKAMURA, Carlos. **Criança e adolescente: sujeito ou objeto da adoção? Reflexões sobre menorismo e proteção integral**. São Paulo: Serviço Social & Sociedade, 2019.

NOVAES, Maria Carmen. **MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE: um estudo sobre a execução da medida pela Defensoria Pública do Estado da Bahia no município de Salvador**. Salvador, 2018.

SALAS, Jaime Couso; COSTA, Ana Paula Motta. **Substituição e Término Antecipado da Medida Privativa de Liberdade Para Adolescentes: Estandartes de Brevidade da Sanção no Direito Comparado e Lições Para o Direito Brasileiro**. Porto Alegre: CORE, 2018.

SILVA, Ana Karolina Zaghetto. **A Atuação do Psicólogo na Medida Socioeducativa de Semiliberdade para Adolescentes em Conflito com a Lei**. Cadernos de Psicologia, Juiz de Fora, p. 26-50. 2019

SILVA, Ewerton Caio. **O Papel das Medidas Socioeducativas no Combate ao Crime de Tráfico de Drogas**. Caruaru, 2018.

SILVA, Jakellinny. **A Eficácia da Medida Socioeducativa**. Anápolis, 2021.

SOUSA, Mara Alves de. **O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase): Breves Reflexões**. São Luís, 2021.

OLIVEIRA, Rayane Laurentino. **Análise dos Estilos de Liderança em uma Unidade de Saúde Privada**. Fortaleza: Faculdade Cearense em Revista. 13. ed. vol. 01. p. 10-18, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AUXÍLIO RECLUSÃO: A PERPLEXIDADE E DESINFORMAÇÃO DA POPULAÇÃO ACERCA DESSE BENEFÍCIO

LOCIDIO EDUARDO NOVAES DE PAULA JUNIOR: Graduando no curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Brasil, Campus de Fernandópolis/SP.

ELOISA DA SILVA COSTA.

(orientadora)

RESUMO: O Auxílio Reclusão é um benefício de caráter previdenciário que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado que esteja recluso da sociedade em decorrência de algum ato infrator. O tema gera inúmeros embates, tanto por sua atual disposição ser considerada, em alguns pontos, inconstitucional, como por ser mal visto por grande parcela da sociedade. Este último fato é decorrente de décadas de estigmatização da população carcerária no Brasil e toda desinformação amparada, muitas vezes, por instrumentos midiáticos. Assim sendo, o artigo apresenta como objetivo a realização de uma abordagem acerca da maioria das polêmicas que envolvem a inclusão do Auxílio Reclusão na legislação brasileira, bem como a importância da elucidação das suas reais características e requisitos perante à sociedade. Para tanto, contamos com uma metodologia qualitativa, dedutiva e bibliográfica, dividindo o trabalho, basicamente, em três seções. Por fim, foi possível concluir a necessidade da disposição de mais conteúdos que tratem das reais características do auxílio em questão, principalmente em veículos de comunicação, a fim de que haja um pleno incentivo da utilização do senso crítico popular. Desse modo, poderemos vislumbrar o maior entendimento de que o assunto tem os devidos aparatos e requisitos legais, sendo indispensável no cenário brasileiro.

Palavras-chave: Benefício Previdenciário. Estigmatização. População carcerária.

ABSTRACT: The Auxílio Reclusão is a social security benefit that aims to meet the basic needs of the insured person's dependents who are incarcerated from society as a result of an infringing act. The theme generates numerous conflicts both because its current disposition is considered unconstitutional in some points and because it is frowned upon by a large portion of society. This last fact is due to decades of stigmatization of the prison population in Brazil and all misinformation supported often by media instruments. Therefore the article aims to carry out an approach to the majority of controversies involving the inclusion of Auxílio Reclusão in Brazilian legislation as well as the importance of elucidating its real characteristics and requirements before society. For that we have a qualitative, deductive and bibliographical methodology dividing the work in three sections basically. Finally it was possible to conclude that there is a need to provide more content that addresses the real characteristics of aid, especially in the media in order to fully

encourage the use of popular critical sense. In this way we will be able to glimpse a greater understanding that the matter has the proper apparatus and legal requirements being indispensable in the Brazilian scenario.

Keywords: Prison population. Social Security Benefit. Stigmatization.

1 INTRODUÇÃO

O Auxílio Reclusão é um benefício financeiro criado para que os dependentes do segurado de baixa renda que esteja preso tenham um amparo perante sua retirada da sociedade. Tal ferramenta é usada para que a família do indivíduo recluso não fique repentinamente desprovida de ajuda a partir da ausência deste, principalmente se ele for o único provedor da renda da casa.

Semelhante ao ocorrido na Pensão por Morte, os indivíduos que têm direito ao auxílio aqui abordado são chamados de dependentes. Para receber essa denominação, obrigatoriamente, eles precisam depender economicamente do segurado recluso para conseguir se sustentar. Assim sendo, é nítida a importância desse contexto, à medida em que passa a atender às necessidades básicas desses cidadãos que ficam à deriva, como maneira de reduzir os prejuízos à sua qualidade de vida.

Contudo, o Auxílio Reclusão refere-se a um tema que acende uma polêmica social evidente, decorrente, muitas vezes, do desconhecimento do seu real sentido. Em discussões equivocadas, muitos sugerem que o amparo serviria de incentivo a práticas criminais, principalmente porque acredita-se que o valor é destinado ao próprio recluso. Assim sendo, o principal objetivo do presente artigo é realizar uma abordagem acerca da maioria das polêmicas que envolvem a inclusão do Auxílio Reclusão na legislação brasileira, bem como a importância da elucidação das suas reais características e requisitos perante à sociedade.

A fim de se alcançar o esperado, o artigo seguirá uma metodologia qualitativa, dedutiva e bibliográfica. Na definição de Richardson (2012, p.79-80), a pesquisa qualitativa refere-se "a busca por uma compreensão detalhada dos significados e características situacionais dos fenômenos", tendo caráter exploratório. Triviños (1987) ainda complementa que:

> A pesquisa qualitativa tem o ambiente natural como fonte direta dos dados e o pesquisador como instrumento chave; é descritiva; os pesquisadores qualitativos estão preocupados com o processo e não simplesmente com os resultados e o produto; os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente; o significado é a

> preocupação essencial na abordagem qualitativa (TRIVIÑOS, 1987, p. 128-132).

O trabalho será, portanto, seccionado em três partes. A primeira fará referência ao contexto histórico do aparecimento do Auxílio Reclusão no direito brasileiro. A segunda, contará com a disposição das discussões bibliográficas acerca da aplicabilidade atual de tal ferramenta. E, por fim, teremos a exposição dos questionamentos preconceituosos elencados por vários estratos da sociedade, atrelados a possíveis soluções para o real esclarecimento do tema.

2 DA INTRODUÇÃO E EVOLUÇÃO DO AUXÍLIO RECLUSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Diferente do que normalmente se acredita, o Auxílio Reclusão não é um benefício que emergiu recentemente na legislação brasileira. Apesar de estar previsto na nossa atual Constituição, no art. 201-IV, a discussão acerca da proteção familiar do infrator apareceu pela primeira vez na composição previdenciária brasileira no artigo 63 do Decreto número 22.872, de 29 de junho de 1933. Este acabou por estabelecer o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos:

> Art. 63. O associado que não tendo família houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, ou condenado por sentença definitiva que resulte perda do emprego, e preencher todas as condições exigidas neste decreto para a aposentadoria, poderá requerê-la, mas esta só lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito se não houvesse incorrido em penalidade. Parágrafo Único. Caso o associado esteja cumprindo pena de prisão, e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal de sua família, enquanto perdurar a situação de encarcerado (BRASIL, 1933).

A palavra "associado" no trecho supracitado refere-se aos segurados da Previdência Social, que, conforme abordam Castro e Lazzari (2009, p. 175), relacionam-se a pessoas físicas que desempenham atividade remunerada. Tal atividade pode ser de caráter efetivo ou eventual, estando, ainda, atribuída a uma natureza urbana ou rural, tendo (ou não) um vínculo empregatício. Um segurado pode ser definido também por um indivíduo que se filia de forma facultativa e espontânea à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer (CASTRO; LAZZARI, 2009, p. 175)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Seguindo a linha temporal sobre a evolução da inserção do Auxílio Reclusão no sistema legislativo brasileiro, o Decreto número 54 pertencente a setembro de 1934, também tratou sobre o assunto em seu artigo 67:

> Art. 67. Caso o associado esteja preso, por motivo de processo ou cumprimento de pena, e tenha beneficiário sob sua exclusiva dependência econômica, achando-se seus vencimentos suspensos, será concedida aos seus beneficiários, enquanto perdurar essa situação, pensão correspondente à metade da aposentadoria por invalidez a que teria direito, na ocasião da prisão (BRASIL, 1934).

Outras inovações acerca do benefício ficaram visíveis com a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), de 26 de junho de 1960, bem como afirma Catana (2008, p. 74). Considerada por muitos como a mais importante lei previdenciária brasileira, a norma "unificou e uniformizou os dispositivos infraconstitucionais relativos à Previdência Social, consolidando os benefícios a todos os trabalhadores urbanos, mantendo a exclusão dos trabalhadores rurais" (FRANCO et al., p. 4). Foi a partir dela que a expressão "Auxílio Reclusão" foi usada pela primeira vez na descrição legislativa, estando o artigo 43 disposta da seguinte forma:

> Art. 43. Aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40, desta lei. § 1.º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória. § 2.º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente (BRASIL, 1960).

Ainda que, com base no disposto até aqui, seja notório o fato do Auxílio Reclusão estar atrelado ao contexto legislativo brasileiro há tempos, a referida ferramenta teve uma recepção constitucional efetiva somente em 1988, sofrendo alteração pela Emenda Constitucional número 20, realizada em 15 de dezembro de 1998. Tal modificação promoveu a limitação da concessão somente aos dependentes dos segurados que possuam baixa renda (CATANA, 2008, p. 75). Ademais, vale ressaltar que a norma infraconstitucional que concretizou a delimitação do tema está prevista no artigo 80 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, a qual esclarece que o auxílio-reclusão apresenta as mesmas condições da pensão por morte:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário (BRASIL, 1991).

Como dito anteriormente, em 1998 ficou evidenciada a criação de um novo requisito para concessão do auxílio, direcionando o seu recebimento apenas àqueles que fossem de baixa renda. Conforme aponta Da Silva (2016, p. 31), tal modificação representa um processo de inovação das políticas sociais na última década, especialmente da Previdência Social. A principal decorrência dessas mudanças, é, sem dúvidas, o aumento da seletividade na prestação de benefícios e a consequente perda de direitos sociais. Desse modo, houve modificação da natureza do Auxílio Reclusão, promovendo a perda da sua característica de seguro social, e aproximando-o de um benefício assistencial (DA SILVA, 2016, p. 32). É possível perceber essa ocorrência na disposição do artigo 201, que faz os seguintes apontamentos:

> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda (BRASIL, 1998).

Mais recentemente, a Medida Provisória n. 871/19 (chamada de "pente fino") foi um marco transformador do Plano de Custeio e Organização da Seguridade Social (Lei n. 8.212/91) e da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91), sendo responsável por modificar algumas características de concessão de benefícios como auxílio-doença, salário maternidade, pensão por morte e auxílio reclusão (FRANCO et al. 2019, p. 6). Em relação a este último, assim como seguem apontando os mesmos autores, anteriormente, o auxílio não dependia de carência, sendo pago pela Previdência ao dependente contanto que o segurado não recebesse remuneração da empresa ou estivesse provido de auxílio-doença, aposentadoria ou de abono de permanência em trabalho. Contudo, o advento da medida delimitou seu pagamento somente no caso do segurado se apresentar em regime fechado, tendo realizado 24 (vinte e quatro) contribuições mensais no período que anteceder a prisão (FRANCO et al. 2019, p. 11).

Desse modo, bem como ressalta Correia e Correia (2002, p. 282), o Auxílio Reclusão passou a ser indevido ao segurado recluso em regime semiaberto:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> [...] há que se ressaltar que o evento que determina a concessão do benefício é a exclusão do segurado do convívio social, mediante o cerceamento de seu direito de liberdade, em vista do cometimento de delito, passando assim a ser inviável o exercício por sua parte de qualquer atividade remunerada, [...] (CORREIA; CORREIA, 2002, p. 282).

3 DAS DISCUSSÕES ACERCA DA ATUAL DISPOSIÇÃO DO AUXÍLIO RECLUSÃO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como já visto, a previsão constitucional do Auxílio Reclusão se evidencia no art. 201, IV, que acaba por abordar a obrigatoriedade de renda específica para seu recebimento. Os valores considerados, determinantes de tal limitação, foram substituídos e normatizados pelo § 1º do art. 116 do Decreto n. 3.048/99, conforme ressalta Santos (2021, p. 50), com redação elaborada a partir do Decreto n. 10.410/2020, descrito da seguinte forma:

> Art. 116 [...] § 1º Para fins de concessão do benefício de que trata este artigo, considera-se segurado de baixa renda aquele que tenha renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 1.425,56 (um mil quatrocentos e vinte e cinco reais e cinquenta e seis centavos), corrigidos pelos mesmos índices de reajuste aplicados aos benefícios do RGPS, calculada com base na média aritmética simples dos salários de contribuição apurados no período dos doze meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão. (Redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020) (BRASIL, Decreto n. 3.048, 2020).

Fica evidente que a estrutura do artigo mencionado foi dada através da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, impondo séria limitação ao benefício, tornando-o acessível somente àqueles que possuíssem baixa renda, e sendo determinante para o início de inúmeros debates (SANTOS, 2021, p. 45). É justamente fazendo referência a tal ponto que a polêmica que rege as discussões sobre o benefício do Auxílio Reclusão se inicia, a partir dos apontamentos presentes na exposição de inúmeros autores.

A exemplo, considerando tal limitação, Santos (2012, p. 324) argumenta que o Regime Geral de Previdência Social não faz jus à sua característica contribuitiva, complementando que não se trata de um tratamento adequado a um Estado que, em teoria, busca garantir direitos fundamentais (SANTOS, 2012, p. 324). De forma mais enfática, Pierdoná (2008) aponta que o critério de baixa renda vai na contramão dos princípios constitucionais. Isso porque todo trabalhador que realiza contribuição para a previdência, assim como seus dependentes, deve ter o direito de dispor de toda proteção que esta possa promover, uma vez que o objetivo da instituição é agir ao seu favor em

caso de incapacidade laboral, prisão ou morte. Desse modo, complementa que excluir uma parcela dos dependentes da proteção previdenciária coloca em risco o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento (PIERDONÁ, 2008, p. 8070).

Outra violação observada pela autora seria em relação ao princípio da personalidade da pena, no qual se considera que a responsabilidade penal do condenado é individual, não se transmitindo a terceiros, e ao princípio da isonomia. Assim sendo, não existiria fundamento no ordenamento jurídico que justificasse a limitação de renda imposta pela EC nº 20/98, ao mesmo passo que o Estado apresenta como dever fundamental a garantia da proteção familiar, independentemente de sua renda (PIERDONÁ, 2008, p. 8071). Seguindo esse princípio, diversos juristas chegam a apontar a EC n. 20/98 como um retrocesso responsável por distanciar a população de seus direitos, tratando com insatisfação o fato de ainda se apresentar vigente e não ter sido declarada inconstitucional (SANTOS, 2021, p. 45). Nesse contexto, Alcântara e Agostinho (2020, p. 85) ainda acrescentam:

> Em outras palavras, em momento anterior à Emenda Constitucional 20, a concessão dos benefícios de auxílio-reclusão era quase inexistente. Nestes termos, limitar um benefício que era concedido à menos 1% dos segurados, sob o argumento de combater o aumento das despesas é, indiscutivelmente, falacioso. [...]
>
> Em síntese, percebe-se uma contínua dilapidação da proteção social aos dependentes do segurado recluso, tendo em vista que todas as modificações constitucionais sobre o tema, reiteradamente, vêm reduzindo o acesso, valor e legitimados ao gozo do benefício (ALCÂNTARA; AGOSTINHO, 2020, p. 85).

Dada toda rigidez atrelada ao critério da baixa renda, bem como as críticas bibliográficas dispostas sobre o tema, a questão já vem sendo flexibilizada por alguns Tribunais e pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem se mostrado favoráveis à concessão do auxílio-reclusão ainda que a renda do segurado preso ultrapasse, de modo irrisório, o limite legal (SANTOS, 2021, p. 207). A nível de exemplificação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entende que:

> PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITOS ATENDIDOS. CRITÉRIO DE BAIXA RENDA. FLEXIBILIZAÇÃO DO CRITÉRIO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. CONSECTÁRIOS LEGAIS DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DO STF (TEMA 810) E STJ (TEMA 905). CONSECTÁRIOS DA SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. 1. Para a concessão do benefício de auxílio-reclusão, faz-se necessário

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> o preenchimento dos seguintes requisitos: a) efetivo recolhimento à prisão; b) demonstração da qualidade de segurado do preso; c) condição de dependente de quem objetiva o benefício; d) prova de que o segurado não está recebendo remuneração de empresa ou em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou abono de permanência em serviço; e) comprovação de baixa renda, para benefícios concedidos a partir da Emenda Constitucional nº 20/98. 2. No que diz respeito ao requisito relacionado à baixa renda, é de ver-se que, a partir do julgamento do RE n. 587.365/SC, pelo Supremo Tribunal Federal, restou consolidado nesta Corte o entendimento de que é a renda do segurado preso que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício, e não a de seus dependentes. **3. O requisito econômico pode ser relativizado, tal como a jurisprudência deste Tribunal já adotou em relação ao benefício assistencial, a fim de garantir uma vida digna daqueles que dependem do segurado e se encontram, abruptamente, desprovidos de qualquer renda.** Precedentes do STJ e desta Corte. 4. Preenchidos os requisitos legais, é devido o benefício de auxílio-reclusão. 5. Critérios de correção monetária e juros de mora conforme decisão do STF no RE nº 870.947/SE (Tema 810) e do STJ no REsp nº 1.492.221/PR (Tema 905). 6. Confirmada a sentença no mérito, majora-se a verba honorária, elevando-a de 10% para 15% sobre o montante das parcelas vencidas (Súmulas 111 do STJ e 76 do TRF/4ª Região), consideradas as variáveis dos incisos I a IV do § 2º e o § 11, ambos do artigo 85 do CPC. (BRASIL, TRF-4, 2021).

Outra questão que tem sido pauta em meio aos embates apresentados pelo assunto aqui disposto é o termo conhecido por período da graça. Previsto no art. 15 da Lei 8.213/91, o período da graça define os períodos de duração nos quais o segurado usufruirá da qualidade de segurado, embora não esteja contribuindo para com a Previdência (SANTOS, 2021, p. 51). Em outras palavras, bem como leciona Alcântara e Agostinho (2020, p. 205), "ele se trata do lapso temporal durante o qual, ainda que não tenha o segurado vertido as contribuições devidas, faz jus, ele ou seus dependentes, a todos os benefícios e serviços da Previdência Social."

Em teoria, tendo em vista as decisões administrativas proferidas pelo INSS, de Oliveira (2018, p. 22) assevera que para o indivíduo preso no período da graça, deveria ser considerada a renda que o segurado teria na época em que estava desempenhando sua atividade remunerada. Contudo, tratando como insensata tal premissa, o Superior Tribunal de Justiça adotou por meio do Recurso Repetitivo REsp 1.485.417-MS, um entendimento diverso para o contexto: "Para a concessão de auxílio-

reclusão (art. 80 da Lei n. 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição" (BRASIL, STJ, 2017).

Portanto, fica claro que tais divergências, conforme segue apontando de Oliveira (2018, p. 22), sugerem que alguns pontos referentes ao Auxílio Reclusão demandam ponderações, principalmente aqueles atrelados à sua limitação de renda. Até mesmo porque tais caracteres acabam por fazê-lo se distanciar de algumas garantias constitucionais primordiais.

4 DO ESTIGMA SOCIAL ATRELADO AO AUXÍLIO E AO SEU BENEFICIÁRIO

Primordialmente, a fim de se elucidar o conceito "estigma" sabe-se que o dicionário Michaelis (2021, p. 1) o trata como sendo o ato de acusar de ação infame, ao mesmo passo da realização de julgamento ou parecer desonroso, em relação a algo ou alguém. Concomitantemente, Lopes (2019) realiza a seguinte observação a respeito do tema:

> O conceito de estigma dialoga com o conceito de rótulo. O rótulo advém de um processo de rotulação social, ligada a uma reação socialmente construída, um tipo de estereótipo, como ponderou-se anteriormente; estigma, assim como o rótulo, também é uma marca. Contudo, ele pode demarcar características que vão além dessa reação, é algo mais profundo, como uma cicatriz (LOPES, 2019, p. 90).

No nosso país, seguindo o apontamento de Santos (2021), a população carcerária é um exemplo de grupo amplamente atingido pelo estigma social atribuído a todos os presidiários. Atualmente, tal realidade é acompanhada até mesmo de um sentimento de ódio explícito em relação a esses indivíduos, promovendo repúdio a qualquer outra questão que lhes estejam associadas (SANTOS, 2021, p. 59). Alguns autores, como Schilling e Miyashiro (2008), ainda identificam mais uma problemática frente a essa realidade, ao observarem que "o estigma que pressupomos cercar os presidiários se estende para além do indivíduo encarcerado, passando para as pessoas que se relacionam diretamente com eles, seus familiares ou amigos, o que permite à sociedade considerá-los uma só pessoa" (SCHILLING; MIYASHIRO, 2008, p. 248).

Tendo em vista todas essas questões, e tomando como base outra abordagem de Santos (2021, p. 60), não é necessário muito esforço para concluir o quanto o Auxílio Reclusão é comumente mal visto por grande parcela social. Isso porque, embora se trate de um benefício de natureza previdenciária e não de benefício assistencial, exigindo o cumprimento de rigorosos requisitos para a sua obtenção, a essência do conceito é

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ignorada, sendo considerada, meramente, uma proteção a alguém que não a merece: um criminoso (SANTOS, 2021, p. 57).

Infelizmente, fontes midiáticas acabam por auxiliar na promoção da desinformação, como elencado por Mendes e Martins (2019, p. 115), ao considerarem que "costumeiramente, circulam pela internet, através das redes sociais, blogs, sites falsas informações e lamentáveis comentários depreciativos acerca do auxílio-reclusão. Para dar uma ênfase bem negativa, muitos chamam o benefício previdenciário de 'bolsa-bandido'" (MENDES; MARTINS, 2019, p. 115). Essas informações falsas muitas vezes difundidas na internet, como relembra Santos (2021, p. 57), podem ser atreladas a um conceito que popularmente conhecemos por "fake news", e é justamente a esse respeito que Teixeira et al. (2019) faz a seguinte referência:

> As notícias falsas ressurgiram com o advento das redes sociais, encontrando novo e poderoso espaço de circulação, promovendo a volta do sensacionalismo de uma forma otimizada, fato que acarreta diversos malefícios à sociedade, já que por muitas vezes para propagar suas ideias faz vítimas inocentes, que sofrem com seus efeitos por longos e árduos anos, senão por toda a vida (TEIXEIRA et al., 2019, p. 4).

Paralelamente, já convivemos muito com a promoção de campanhas seletivas pelos meios de comunicação, com a produção de estereótipos de fatos e de crimes, bem como começa a apontar Shecaria (1996, p. 16). Nas últimas décadas, seguindo os apontamentos do autor, nota-se que projetos como "tolerância zero" e a campanha "da lei e da ordem" se resumiram a apontar as características cruéis de bandidos, bem como da impunidade, já que, em teoria, a "polícia prende e do juiz solta", fazendo referência até mesmo aos menores infratores que entrariam e sairiam da sua reclusão graças ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Desse modo, foi sendo perpetuada a ideia de que o mal funcionamento do aparelho estatal estaria apenas atribuído a leis "benevolentes", que só garantiriam direitos humanos aos bandidos (SHECARIA, 1996, p. 16).

Fica evidenciada, dessa forma, o estabelecimento de uma opinião popular deturpada, amparada por uma mídia segregadora que leva à estigmatização daqueles que estão reclusos da sociedade por um estado de ideologia estritamente punitiva, que ignora problemas estruturais (DA SILVA, 2016, p. 41). Dessa forma, o Auxílio Reclusão tem se mostrado um meio de propagação de ódio contra o segurado recluso e seus dependentes, que se apresentam, querendo ou não, em situação de vulnerabilidade (SANTOS, 2021, p. 57).

Frente a tal cenário, Santos (2021, p. 57) segue sua abordagem apontando o quanto se faz indispensável a obtenção da informação por meio de fontes seguras e

comprometidas com a verdade, visto que o tema está relacionado a sobrevivência de núcleos familiares inteiros que podem ficar completamente desamparados em decorrência do advento da prisão para com seu provedor principal. Campos et al. (2019) apresenta o mesmo argumento ao apontar:

> Destarte, o benefício previdenciário do auxílio reclusão, embora seja bastante discutido e controvertido socialmente, se mostra como um meio de sobrevivência para os dependentes do segurado do INSS de baixa renda, os quais não tem a possibilidade de se manter economicamente sem ajuda deste auxílio. Tal benefício se mostra não só como um auxílio à renda mensal dos dependentes, mas o único valor que os mesmos vão ter acesso, tem, portanto, uma natureza falimentar, pois serve para a subsistência das pessoas envolvidas (CAMPOS et al., 2019, p. 11).

A mesma linha de pensamento é defendia por Christ (2019), ao relembrar que "cabe ressaltar, que o pagamento do auxílio tem como objetivo possibilitar a sobrevivência da família, na ausência do segurado, garantindo dessa maneira o mínimo de dignidade." (CHRIST, 2019, p. 20).

Assim sendo, não há dúvidas sobre como se mostra infundada a concepção de que o Auxílio Reclusão seria um benefício "injusto" ou "indevido", e que isso demandaria sua estigmatização ou extinção, uma vez que todas as disposições que regem a sua aplicabilidade decorrem da própria lei (SANTOS, 2021, p. 60). Vale lembrar o art. 3, III, da CRFB/88, que aponta o objetivo de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais."

Vislumbrando um real esclarecimento do tema, Brisola e Bezerra (2018, p. 3329) tratam sobre um caminho para superar informações falsas, e, consequentemente, abandonar falsos preceitos. Tal abordagem estaria relacionada a um exercício de maior ativação do senso crítico popular:

> A partir do senso de dúvida despertado pelo pensamento crítico, os indivíduos tendem a desconfiar mais das informações e verificar seu grau de veracidade antes de compartilhar. Essa simples desconfiança, mesmo que sem tempo hábil de analisar todo o volume de informação recebida, já pode frear substancialmente a proliferação das fake news e colocar em xeque o montante de desinformação a que estamos sujeitos (BRISOLA, BEZERRA, 2018, p. 3329).

Ao final dessa seção, diferente do que a maioria do senso comum imagina, e parafraseando Santos (2021, p. 63), fica claro o quanto o auxílio-reclusão é um benefício

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

previdenciário legítimo, de fundamentação legal totalmente válida, que responde à finalidade pela qual foi instituído.

5 CONCLUSÃO

Por fim, resta-nos a conclusão de que o Auxílio Reclusão é uma ferramenta que promoveu muitas discussões polêmicas, tanto no ordenamento jurídico, quanto a nível popular. Levando o primeiro âmbito em consideração, fica evidente que muitos doutrinadores consideram a limitação referente à obrigatoriedade da baixa renda uma questão que foge às disposições constitucionais, indo contra direitos fundamentais, como o princípio da universalidade, personalidade e isonomia.

Por outro lado, a problemática referente à estigmatização da população carcerária e, consequentemente, do benefício em questão, acaba sendo um alerta às influências midiáticas e de informações distantes da realidade às quais o senso comum se vê constantemente exposto. É possível observar isso nas inúmeras "fake news" espalhadas principalmente pela internet, e pelas tantas campanhas já expostas por outros veículos de comunicação que se tornaram contribuintes inegáveis para a estereotipagem do contexto.

Desse modo, torna-se indispensável levar-se em consideração possíveis medidas de mitigação. A primeira poderia estar relacionada a uma maior atenção ao texto legislativo que delimita o Auxílio Reclusão, para que a sua possível inconstitucionalidade seja revista, uma vez que o benefício tem uma característica previdenciária, e não assistencialista. Ademais, a disponibilidade de mais conteúdos esclarecedores sobre o tema são fundamentais, especialmente pelos veículos de comunicação. Em tempos onde o fluxo de informações (nem sempre verídicas) chega com muita facilidade à população, é preciso incentivar o seu pensamento crítico, já que a ferramenta tem aparato legal e é, muitas vezes, fundamental para a subsistência de muitas famílias que perdem, ao menos momentaneamente, seu principal provedor de renda.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20,** de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, 1998.

BRASIL. **Lei nº 3.807**, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, 1991.

BRASIL. **Decreto nº 22.872**, de 29 de junho de 1933. Cria o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, regula o seu funcionamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12917, 1933.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Decreto nº 54**, de 12 de setembro de 1934. Aprova o regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. Diário Oficial da União, Seção 1, p. 19298, 1934.

BRISOLA, A.; BEZERRA, A. C. **Desinformação e circulação de "fake news": distinções, diagnóstico e reação.** Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação – ENANCIB, v. 9, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/102819>. Acesso em: 19 de nov de 2021.

CAMPOS, L. V. **O que são fake news?** Brasil Escola, 2020. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/curiosidades/o-que-sao-fake-news.htm>. Acesso em: 20 de nov de 2021.

CASTRO, C. A. de; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 855 p. 2012.

CATANA, G. G. **O auxílio-reclusão como medida de justiça social.** Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, Presidente Prudente, 2008.

CHRIST, R. **Reflexões sobre o auxílio-reclusão à luz da constituição federal brasileira de 1988 e do Estado democrático de direito.** Santa Rosa, RS: Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, 2019. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/6491/Roberta%20Christ.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 17 jun. 2021.

CORREIA, E. P. B.; CORREIA, M. O. G. **Curso de Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DA SILVA, S. R. A. **Auxílio Reclusão: Dignidade da pessoa humana no contexto estigmatizador do estado penal brasileiro.** Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade Federal do Maranhão como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito. São Luis do Maranhão, 2016.

ESTIGMATIZAR. In: **Michaelis dicionário brasileiro da língua portuguesa.** [S. l]: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/palavra/vG1E/estigmatizar/>. Acesso em: 19 de nov de 2021.

FRANCO, M. V.; REIS, K. P.; FIALHO, M. L. CAMPOS, O. N. de; BARBOSA, A. A. Breves Comentários acerca da concessão e manutenção dos benefícios da Previdência Social uma abordagem à luz da medida provisória n. 871/19. **Revista Científica Intraciência**, 16 p., 2019.

LOPES, R. R. R. **Exclusão e estigma: uma análise do etiquetamento social expresso na vida dos sujeitos que passam pelo sistema carcerário.** Caxias do Sul, RS: Educs, 2019. Disponível em: https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-exclusao-estigma.pdf. Acesso em: 19 de nov de 2021.

MENDES, B. L.; MARTINS, R. da S. A desmistificação do benefício previdenciário de auxílio-reclusão e a insuficiência do critério baixa renda para a sua concessão. **Revista brasileira de direito social,** v. 2, n. 2, p. 109–129, 2019.

OLIVEIRA, P. S. N. de. **Discrepância de critérios quanto à fixação da renda para concessão do auxílio reclusão no período de graça.** Trabalho de conclusão de curso, apresentado ao Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES-UNITA), 2018.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. **A Proteção previdenciária dos dependentes dos trabalhadores presos: a inconstitucionalidade do limite instituído pela EC Nº 20/98 ao auxílio-reclusão.** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF, novembro de 2008.

SANTOS, A. P. da S. **Auxílio-reclusão: esclarecendo os principais aspectos do estigmatizado benefício à luz da constituição federal de 1988**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, Araranguá, 2021.

SANTOS, M. F. dos. **Direito Previdenciário Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, S. R. A. da. **Auxílio reclusão: Dignidade da pessoa humana no contexto estigmatizador do estado penal brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso apresentado a Universidade Federal do Maranhão, São Luís do Maranhão, 2016.

SHECAIRA, S. S. **A mídia e o direito penal.** Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, 1996.

SCHILLING, F.; MIYASHIRO, S. G. **Como incluir? O debate sobre o preconceito e o estigma na atualidade.** Educação e Pesquisa. 2008, v. 34, n. 2, pp. 243-254. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1517-97022008000200003>. Epub 23 Set 2008. ISSN 1678-4634. https://doi.org/10.1590/S1517-97022008000200003. Acesso em: 21 de nov de 2021.

SILVA, Alécio Neves da. **Auxílio reclusão e sua estigmatização**. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2019. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/27446/1/2019_AlecioNevesDaSilva_tcc.pdf. Acesso em: 17 jun. 2021.

SILVA, Beatriz Fernandes Gardelio da. **Auxílio-reclusão: uma garantia constitucional ameaçada pelo populismo punitivo.** [S. l: s. n], 2015. Disponível em:

https://jus.com.br/artigos/38551/auxilio-reclusao-uma-garantia-constitucional-ameacada-pelo-populismo-punitivo. Acesso em: 18 jun. 2021.

TEIXEIRA, V. M. et al. As fakes news e suas consequências nocivas à sociedade. **Anais do Encontro Virtual de Documentação em Software Livre e Congresso Internacional de Linguagem e Tecnologia Online**, v. 7, n. 1, 2019. Disponível em:http://www.periodicos.letras.ufmg.br/index.php/anais_linguagem_tecnologia/article/view/15058/1125612218. Acesso em: 17 jun. 2021.19 de nov de 2021.

www.conteudojuridico.com.br

REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O GARANTISMO NA JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL BRASILEIRA

GLEIDY BRAGA RIBEIRO: Advogada, Jornalista, Mestre em Desenvolvimento Regional, Doutoranda em Direito Constitucional. Professora Universitária. Ex-Secretária de Cidadania e Justiça do Estado do Tocantins (2015-2017) [14].

Resumo: Ferrajoli nos ensina em um dos seus dez axiomas sobre garantias de direitos mínimos do acusado que "não há culpa sem processo". Logo, para que alguém seja considerado culpado, faz-se necessário que o Estado que é o detentor do *ius puniendi,* por meio de um processo, forme ao seu final, com base no conjunto probatório, a convicção de culpa de alguém. Ocorre que no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido ao Código de Processo Penal (CPP) pela lei 13.964 de 2019, popularmente, conhecida como Pacote anticrime, mitigou os princípios do processo penal, entre os quais destacamos a obrigatoriedade da Ação Penal Pública (AP), uma vez que embora não seja o caso de arquivamento do inquérito penal, o Ministério Público (MP) pode, atendendo determinados requisitos previstos no CPP, deixar de oferecer a denúncia e celebrar o acordo ainda na fase pré-processual. Entre os requisitos está a necessidade de confessar de forma formal e circunstancial a prática da infração penal. Nesta perspectiva, o artigo reflete sobre o valor da confissão no ANPP. A pergunta que norteia o trabalho é: Por se tratar de um acordo, haveria necessidade de confessar o cometimento do crime já que o acusado não exerceu suas garantias constitucionais que lhe assegura o devido processo legal? Para o alcance da finalidade do artigo utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica. Espera-se contribuir com debate sobre a constitucionalidade e a mitigação do garantismo na justiça penal negociada.

Palavras-chave: Confissão; Acordo de Não Persecução Penal; transparência e Publicidade.

Abstract: Ferrajoli teaches us in one of his ten axioms about guarantees of minimum rights for the accused that "there is no guilt without trial". Therefore, in order for someone to be found guilty, it is necessary that the State that is the holder of the ius puniendi, through a process, forms at the end, based on the evidence set, the conviction of someone's guilt. It so happens that the Criminal Non-Prosecution Agreement (ANPP), introduced to the Criminal Procedure Code (CPP) by law 13,964 of 2019, popularly known as the Anti-Crime Package, mitigated the principles of criminal procedure, among which we highlight the mandatory criminal action. Public (AP), since, although it is not the case of shelving the criminal investigation, the Public Prosecutor's Office (MP) may, meeting certain

[14] Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5935775135422141 ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5200-0796

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

requirements set out in the CPP, stop offering the complaint and enter into the agreement still in the pre-procedural phase. Among the requirements is the need to formally and circumstantly confess the practice of the criminal offense. In this perspective, the article reflects on the value of confession in the ANPP. The question that guides the work is: Because it is an agreement, would there be a need to confess to committing the crime since the accused did not exercise his constitutional guarantees that ensure due process of law? In order to reach the purpose of the article, the bibliographic research was used as a methodology. It is expected to contribute to the debate on the constitutionality and mitigation of guaranteeism in negotiated criminal justice.

Keywords: Confession; Non-Persecution Agreement; transparency and publicity.

Introdução

Em um estado democrático de direito, na perspectiva kelseniana (2006), é a Constituição a expressão da vontade soberana de um povo. Logo, todo o ordenamento jurídico se sujeita aos seus mandamentos. De modo que, se uma lei contrária à Constituição, ela é uma lei morta desde o seu nascimento, devendo o controle de constitucionalidade se ocupar de declarar a sua inconstitucionalidade e, se for o caso, modular os seus efeitos, que, em regra, serão ex tunc (LUNARDI, 2020). No Brasil é o Poder Judiciário competente para exercer o controle concentrado e difuso. O primeiro é exercido unicamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e o segundo, além do STF, qualquer juiz ou tribunal. Esse mecanismo de controle é extremamente importante pois mantém a superioridade da constituição frente às outras normas (BARROSO, 2019).

Na atualidade, o controle de constitucionalidade ganhou destaque, em função do papel cada vez mais protagonista do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos. E é neste contexto, que há algum tempo se debate a constitucionalidade da Resolução n.181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNPM), alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 e que institui o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Todavia, o que era uma resolução, por vontade do legislador, agora faz parte do Código de Processo Penal (CPP), com a introdução pelo Pacote Anticrime, lei 13.694 de 2019, do artigo 28-A. Com a alteração, se infere da exegese do artigo, que o Ministério Público (MP), titular da Ação Penal Pública (APP), pode propor ao investigado/indiciado de uma prática de infração penal, praticado sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o ANPP. Caso seja aceito, fará com que o MP renuncie ao seu poder-dever de denunciar, e, desde que os termos ajustados sejam plenamente cumpridos pelo investigado/indiciado, entre outros benefícios, não terá a infração penal anotada em sua certidão de antecedentes criminais. Em outra palavra, ele não será

reincidente, logo, não terá nenhum embaraço e não sofrerá nenhuma consequência a que estão sujeitos os condenados.

Aparentemente, parece ser uma inovação positiva, afinal o beneficiário não sofrerá *ius puniendi* do Estado, sequer será processado, não haverá persecução penal, quando muito ele se encerrar ainda na fase de investigação, na fase do inquérito policial ou civil. Por outro lado, está a obrigatoriedade da confissão que de relativa no Código de Processo Penal, nesta fase pré-fase da persecução penal, é uma condição imposta ao indiciado. Em outras palavras, se o réu não confessar a prática do ilícito não haverá o acordo (MARCÃO, 2021).

Ocorre conforme nos ensina Ferrajoli (2022) em um dos seus dez axiomas sobre garantias de direitos mínimos do acusado, no processo penal e no direito penal, "não há culpa sem processo". Logo, para que alguém seja considerado culpado, faz-se necessário que o Estado que é o detentor do *ius puniendi*, por meio de um processo, forme ao seu final, com base no conjunto probatório, a formação de convicção de culpa de alguém. Por outro lado, é direito de garantia do acusado, o devido processo legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório, conservando durante todo o processo seu estado de inocência até a sentença condenatória. É o que extraímos dos princípios explícitos em nossa Constituição Federal de 1988 e dos tratados internacionais na qual o Brasil é signatário.

Todavia, no ANPP isso não acontece, já que não existe instrução criminal e a formação de culpa pelo Ministério Público tem como parâmetro a confissão do indiciado e os elementos probatórios colhidos em fase de inquérito e cabe ao juiz apenas o controle de legalidade do acordo homologado. De modo que, o artigo reflete sobre a constitucionalidade e o garantismo na justiça penal negocial, em especial atenção sobre o valor da confissão nesta fase. A pergunta que norteia o trabalho é: Por se tratar de um acordo, haveria necessidade de confessar o cometimento do crime já que o acusado não exerceu suas garantias constitucionais que lhe assegura o devido processo legal? A exigência da Confissão para celebração do acordo é inconstitucional?

Por fim, a pesquisa utiliza como método a pesquisa qualitativa documental, uma vez que foram pesquisados trabalhos publicados sobre o tema em livros e artigos disponibilizados nos bancos de dados disponíveis gratuitamente em plataforma virtual.

1.Garantismo penal e o Acordo de Não Persecução Penal

O garantismo penal de Ferrajoli (2002) não defende a eliminação do Direito Penal, mas a sua correta aplicação por parte do Estado, o que pode significar um instrumento para a garantia do respeito aos direitos do acusado. Em sua obra "Direito e Razão: teoria do Garantismo Penal", ele observa que é possível explicar o "garantismo" a partir de quatro planos classificados em modelos, quais sejam: o modelo normativo de direito,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

modelo da estrita legalidade, o epistemológico, onde encontramos o sistema cognitivo ou de poder mínimo; o político capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e, por fim, o jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

> Garantismo designa um modelo normativo de direito, precisamente, no que diz respeito ao Direito penal, o modelo da estrita legalidade, próprio do estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. (FERRAJOLI, 2002, p. 786)

Ferrajoli assenta seu sistema garantista em dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, entre os quais encontra-se o *Nulla culpa sine judicio*, na qual assegura que "não há culpa sem processo". Além dos, *Nullum judicium sine accusatione*, que assegura o princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação, o *Nulla accusatio sine probatione*, que trata do princípio do ônus da prova ou da verificação; e o *Nulla probatio sine defensione*, princípio do contraditório ou da defesa.

Assim, no que tange às garantias processuais do acusado, tomando como base os axiomas acima citados, pode-se concluir que eles são de aplicação imediata, e no Brasil, possui respaldo da Constituição Federal/88, pois tais princípios estão positivados no artigo 5º, como direitos fundamentais da pessoa humana. De modo que, o indivíduo que sofre o *uis puniendi* do Estado brasileiro deve ter condições de usar de todos os meios à sua disposição para provar a sua inocência, não sendo possível pela garantia da nossa Lei Maior, condenar alguém, pela prática de uma infração penal antes do devido processo legal, este que, no nosso sistema punitivo brasileiro acusatório, não se perfaz sem contraditório e ampla defesa. Vejamos a definição nas palavras de Mougenot (2012) como isso se desenvolve ao explicar o ramo do direito processual penal,

> é o instrumento do Estado para o exercício da jurisdição em matéria penal. O direito processual penal, portanto, pode ser definido como o ramo do direito público que se ocupa da forma e do modo (i.e.: o processo) pelos quais os órgãos estatais encarregados da administração da justiça concretizam a pretensão punitiva, por meio da persecução penal e consequente punição dos culpados (MOUGENOT, 2012, p.6).

Neste contexto, extrai-se dos conceitos apresentados que até a sentença condenatória transitada em julgado, deve prevalecer em relação ao acusado à presunção

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

do seu estado de inocência. Isto é, o princípio da presunção da inocência impõe aos agentes públicos envolvidos na persecução penal o dever de tratar o acusado como inocente durante toda a persecução penal, até que se prove o contrário, nos termos da Constituição, em seu art. 5º, LVII, de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

É nesta perspectiva, sobre o prisma axiológico de Ferrajoli e as garantias constitucionais do acusado, que nos debruçamos ao analisar o Acordo de Não Persecução penal (ANPP), do artigo 28-A do CPP, que foi inspirado na Resolução n.181, alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Em linhas gerais, pode-se dizer, que o Acordo é proposto ao indiciado de uma prática de infração penal, desde que praticado sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Caso seja aceito, fará com que o MP renuncie ao seu poder-dever de denunciar, e, desde que os termos ajustados sejam plenamente cumpridos pelo indiciado, entre outros benefícios, não terá a infração penal anotada em sua certidão de antecedentes criminais. Em outra palavra, o investigado não será reincidente, logo, não terá nenhum embaraço e não sofrerá nenhuma consequência a que estão sujeitos os condenados.

Aparentemente, parece ser uma inovação positiva, afinal o indivíduo não sofrerá *ius puniendi* do Estado, sequer será processado, não haverá persecução penal, quando muito ela se encerrar ainda na fase de investigação. Há neste sentido, conforme nos ensina Aury Lopes Jr (2021), uma ampliação de mecanismos da justiça negocial no Brasil, e, consequentemente, a mitigação de princípios orientadores da Ação Penal, o que obriga o ordenamento jurídico a necessidade de se reposicionar o papel do MP na persecução penal.

> Também é preciso que o processo penal brasileiro reposicione o Ministério Público na persecução penal, pois, a vingar um modelo negocial, já não há espaço para os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da acusação, e a indisponibilidade do objeto do processo penal. São questões que não podem coexistir com a concepção tradicional ainda vigente (JR., 2021, p.165).

Para Vasconcellos e Giacomolli (2015), o ANPP como um instrumento da justiça negocial é uma tendência irremediável no ordenamento jurídico brasileiro. Os Autores relacionam a Justiça Negocial como uma justiça mais célere, simplificada em relação aos procedimentos, "que almejam abreviar o caminho necessário à imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente representada pela barganha" (GIACOMOLLi, VASCONCELLOS, 2015, p.15). Eles argumentam ainda que está

entre as finalidades desse novo modelo de justiça criminal negocial, inspirado no modelo norte americano, o não aumento do encarceramento no país, já que o investigado não cumpriria pena de restrição de liberdade no sistema penitenciário brasileiro, que como se sabe , pelos dados divulgados pelo INFOPEN (2019), possui mais de 750 mil presos, sendo que mais de 40% são de presos provisórios, ou seja, pessoas encaradas em função de uma prisão cautelar, a espera de um julgamento.

Em decisão sobre o sistema penitenciário brasileiro, o Ministro Lewandowski do Supremo Tribunal Federal (STF), descreveu em seu voto as violações de direitos humanos aos que cumprem pena no Brasil,

> Abundam relatos de detentos confinados em contêineres expostos ao sol, sem instalações sanitárias; de celas previstas para um determinado número de ocupantes nas quais se instalam diversos "andares" de redes para comportar o dobro ou o triplo da lotação prevista; de total promiscuidade entre custodiados primários e reincidentes e, ainda, entre presos provisórios e condenados definitivamente; de rebeliões em que agentes penitenciários e internos são feridos ou assassinados com inusitada crueldade, não raro mediante decapitações ((BRASIL, 2015, p. 19-20, RE 592.581)

Assim, o ANPP se apresenta como uma alternativa de política criminal escolhida pelo legislador frente à superlotação e as crescentes violações que ocorrem nos estabelecimentos penitenciários. Todavia, é imperioso que haja o cuidado na regulamentação desses institutos da justiça negocial criminal para que não haja violação de direitos fundamentais da pessoa humana.

É neste contexto que se discute a constitucionalidade das condições impostas ao beneficiário do instituto, uma vez que ele é obrigado a confessar a prática da atividade delitiva, de modo que, a confissão que outrora era relativa no CPP agora passa, ao menos para este instituto, ter caráter absoluta. Retomando a um passado distante do direito processual penal, conforme assevera Marcão (2021), na qual a confissão possuía um valor absoluto, considerada a rainha das provas.

Além disso, há no ANPP a mitigação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e, principalmente, da presunção da inocência do investigado/indiciado, haja vista que confissão formal e circunstanciada ocorre em uma fase pré-processual a suposta infração penal. É sobre as implicações da necessidade de confissão que passaremos a debater a seguir.

2.A Confissão no Acordo de Não Persecução Penal

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Diante de uma proposta de acordo do Ministério Público, muitos, senão todos, aceitariam todos os ajustes obrigacionais, porque do contrário, seria enfrentar um processo penal e arriscar ao final dele, ir cumprir pena em uma cela superlotada do falido sistema penitenciário brasileiro e vivenciar todos os horrores do cárcere. Ainda assim, não se pode comemorar a inovação que traz o ANPP ao sistema penal brasileiro, pelo simples fato de evitar a prisão restritiva de liberdade. Todavia, se bem utilizada, nos parece ser um importante instrumento, e é por essa razão, que merece ser aprimorada.

Evidente, que sopesando na balança o peso de um processo penal, suas consequências sociais, psicológicas e criminais, que inclui a possibilidade de ser preso e cumprir pena em um estabelecimento do sistema penitenciário brasileiro, a tendência do indivíduo é de aceitar o acordo. É quase impossível, imaginar, que alguém, diante dessas circunstâncias, mesmo sendo inocente, não confesse o cometimento de uma infração penal. Não se trata de um ato de liberalidade, é uma exigência, pois como já vimos, o ANPP tem como um dos requisitos a confissão formal e circunstanciada, ou seja, ou o indiciado confessa ou não haverá acordo.

Tal exigência destoa de outros institutos semelhantes que existem no Brasil há mais tempo e que estão dispostos na lei 9.099/1995, dos Juizados Especiais e que julgam os crimes de menor potencial ofensivo. A norma prevê a possibilidade de composição dos danos civis (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). São importantes instrumentos despenalizadores, mas nenhum exige a confissão para que o MP ofereça a possibilidade de acordo, bastando, tão somente, o preenchimento dos requisitos. AMARAL e MATA (2020), por exemplo, destacam essa diferença entre o ANPP e a transação penal como substancial, uma vez que a lei dos Juizados Especiais, não exige e nem vultua nenhuma menção quanto à culpa ou confissão do crime transacionado.

Junior (2020) ao analisar a importância da confissão no nosso ordenamento jurídico destaca que não foi da vontade do legislador conferir a esse procedimento um valor probatório absoluto e sim relativo. Para ele, o nosso legislador relativizou a importância do acusado confessar a infração penal para confirmação da culpa do indivíduo, de modo que, a confissão é tão somente mais um elemento que integra o conjunto probatório capaz de orientar o juiz na tomada de decisão diante da análise do caso concreto. Ao citar a Exposição de Motivos do CPP o autor destaca,

> a própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Em suma, a confissão não é mais, felizmente, a rainha das provas, como no processo inquisitório medieval. Não deve mais ser buscada a todo custo, pois seu valor é relativo e não goza de maior prestígio que as demais provas (JUNIOR, 2020, p.724).

De modo que, o ANPP ao exigir a confissão quer que o indivíduo reconheça sua culpa, mesmo com a ausência do devido processo legal, o que contraria frontalmente os axiomas do professor Ferrajoli e a intenção do legislador brasileiro ao relativizar a confissão no ordenamento jurídico, que por si só, não constitui o condão de estabelecer convicção de culpa de alguém. Assim, tal exigência vai na contramão dos institutos da justiça negocial já existentes no Brasil e confere a confissão um caráter absoluto, característica que não possui mais no ordenamento jurídico brasileiro.

Marcão (2021) ao analisar o caráter relativo da confissão assevera que o julgador não pode julgar somente com base na confissão e que este deve levar em consideração todo o conjunto probatório. "A confissão confortada por outros elementos da instrução conduz o julgador, com particular segurança, a um melhor conhecimento dos fatos que o processo visa a apurar." (MARCÃO, 2021, p.1196)

Do modo como foi positivado, o instituto não abre espaço para a não exigência da confissão. Ao investigado/indiciado em relação a ANPP, que tem na barganha uma das suas principais características, não lhe sobram muitas opções. Pois este é aplicável à maneira do "ou-tudo-ou-nada" ou ainda do "pegar ou largar". Todavia, se o indivíduo largar, como não é caso de arquivamento do inquérito, o MP, como titular da ação penal pública, dará seguimento ao processo, que, embora seja assegurado os direitos de garantia do acusado, não ocorre de forma assimétrica.

Junior (2020) em discussão sobre o desvalor probatório da confissão, compartilhou dois casos, na qual atuou como advogado. Entre as razões que fizeram seus clientes confessar e aceitar o acordo, está no fato de ambos desejarem ingressar no serviço público,

> Conforme já exposto nas transcrições das petições orientadoras deste artigo, o acusado do crime contra a dignidade sexual precisava confessar porque é Bacharel em Direito, aprovado em concurso da Polícia Militar do Distrito Federal, pensando na possibilidade de outros concursos públicos. O acusado do outro processo também é Bacharel em Direito e pensa em realizar em concursos públicos. Conforme se vê o disposto no art. 28-A, § 12, do CPP, para os dois acusados, o sigilo sobre o processo é uma forte razão para se pretender o acordo de não persecução penal e, portanto, para realização da confissão exigida por lei (JUNIOR, 2020, p.6).

Outro aspecto relevante é que nesta regra do pegar ou largar, principalmente por exigir confissão, não há na lei exigência legal para que haja transparência dos atos até a assinatura do acordo, como por exemplo, a necessidade de que todos os atos sejam devidamente gravados, isto visando evitar abusos, ou questionamentos futuros sobre em

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

que condições o indivíduo confessou o crime. Não se pode deixar de considerar, que futuramente, o indivíduo possa alegar que confessou porque foi torturado pelos representantes do Estado, o que configuraria crime nos termos da Convenção Internacional sobre Tortura, da própria Constituição Federal vigente e a legislação infraconstitucional sobre o tema.

É no mínimo estranho a não inclusão da necessidade de gravação de todos os atos do acordo, já que a própria Resolução do CNPM dispõe em seu artigo 18, § 2º, que "a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor." Todavia, conforme destacado anteriormente, a lei não dispõe sobre isso, o que nos leva crer que não há a exigência de gravação por meio audiovisual na fase de assinatura do acordo. Como está a norma, um procedimento tão importante não precisa ser registrado por meio de recursos audiovisuais, sendo suficiente a assinatura das partes no acordo firmado.

Quer nos parecer que o legislador errou ao não ter previsto a necessidade de gravação, e mesmo a lei sendo silente, espera-se que o MP continue a seguir o que dispõe a Resolução produzida pelo próprio órgão, pois não se trata de um ato qualquer, trata-se de um ato na qual o indivíduo fará a narração de todos os fatos e as circunstâncias de uma infração penal, confessando a sua prática. Em outras palavras, a existência da possibilidade de um controle externo pressupõe a possibilidade de recuperar a verdade sobre os fatos, na qual a gravação fará diferença. A não gravação é preocupante já que toda a transparência neste caso é pouca dada à importância da confissão para a celebração do acordo.

2.1 Reflexões sobre a (in) constitucionalidade da Confissão no Acordo de não Persecução Penal

É bem verdade que existem debates, ainda que recentes, no meio acadêmico e jurídico sobre a necessidade ou não da confissão no ANPP, tendo como pano de fundo a sua constitucionalidade. Isto é, seria constitucional exigir que alguém se declare culpado para ter acesso ao ANPP? A exigência legal de confissão não contraria a Constituição e seus princípios fundamentais de garantia do acusado? Não contraria a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto de São José da Costa Rica, norma supralegal introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678 de 1992? De igual forma, não fere o princípio da publicidade dos atos processuais o silêncio da lei sobre a obrigatoriedade da gravação das tratativas para assinatura do acordo?

Para Souza (2020), por exemplo, a confissão como está é essencial para prevenir equívocos. De modo que, ao confessar, o beneficiário confere ao MP a segurança jurídica de que o acordo será celebrado com o indiciado apontado pelas provas colhidas na fase

inquisitorial como autor da infração penal. Para o autor, a *opinio delict* não é formada pela confissão, já que foi formada em momento anterior, quando do oferecimento da denúncia

Assim, o principal objetivo de se exigir a confissão seria o de possibilitar um cotejamento com a versão constante dos autos, observando se guarda correlação lógica e compatível com as demais provas até então produzidas, evitando-se com isso, a celebração de acordos com confissões desconexas com as circunstâncias de tempo, local, modo, etc.

Já para Monteiro (2020) a exigência é inconstitucional, fere os direitos fundamentais do indivíduo. Ele destaca ainda, que se trata de fase anterior há a persecução penal, onde não há nenhuma análise do mérito, de modo que é irrelevante a confissão para a homologação do acordo pelo juízo competente. Para ele, ao magistrado caberá, tão somente, a análise da voluntariedade e formalidade legal do instituto acordado previamente entre as duas partes, o que torna a confissão desnecessária e ilegal.

Na mesma linha de pensamento, Betta (2020) também argumenta que além da inconstitucionalidade, não há relevância da confissão no ANPP, eis que trata-se de acordo penal extraprocessual, onde não se afere culpa (e nem poderia se aferir, eis que afrontaria o devido processo legal); onde não há exame de mérito dos fatos; onde não se profere uma sentença penal condenatória. Logo desnecessária.

O Supremo Tribunal Federal, ainda não se pronunciou sobre ANPP a luz do Pacote Anticrime no que diz respeito à confissão, mas já foi provocado em função da aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP, por meio do habeas Corpus, 191.464 de 2020, o que não é o foco deste artigo ora em questão, razão pela qual não iremos tratar. Todavia, é certo que o debate permanece e tão logo terá a Suprema Corte que decidir, seja em sede do controle difuso ou concentrado, sobre a constitucionalidade da confissão como requisito necessário para celebração do referido instituto ora em análise.

Conclusão

Este artigo trouxe reflexões preliminares sobre a obrigatoriedade da confissão no Acordo de Não Persecução Penal incorporado ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964 de 2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, bem como a mitigação dos axiomas do direito processual penal e do direito penal relacionados às garantias do acusado. Tomou-se como referência os axiomas desenvolvidos pelo Jurista Ferrajoli e que é amplamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se apresentar os argumentos daqueles que são favoráveis e dos que são contrários à necessidade da confissão para que o Ministério Público proponha a celebração do acordo com o indiciado.

Neste sentido, buscou mais do que apresentar a natureza jurídica da confissão, bem como a sua finalidade, mas enquadrá-la em relação ao seu valor probatório, que como

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

vimos não deve ser considerada a rainha das provas, já que ela tem um valor probatório relativo, como qualquer outra prova. Ou seja, a confissão não tem valor absoluto nem na fase de investigação e nem mesmo na fase de instrução criminal, devendo o juiz competente considerá-la para formação de juízo de culpabilidade dentro do conjunto probatório produzido, para só assim, sentenciar o acusado.

É bem verdade que a justiça criminal negocial chegou para ficar, é de fato um caminho sem volta e uma opção legítima do legislador. Em muitos aspectos, consideramos ser uma política criminal acertada e importante para a celeridade e a simplificação dos procedimentos da justiça criminal, alinhada à estratégia de evitar o aumento da população carcerária no Brasil. Todavia, não se pode perder de vista os parâmetros existentes na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional brasileira. De modo que, se na instrução criminal a confissão tem valor relativo, não tem justificativa para que em uma fase pré-processual, ela tenha um valor absoluto. O que nos leva a considerar como importante os argumentos dos autores que demonstram claramente ser ela desnecessária como requisito para celebração do acordo.

Outro aspecto que merece destaque é quanto à não exigência legal de transparência dos atos que compõem o ANPP até a sua assinatura pelas partes. Pelo princípio da publicidade todos os atos praticados pelos agentes públicos, em regra, são públicos. E neste caso, não estamos a falar de qualquer ato, mas um ato na qual alguém confessa a prática de uma infração penal. Desta forma, aqui também corroboramos, com aqueles que defendem que deve haver total transparência, afinal embora estejamos sobre as regras de um sistema acusatório, não existe uma relação assimétrica entre os representantes do Estado e o indivíduo. Não se pode desconsiderar o poder de império do Estado diante do particular, ainda mais na esfera penal. Desta feita, a publicidade dos atos, por meio de gravação audiovisual, se faz necessária, para evitar possíveis abusos, devendo o Ministério Público manter a exigência, conforme previsto na resolução interna nº 181 que disciplina o ANPP.

Por fim, a expansão da justiça criminal negocial no Brasil não deve ser implantada a qualquer custo. Não é o direito processual penal que precisa se adequar para incorporar os procedimentos da justiça criminal negocial. É esta que precisa balizar sua atuação respeitando os direitos e garantias individuais. De modo que, é imperioso, que haja a compatibilização entre seus procedimentos e os princípios constitucionais de garantia do acusado, tais como os princípios da presunção de inocência, o exercício do contraditório e da ampla defesa e o acesso ao devido processo legal. Em outras palavras, qualquer aparente avanço na legislação, tem que defender as garantias do acusado, impondo limite ao Estado no seu direito de punir. Do contrário, é ilegal, é inconstitucional, devendo o Judiciário declará-la em defesa dos direitos fundamentais. .

BIBLIOGRAFIA

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

AMARAL, Marcelo Eustáquio do; MATA, Mardeli Maria do. **Justiça Restaurativa: Institutos da despenaliação, resolução de conflitos e pacificação social**. Revista Juridica Direito e Realidade. *v. 8, n. 11, 2020.* Disponível: (fucamp.edu.br) *Acesso: 10 de dez. 2020.*

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

BETTA, Emerson de Paula. **Da inconstitucionalidade e irrelevância do requisito da confissão no ANPP**. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-17/tribuna-defensoriainconstitucionalidade-irrelevancia-confissao-anpp. Acesso em: 10 de dez. 2020.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006,

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: *10 de dez. 2020*

Brasil. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. . Lei que aperfeiçoa a legislação penal e processual. Brasília, DF: SENADO, 2019. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: *10 de dez. 2020*

BRASIL. **Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** - INFOPEN 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9 . Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL.CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). **Resolução nº 181, de 07 de Agosto de 2017.** Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf Acesso em: *Acesso: 10 de dez. 2020*

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal.** 3 ed. - Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Justiça criminal negocial: Crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal.** Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 20, n. 3, set./dez. 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

JUNIOR, Sidio Rosa de Mesquita. O Momento do Acordo de Não Persecução Criminal e o Desvalor Probatório da Confissão Necessária. Disponivel: https://conteudojuridico.com.br/coluna/3152/o-momento-do-acordo-de-no-persecuo-criminal-e-o-desvalor-probatrio-da-confisso-necessria . Acesso: 10 de dez de 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo. Saraiva. Educação, 2020.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 209-227, jan./mar. 2009. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5871. Acesso em: 10 de dez de 2020.

MARCÃO, R. **Curso de Processo Penal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MONTEIRO, **Pedro. A confissão no acordo de não persecução penal.** Revista Eletrônica Consultor Jurídico, mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-set-14/pedro-monteiro-confissao-acordo-nao-persecucao-penal. Acesso em: 10 de dez. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do Pacote Anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. N. 318 - Maio/2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6339-Analise-da-proposta-de-acordo-penal-art-395-A-do-Pacote-Anticrime-risco-de-generalizacao-e-necessidade-de-limitacao-da-justica-criminal-negocial . Acesso em: 10 de dez de 2020.

SOUZA, Renee do Ó. **Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019.** In: SOUZA, Renee do Ó. Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019. São Paulo: D´Plácido, 2020, p. 129.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO SISTEMA FEDERALISTA BRASILEIRO

JARDIAN MORAES MONTEIRO: Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas- UFAM. [15]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o sistema de repartição das receitas tributárias na atual conjuntura constitucional, abordando a arrecadação dos tributos do Governo e o repasse entre os entes federados. Para tanto, pretende-se, por meio de um método qualitativo, promover uma investigação acerca do sistema federalista adotado pela Constituição e os seus reflexos na divisão da competência tributária dos entes federativos, a fim de se identificar, ao final, os critérios adotados na repartição das receitas tributárias, enfatizando suas características e objetivos.

Palavras-chave: receitas tributárias, repartição das receitas, competência tributária, federalismo.

ABSTRACT: This article aims to analyze the tax revenue sharing system in the current constitutional conjuncture, addressing the collection of Government taxes and the transfer between the federated entities. Therefore, it is intended, through a qualitative method, to promote an investigation about the federalist system adopted by the Constitution and its reflexes in the division of the tax competence of the federative entities, in order to identify, in the end, the criteria adopted in the sharing of tax revenues, emphasizing their characteristics and objectives.

Keywords: tax revenues, revenue sharing, tax jurisdiction, federalism.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Considerações acerca do federalismo na Constituição de 1988 - 3. Competência Tributária e Federalismo - 3.1. Aspectos Gerais da Competência Tributária - 4. Repartição das Receitas Tributárias - 4.1. Modalidades de Repartição das Receitas Tributárias - 4.1.1. Repartição Direta em proveito dos Estados e do Distrito Federal - 4.1.2. Repartição Direta em proveito do Municípios - 4.1.3. Repartição Indireta em proveito dos Estados, Distrito Federal e Municípios - 5. Considerações Finais - 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1998, quando da sua promulgação, adotou o regime de

[15] Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas- UFAM. E-mail para contato: jardianmoraes@gmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Federalismo, o qual privilegia a descentralização do poder político e a consequente repartição das competências entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e seus Territórios e os Municípios, a partir do que, os entes federados passaram a ser dotados de autonomia.

A autonomia, ora atribuída aos entes federados, consubstanciada na capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração, para que, de fato, fosse alcançada, necessitava da adoção de instrumentos tributários e financeiros capazes de assegurar o exercício e a realização independente dessas competências, sem que houvesse a necessidade de interferência de outros atores do pacto federativo. Para tanto, era necessário que os entes federados tivessem, também, autonomia financeira.

Desta maneira, visando assegurar a autonomia financeira dos entes federados, a Constituição elencou um sistema complexo de normas em matéria de tributação, prevendo, inclusive, situações em que haveria a participação de uma ou mais pessoas políticas no produto da arrecadação de tributos da competência de outro ente estatal. Surge, nesse contexto, a figura da repartição das receitas tributárias.

Diante desse cenário, o presente trabalho se propõe a analisar a repartição das receitas tributárias, sob a ótica do sistema federalista adotado pela Constituição de 1988, de modo que se pretende, em primeiro momento, traçar considerações a respeito do federalismo e suas consequências na organização do Estado.

No âmbito da organização do Estado, busca-se, ainda, verificar os aspectos gerais da estruturação das competências tributárias e a distribuição de renda entre os entes da federação, com vista a considerar a existência ou não da efetiva autonomia para o cumprimento dos encargos atribuídos a cada ente.

Por fim, propõe-se a averiguar os critérios adotados na repartição das receitas tributárias da atual conjuntura constitucional, enfatizando suas características e objetivos, bem como sua importância para a garantia da autonomia financeira dos entes federativos.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta Magna de 1988 preconiza o federalismo, logo em seu dispositivo inicial[16], dispondo sobre a união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, prevendo, ademais, em seu artigo 18[17], a organização político-administrativa da Federação, composta por três níveis de governo, todos dotados de autonomia e

[16] Art. 1º da CRFB/88: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel entre Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito..."

[17] Art. 18 da CRFB/88: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos e independentes entre si."

independência entre si.

A Constituição confere, ainda, máxima proteção à forma federativa do Estado, de modo que é vedada qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa do Estado, sendo esta uma cláusula pétrea, conforme disposto no artigo 60, §4º, inciso I[18], da CF. Assim, é possível notar o grau de importância conferido ao federalismo no âmbito constitucional, de maneira que se pretende, a todo custo, proteger os elementos essenciais da Federação.

De outro modo, além de fazer parte da identidade do projeto constitucional atual, o federalismo, enquanto elemento de descentralização política, é de extrema importância para a democracia e para as liberdades protegidas pelo Estado, a partir do que, permite com que os entes atuem com autonomia, ao tempo em que promove a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, diferentemente do que vinha sendo adotado na história do federalismo do Brasil, apresentou uma nova formatação às bases do Federalismo, passando a considerar, como objetivo do Estado, "a cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional" (BERCOVICI, 2008, p. 8)[19].

Outrossim, o aspecto formal, sistematizado pela Constituição de 1988, deve ser analisado sob o ponto de vista prático-efetivo, sendo necessário, portanto, que se verifique se os entes federados gozam, de fato, de autonomia e de recursos financeiros para o cumprimento de suas prestações, ora atribuídas pelo texto constitucional.

Sendo assim, é preciso que se examine o Federalismo a partir da esfera fiscal, verificando-se a competência tributária atribuída aos entes federativos, bem como as relações intergovernamentais que se empenham no fornecimento de recursos financeiros às unidades federativas.

3. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E FEDERALISMO

Ao passo em que o Federalismo foi evoluindo no decorrer dos anos, até o formato atualmente adotado pela Constituição de 1988, a tributação e, consequentemente, o sistema de competências tributárias também passaram por diversas modificações nas suas estruturas. Isso porque, a adoção de um Estado Federal, com bem visto, pressupõe a existência de entes federativos autônomos, dotados de atribuições constitucionalmente

[18] Art. 60 da CRFB/88: "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado..."

[19] BERCOVICI, Gilberto. **O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa:** memórias da pesquisa. Revista Jurídica. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., abr-mai 2008, p. 01-18.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

previstas, na forma das competências legislativas, administrativas e tributárias.

A respeito do tema, ALMEIDA (2000, p.14)[20] leciona:

> Desnecessário parece enfatizar a importância da matéria, quando se sabe que a Federação não pode funcionar senão com base na repartição de competências entre o conjunto e as partes que o integram, sendo certo que o arranjo que a propósito se estabelecer é que condicionará a feição do Estado Federal.

Logo, para que o federalismo se efetive, é necessário que o Poder Fiscal seja repartido entre os entes federativos legitimamente competentes, a partir do que, cabe a Constituição Federal especificar os limites de atuação de cada ente, delimitando suas atividades legislativas, administrativas e fiscais.

Compartilhando do mesmo raciocínio, BARACHO (1986, p. 53)[21] destaca que "a discriminação de competências da Federação e as das Coletividades Federais constitui um dos aspectos essenciais da metodologia do federalismo, desde que ela forneça elementos para a configuração do tipo federal consagrado".

Nesse sentido, entende-se que a outorga da competência, no Estado Federado, além de conferir autonomia aos entes federativos, tem como objetivo "promover a coordenação e cooperação entre os entes federativos para a execução das tarefas e objetivos enunciados na Constituição de 1988" (CAGNONE, 2008, p. 27)[22].

Desse modo, feitas as considerações a respeito da relação entre o federalismo e a competência tributária, analisar-se-ão os aspectos gerais e a atual discriminação da competência tributária entre os entes federados.

3.1. ASPECTOS GERAIS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

A Constituição de 1988 atribui diversas competências aos entes federativos, dentre as quais, as competências tributárias, responsáveis pela efetivação da autonomia de cada ente federado. Ademais, o texto constitucional, estabelece como entes federados a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos em paridade hierárquica e incumbidos da organização política e administrativa do país.

[20] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na constituição de 1988.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

[21] BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

[22] CAGNONE, Miranda Ramalho. **O artigo 23 da Constituição de 1988 e a estruturação do federalismo cooperativo no Brasil.** 2008. p. 84. Dissertação.

A Carta Magna, visando conferir recursos financeiros aos entes federativos, repartiu a matéria tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, permitindo a instituição, lançamento e a cobrança de tributos por cada um dos entes, estabelecendo, assim, suas competências tributárias.

Luciano Amaro[23] (2006, p. 93) conceitua a competência tributária da seguinte forma:

> " ... o poder de criar tributos é repartido entre os vários entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor prestações tributárias, dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição. Temos assim a competência tributária — ou seja, a aptidão para criar tributos — da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos têm, dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir o seu alcance, obedecidos os critérios de partilha de competência estabelecidos pela Constituição. A competência engloba, portanto, um amplo poder político no que respeita a decisões sobre a própria criação do tributo e sobre a amplitude da incidência, não obstante o legislador esteja submetido a vários balizamentos."

Nesse sentido, entende-se que a competência tributária é a aptidão para instituir tributos, estipulando hipóteses de incidência, base de cálculo, alíquotas e os sujeitos, passivo e ativo, da relação tributária. Logo, a competência tributária é a faculdade que a Constituição confere aos entes para que tributem.

Outrossim, é preciso que se faça uma distinção entre os entes com competência para criar tributos e os entes que podem se beneficiar com as receitas advindas desses tributos. Isso porque, enquanto naquele é possível que o ente regule o tributo, neste último, o ente somente tem direito a receber parcela do produto arrecadado dos tributos de ente competente alheio, não podendo, desta forma, regulá-lo.

Misabel de Abreu Machado Derzi[24] (1991, p. 363), distingue a pessoa competente da pessoa beneficiada, da seguinte maneira:

> Pessoa competente é aquela pessoa constitucionalmente dotada da faculdade de criar e regular tributos, mediante lei. [...] Acresce, ainda, que a competência é atribuída em norma constitucional, originária e de eficácia imediata, razão pela qual seu exercício independe de

[23] AMARO, Luciano. **Direito Tributário.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

[24] DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Repartição das receitas tributárias.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, no 33, p. 351-402, 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> manifestação de outro Poder ou de edição de normas gerais. [...] Pessoa beneficiada é aquela constitucionalmente dotada pela constituição de direito de participar do produto arrecadado de tributo próprio ou alheio [...]. No Federalismo Cooperativo, os entes estatais podem ser beneficiários de renda, cujos tributos sejam de alheia competência. [...] Seja como for, o conceito de pessoa competente para instituir tributo não coincide com o de pessoa constitucionalmente beneficiada pelo produto arrecadado.

A existência da diferença entre o ente competente para instituir um dado tributo e o ente que detém capacidade de auferir parte das receitas arrecadas de tributo alheio, decorre das características inerentes à própria competência tributária.

Nessa perspectiva, a competência tributária pode ser caracterizada da seguinte maneira: a) indelegável- não pode ser delegada a terceiro; b) imprescritível- o não exercício da competência tributária conferida ao ente não prescreve, com o tempo, a capacidade de exercê-la; c) inalterável- a competência tributária não pode ser modificada e, portanto, deve ser observada nos ditames da Constituição; d) irrenunciável- o ente não pode renunciar a competência tributária lhe atribuída; e) facultativa- uma vez atribuída a competência tributária, o ente pode ou não exercê-la.

A competência tributária pode ser classificada, ainda, em: a) competência privativa- diz respeito à aptidão exclusiva, conferida a um determinado ente para criar tributos; b) competência comum- nessa classificação há o compartilhamento da aptidão de instituir tributos entre dois ou mais entes federativos; c) competência residual- capacidade atribuída a União, de instituir impostos não previstos na Constituição, desde que o faça mediante lei complementar; d) competência cumulativa- diz respeito a competência conferida à União e ao Distrito Federal, no artigo 147[25] da Constituição; e) competência extraordinária - é a capacidade conferida à União para instituir o imposto extraordinário de guerra, conforme disposto no art. 154[26], II, da CRFB/88; f) competência especial - refere-se a competência para instituir empréstimos compulsórios e contribuições especiais, previstos nos artigos 148[27] e 149[28] da Constituição Federal

[25] Art. 147 da CF/88: Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.

[26] Art. 154. da CF/88: A União poderá instituir: [...] II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.

[27] Art. 148, caput, da CF/88: A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

[28] Art. 149 da CF/88: Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua

respectivamente.

Observadas as formas elencadas na distribuição de competências, os entes podem gozar de suas atribuições para auferir recursos financeiros, a fim de custear as atividades elencadas pela Constituição.

Analisados os aspectos gerais da competência tributária, passa-se a análise da repartição tributária, matéria central do presente trabalho.

4. REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

O estudo das receitas tributárias pressupõe o esclarecimento quanto ao ramo do direito a que pertence. A doutrina, quase por unanimidade, entende que a matéria das receitas tributárias cabe ao ramo do Direito Tributário, posto que esta encontra-se inserida no capítulo da Constituição de que trata o Sistema Tributário Nacional. Porém, a repartição das receitas tributárias nada se relaciona aos contribuintes, porquanto interessa somente às entidades políticas tributantes, inserindo-se, deste modo, no plano da atividade financeira do Estado. Logo, trata-se de matéria que deve ser estudada pelo ramo do Direito Financeiro.

Nesse sentido, Leandro Paulsen[29] (2014, p. 513) esclarece:

> A repartição das receitas tributárias opera no plano da destinação do montante arrecadado. É matéria de Direito Financeiro. (...) A repartição das receitas tributárias não interfere, de modo algum, na competência tributária. (...) Só o ente político competente para instituir cada imposto é que pode instituí-lo e legislar sobre o mesmo, estabelecendo, por exemplo, os aspectos da sua norma tributária impositiva, casos de substituição e de responsabilidade tributárias e obrigações tributárias acessórias. (...) A condição de destinatários de parcela do produto da arrecadação de impostos da competência de outros entes políticos não eleva os Estados e Municípios a seus sujeitos ativos.

Assim, considerando que a matéria das receitas tributárias deve ser tratada no âmbito do Direito Financeiro, proceder-se-á aos estudos.

Como bem visto, a repartição da competência tributária visa fornecer uma

atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

[29] PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência.** 16. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

suficiência de recursos aos entes federados, para que, assim, cumpram suas responsabilidades na consecução das atividades públicas. Todavia, o produto arrecadado em razão da distribuição da competência tributária nem sempre é suficiente para o cumprimento das atribuições administrativas conferidas aos entes. Isso porque há grande desproporcionalidade entre a repartição das receitas dos entes e o sistema de atribuições de cada um.

A esse respeito, Harrison Leite[30] (2020, p. 356) leciona:

> A federação brasileira apresenta algumas distorções, dentre elas está a ausência de sincronia entre o sistema de repartição de receitas dos entes federativos e o sistema de atribuições de cada um. Assim é que, considerando toda a receita tributária arrecadada no país, a União isoladamente fica com 60% do total arrecadado, seguida dos Estados-Membros e Distrito Federal, que arrecadam 25% do total, e os Municípios com apenas 15% das receitas.[31]

Nesse sentido, tendo em vista as desigualdades na arrecadação das receitas entre os entes federativos, os recursos próprios destes se tornam insuficientes para satisfação de suas atribuições, sendo preciso que ocorra uma repartição das receitas tributárias entre todos os entes federados, de modo a tornar mais justa a relação entre as receitas e as atividades administrativas. Essa repartição tem como objetivo garantir a autonomia dos entes da Federação.

É preciso considerar, ainda, que na repartição das receitas o que se pretende dividir é o produto da arrecadação de um determinado tributo instituído por um dos entes, e não a competência de instituir, fiscalizar ou cobrar determinado tributo, porquanto, como já visto em tópico anterior, a competência tributária (instituir, fiscalizar e cobrar tributos) é delimitada por alguns princípios.

Pois bem, a repartição das receitas tributárias se dá pelo recebimento de recursos arrecadados por outro ente, de forma que, a obtenção desses recursos decorre de transferências intergovernamentais, que permitem com que parte das receitas tributárias sejam repassadas de um ente de maior abrangência territorial para um de menor abrangência. Desta forma, não há que se falar em transferência de Municípios para os Estados ou União e nem dos Estados para a União.

Embora, no primeiro momento, a ideia da repartição das receitas tributárias confira

[30] LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** 9ª Ed., Salvador: Editora jusPODIVM, 2020.

[31] Estudo pormenorizado poderá ser encontrado no sítio www.cnm.org.br, artigo **"Estudos Fiscais: Estimativa da Participação dos Entes da Federação no Bolo Tributári**o".

maior facilidade aos entes federativos, que não precisam se preocupar com custos referentes à instituição, fiscalização e cobranças dos tributos, a autonomia desses entes acaba sendo limitada por questões político-burocráticas. Desta forma, entende Kiyoshi Harada[32] (2020, p.133):

> "...pode parecer que o mecanismo de participação no produto de arrecadação de imposto alheio favorece as entidades políticas participantes, à medida que as livra dos custos de implantação, de fiscalização e de arrecadação. Na realidade, porém, tolhem as autonomias dessas entidades, porque inúmeros entraves burocráticos, inclusive os de natureza política, se interpõem, dificultando o recebimento oportuno dessas participações, sem contar as limitações e condicionamentos previstos na própria Carta Política e na legislação infraconstitucional, impondo o direcionamento dos recursos que lhes são transferidos."

Kiyoshi Harada, enfatiza ainda que:

> "A única forma de assegurar a independência político-administrativa às entidades componentes da Federação é conferir-lhes a autonomia financeira, por meio de tributos próprios, o que importa na reformulação da discriminação constitucional de rendas, e que torna cada vez mais difícil qualquer ideia de implantação do chamado imposto único. "

Sendo assim, embora a repartição das receitas tributárias seja um mecanismo de garantia da autonomia dos entes federados - autonomia esta que se pretende alcançar não pela atribuição de tributos próprios de cada ente, de forma a produzir seus rendimentos, mas sim pela distribuição de parte do produto arrecadado por determinado ente federativo - na prática existem muitos entraves e condições impostas pela própria Constituição ou pela legislação infraconstitucional.

Feito este breve parêntese, a repartição das receitas tributárias só pode se concretizar no momento que há a instituição do tributo pelo ente competente. Assim, a relação jurídica estabelecida entre os entes federados, enquanto sujeitos, ativo (repassador) e passivo (recebedor), ocorre posteriormente a criação do tributo e a concretização do fato gerador, que culmina na cobrança e, consequentemente, na arrecadação. Logo, é preciso que haja efetiva arrecadação do tributo, pois, até então, o que se tem é uma mera expectativa de participação na receita alheia (DEL FIORENTINO,

[32] HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário.** 29a ed., São Paulo: Atlas, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

2010, p. 220)[33].

A regulamentação da repartição das receitas tributárias encontra-se nos artigos 157 a 162 da Constituição Federal. A seguir, serão melhor analisadas as modalidades de transferência das receitas tributárias.

4.1. MODALIDADES DE REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

A repartição das receitas tributárias pode ocorrer de duas maneiras: de forma direta ou indireta.

Há na doutrina, ainda, quem acredite que existem três modalidades de repartição tributária, sendo elas: (a) participação direta dos Estados, DF e Municípios no produto de arrecadação de imposto de competência impositiva da União; (b) participação no produto de impostos de receita partilhada; (c) participação em fundos (HARADA, 2020, p. 136)[34].

Kiyoshi Harada[35] classifica as modalidades de repartição da seguinte maneira:

> A primeira modalidade está prevista nos arts. 157, I, e 158, I, da CF. As parcelas do imposto sobre a renda retidas na fonte, a qualquer título, por essas entidades e suas autarquias ou fundações lhes pertencem, incorporando-se, desde logo, às respectivas receitas correntes.
>
> [...]
>
> A segunda modalidade consiste na participação no produto de impostos de receita partilhada (arts. 157, II, 158, II, III, IV e 159, III, da CF). No caso, o imposto, ao ser criado, já pertence a mais de uma pessoa política, nos exatos limites constitucionais fixados.
>
> [...]
>
> A terceira modalidade corresponde à percepção, pelas entidades políticas beneficiadas, de determinadas importâncias dos fundos formados por quarenta e oito por cento dos produtos de

[33] DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As transferências intergovernamentais no federalismo fiscal brasileiro.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

[34] Ibidem, pág. 136.

[35] Ibidem, pág. 137.

arrecadação do imposto sobre a renda e do imposto sobre produtos industrializados, consoante previsão do art. 159, incisos e parágrafos da CF. Ao creditar aos Estados, DF e Municípios as parcelas dos respectivos Fundos de Participação a União compensa dos valores repassados o produto da arrecadação na fonte feita nos termos do art. 157, I e art. 158, I da CF (§ 1 o do art. 159 da CF).

Para fins acadêmicos, adotar-se-ão as modalidades de repartição direta e indireta das receitas tributárias.

A repartição direta é aquela na qual não há intermediação, ou seja, é feita pelo ente federativo que apropria-se da receita, de forma total ou parcial, por meio da transferência orçamentária, ou repasse direto, feito pelo ente com competência tributária. Esta modalidade encontra-se prevista nos artigos 153, §5º[36], 157[37] e 158[38], da Constituição

[36] Art. 153. da CRFB/88: Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

§ 5º O ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se exclusivamente à incidência do imposto de que trata o inciso V do "caput" deste artigo, devido na operação de origem; a alíquota mínima será de um por cento, assegurada a transferência do montante da arrecadação nos seguintes termos:

I - trinta por cento para o Estado, o Distrito Federal ou o Território, conforme a origem; II - setenta por cento para o Município de origem

[37] Art. 157. da CRFB/88: Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

[38] Art. 158. da CRFB/88: Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III;

III - cinqüenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Federal.

A repartição indireta é aquela em que se possui maior complexidade. Isso porque a modalidade indireta é executada por meio de fundos, compostos por diversas parcelas de receitas de impostos, os quais são repartidos conforme os critérios estabelecidos na Constituição e em sua legislação regulamentadora.

Quanto aos critérios estabelecidos no ordenamento jurídico, no que diz respeito à possibilidade de restrição ou retenção dos recursos provenientes da repartição direta, Marcus Abraham[39] (2017, p.92) leciona:

> Cabe registrar que essas transferências financeiras são de natureza obrigatória, vez que constitucionalmente definidas, e não se confundem com as transferências voluntárias ou discricionárias entre os entes federativos firmadas por meio de acordos ou convênios. Por isso, são automáticas, incondicionadas, desvinculadas e sem contrapartida, vedada a restrição ou retenção dos recursos (exceto nos casos estabelecidos no parágrafo único do art.160, CRFB/88), e a retenção injustificada pode dar ensejo a intervenção federal nos Estados e Distrito Federal (art. 34, inciso V, b, CRFB/88).

Desta forma, a regra é que não haja retenção ou restrição dos recursos atribuídos constitucionalmente aos entes federativos. Pois bem, passa-se a análise das modalidades de repartições.

4.1.1 REPARTIÇÃO DIRETA EM PROVEITO DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

O artigo 157 da CRFB/88, em seu inciso primeiro, estabelece as receitas que são repartidas entre os Estados, Distrito Federal e Territórios. Dessa forma, conforme leitura do dispositivo, é possível perceber que todo o montante arrecadado a título de Imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Estados e DF, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem, devem ser revertidas em proveito destes.

Além disso, o artigo 157, inciso II, que trata da competência residual da União em instituir impostos não previstos no texto constitucional, preconiza que o produto arrecadado dos impostos residuais, deve ser revertido, no montante de 20% (vinte por cento), em proveito, também, dos Estados e do Distrito Federal. A Constituição estabelece,

comunicação.

[39] Abraham, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro.** 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

ainda, que 30% (trinta por cento) do montante arrecadado a título de Imposto sobre Operações Financeira (IOF), incidente sobre operações com ouro, deve ser repartido entre os Estados e o Distrito Federal (art. 153, § 5º, inciso I, CRFB/88).

O inciso III[40] do artigo 159 da CRFB/88, determina que 29% (vinte e nove por cento) do montante arrecadado a título de contribuições de intervenção do domínio econômico, relativas às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (art. 177, §4[41] da CRFB/88), seja, da mesma forma, repartida em proveito dos Estados e Distrito Federal.

Quanto às receitas decorrentes da CIDE- Combustível, a destinação dessas receitas pressupõe a observância de uma característica fundamental das contribuições especiais: a afetação das receitas. Desta forma, as receitas dessa contribuição devem ser destinadas às finalidades estabelecidas pela Constituição, ou seja, ainda que tenha havido a repartição do montante arrecadado, os Estados e o Distrito Federal são obrigados a promover a destinação devida.

4.1.2. REPARTIÇÃO DIRETA EM PROVEITO DOS MUNICÍPIOS

A Constituição, em seu artigo 158, estabelece a participação direta dos Municípios nas arrecadações da União e dos Estados. Da leitura do dispositivos e de seus incisos, é possível notar que a totalidade do produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR), incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelos Municípios, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem, devem ser revertida em proveito deste.

Além disso, o Município tem direito a metade do produto arrecadado do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural, de competência da União, relativamente aos imóveis situados em sua localidade, cabendo, ainda, a totalidade do montante arrecadado, nos casos em que o Município for responsável pela fiscalização e cobrança (artigo 153, §4º, III da CRFB/88)[42].

Os Municípios têm direito, ainda, a metade do produto arrecadado do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)- de competência dos Estados- relativo

[40] Art. 159, inciso III, da CRFB/88: do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, *c*, do referido parágrafo.

[41] Art. 177, §4 da CRFB/88: "A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos..."

[42] Artigo 153, §4º, III, da CRFB/88: "será fiscalizado e cobrado pelos Municípios que assim optarem, na forma da lei, desde que não implique redução do imposto ou qualquer outra forma de renúncia fiscal.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

aos veículos licenciados em seus territórios.

Os Municípios também fazem jus a 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte, interestadual e intermunicipal, e de comunicação (ICMS), devendo observar as regras estabelecidas no artigo 158[43], parágrafo único, da CRFB/88.

4.1.3. REPARTIÇÃO INDIRETA EM PROVEITOS DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS.

A repartição indireta das receitas tributárias é realizada por meio de determinados fundos de participação, dentre os quais, RAMOS FILHO[44] (2020, p.319) menciona:

> "... Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), formado por 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) do que for arrecadado a título dos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) e sobre produtos industrializados (IPI) (art. 159, inciso I, alínea a, CF);
>
> Fundo de Participação dos Municípios (FPM), formado por: a) 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) da arrecadação dos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR) e sobre produtos industrializados (IPI) (art. 159, inciso I, alínea b, CF); b) 1% (um por cento) da arrecadação dos referidos impostos federais, percentual este que será entregue até o dia 10 do mês de dezembro de cada ano (art. 159, inciso I, alínea d, CF); c) 1% (um por cento) da arrecadação dos referidos impostos federais, percentual este que será entregue até o dia 10 do mês de julho de cada ano (art. 159, inciso I, alínea e, CF);
>
> Fundo das Agências Regionais de Fomento (FARF), formado por 3% (três por cento) da arrecadação dos impostos sobre a renda e

[43] Art. 158, parágrafo único da CRFB/88: As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos.

[44] RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito financeiro esquematizado.** 3ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

> proventos de qualquer natureza (IR) e sobre produtos industrializados (IPI), destinando-se a programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por intermédio de suas instituições financeiras de caráter regional (art. 159, inciso I, alínea c, CF)1204;
>
> Fundo compensatório do IPI pela imunidade do ICMS nas exportações de produtos industrializados (art. 155, § 2º, inciso X, alínea a, CF), formado por 10% (dez por cento) da arrecadação do IPI, que serão distribuídos, proporcionalmente ao valor das exportações de produtos industrializados, aos Estados e ao Distrito Federal (art. 159, inciso II, CF)1207, os quais repassarão 25% (vinte e cinco por cento) do que receberem aos Municípios localizados em seus territórios (art. 159, § 3º, CF)...”

Importante salientar que o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) e o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), devem respeitar a parcela de arrecadação do Imposto de Renda pertencente aos entes, ora mencionados. Excluindo-se, desta forma, a referida parcela dos cálculos dos valores destinados ao fundo.

Ademais, para além da existência dos fundos de participação, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), em seu artigo 25[45], caput, tornou possível que sejam feitas transferências voluntárias de recursos financeiros entre os entes federativos, sem que haja necessidade da existência de dispositivo constitucional ou legal regulamentando, haja vista que o objetivo dessas transferências é a cooperação, auxílio ou assistência financeira à outro ente.

Outrossim, da análise das modalidades de repartição, seja direta ou indireta, é possível notar que o produto da arrecadação de alguns tributos não se inserem no esquema de repartição, dentre os quais, no âmbito dos Municípios, nenhum imposto municipal sofre repartição de sua arrecadação. No plano da União, não se sujeitam ao sistema de repartição, o imposto sobre importação de produtos estrangeiros (II), o imposto sobre exportação para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE) e o imposto sobre grandes fortunas (IGF). Na esfera dos Estados, isenta-se da repartição o produto da arrecadação do imposto sobre transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD).

[45] Art. 25, caput, da LC 101/2000: Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A repartição das receitas tributárias e a distribuição das competências tributárias guardam íntima relação entre si, de forma que o entendimento da repartição das receitas é melhor compreendido quando se conhece as bases principiológicas das competências tributárias e a influência do federalismo na autonomia dos entes políticos.

A partir do presente estudo, foi possível compreender as modalidades de repartição das receitas, diretas e indiretas, e a forma como a Constituição tratou do sistema de repartição, na garantia da autonomia financeira e, consequentemente, política e administrativa dos entes federados. Ademais, quando se trata de restrição ou retenção dos recursos atribuídos constitucionalmente aos entes políticos, a regra é que não pode haver, muito embora a Constituição admita excepcionalmente.

Outro grande aspecto que foi levado ao campo do presente estudo é relacionado ao ramo do direito, a que cabe estudar a matéria de repartição das receitas tributárias. Como bem visto, parte da doutrina entende se tratar de matéria do campo do direito tributário, sob o argumento de que a matéria se insere no capítulo da Constituição relacionado ao Sistema Tributário Nacional. Todavia, entende-se que a matéria não diz respeito ao contribuinte, hipótese de incidência ou questões do tipo, tratando-se tão somente do produto da arrecadação de tributos, sendo, portanto, matéria de direito financeiro.

Conclui-se que, atualmente, o único mecanismo responsável por conferir maior paridade entre os entes políticos, e consequentemente, preservar as características essenciais do Estado Federativo, quais sejam, a descentralização do poder e a autonomia dos entes, é a repartição das receitas tributárias. Todavia, como Kiyoshi Harada menciona, nem sempre a repartição favorece as entidades políticas participantes, em razão da existência de entraves político-burocráticos.

6. REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro.** 4ª ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na constituição de 1988.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 93.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo.** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BERCOVICI, Gilberto. **O federalismo no Brasil e os limites da competência legislativa e administrativa:** memórias da pesquisa. Revista Jurídica. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., abr-mai 2008, p. 01-18. Disponível em: < https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/253/241> acesso em 04 de Abril de 2022.

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

BRASIL. **Lei Complementar Nº 101 de 04 de Maio de 2000**. Brasília, DF: Senado Federal.

CAGNONE, Miranda Ramalho. **O artigo 23 da Constituição de 1988 e a estruturação do federalismo cooperativo no Brasil.** 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=136748> Acesso em 04 de Abril de 2022.

DEL FIORENTINO, Luiz Carlos Fróes. **As transferências intergovernamentais no federalismo fiscal brasileiro.** 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: < https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082011-160728/pt-br.php> Acesso em 04 de Abril de 2022.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Repartição das receitas tributárias: - finanças públicas - normas gerais e orçamento.** Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, no 33, p. 351-402, 1991. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1435> Acesso em 04 de Abril de 2022.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário.** 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2020.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** 9ª Ed., Salvador: Editora jusPODIVM, 2020.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência.** 16. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito financeiro esquematizado.** 3ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

www.conteudojuridico.com.br

A ANÁLISE DE PROVAS EM AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PELA JUSTIÇA FEDERAL EM IMPERATRIZ

ANTONIA MÔNICA RIBEIRO NASCIMENTO: Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito (Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA). Licenciada em Pedagogia (Faculdade de Educação Santa Teresinha – FEST). MBA em Gestão Estratégica Empresarial e MBA em Gestão de Operações e Logística (ambos pela UNISULMA).[46]

LUCAS LUCENA OLIVEIRA[47]

(coautor)

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo principal um estudo sobre a análise de provas em ações previdenciárias peja Justiça Federal em Imperatriz. No decorrer do texto, foram abordados como temas principais: a seguridade social; uma perspectiva histórica dos benefícios previdenciários destinados aos segurados especiais; os benefícios destinados aos trabalhadores rurais; as provas documentais e critérios para concessão dos benefícios previdenciários do segurado especial. As referidas temáticas foram necessárias para alcançar a problemática levantada, que foi analisar quais as provas necessárias para requerer o benefício previdenciário do segurado especial. Para a realização deste estudo, teve-se como base a legislação e autores que discutem a problemática e objetivos abordados. A estrutura metodológica foi qualitativa, e a coleta de dados foi realizada por meio de questionário com um Juiz Federal. Ao término da pesquisa foi possível alcançar os objetivos almejados.

Palavras-chave: Previdência Social. Aposentadoria rural. Provas documentais.

ABSTRACT: The main objective of the present work is a study on the analysis of evidence in social security actions by the Federal Court in Imperatriz. The main topics discussed in this paper are: social security; a historical perspective of social security benefits for the specially insured; benefits for rural workers; documentary evidence and criteria for the

46 E-mail: monicarb032@gmail.com.

47 Advogado. Professor membro do Corpo Docente da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA. Mestrando em Educação (Programa de Pós-graduação em Formação Docente em Práticas Educativas - PPGFOPRED da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, na linha de pesquisa Pluriculturalidade, Interculturalidade e Práticas Educativas Interdisciplinares). Especialista em Direito Processual Civil (Centro Universitário Internacional). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. E-mail: lucas.oliveira@unisulma.edu.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2828049063492256. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8536-3940.

concession of social security benefits to the specially insured. The aforementioned themes were necessary to reach the problem raised, which was to analyze which evidence is necessary to apply for the social security benefit of the specially insured. To carry out this study, the legislation and authors who discuss the problem and the objectives discussed were used as a basis. The methodological structure was qualitative, and data collection was carried out by means of a questionnaire with a Federal Judge. At the end of the research it was possible to achieve the desired objectives.

Keywords: Social Security. Rural Retirement. Documentary Evidence.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Uma perspectiva histórica dos benefícios previdenciários destinados aos segurados especiais - 2.1. Benefícios destinados aos trabalhadores rurais - 2.2. Provas documentais e critérios para concessão dos benefícios previdenciários do segurado especial - 3. Considerações finais - 4. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho investigou como é feita a análise das provas em ações previdenciárias ajuizadas pelos segurados especiais que por algum motivo tiveram seus processos indeferidos na via administrativa.48 Para tanto, foi realizada uma entrevista com um Juiz da Justiça Federal de Imperatriz, com a finalidade de se obter respostas sobre os principais motivos que possivelmente foram a causa do indeferimento na via administrativa e que levou o segurado a tentar o deferimento pela via judicial.

Este tema é justificado em virtude da relevância da elaboração de provas necessárias nos processos destinados aos segurados especiais, em especifico ao benefício da aposentadoria rural, as pessoas que pretendem requerer tal benefício precisam se encaixar nos requisitos para concessão, que são comprovação de trabalho e idade mínima. Para comprovação do trabalho rural, conforme a legislação, é necessário que o segurado apresente declaração do sindicato rural, documentos de terras, provas testemunhais, entre outras.

Referente à comprovação de idade, é necessário que o homem tenha 60 e a mulher 55 anos, conforme previsto no artigo 201, 7º, II, da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional 103/19. Para Souza (2007, p. 74), pode-se comprovar a idade por meio de alguns documentos, devendo ser emitidos pelos respectivos órgãos competentes e com no mínimo cinco anos de emissão. Tais documentos podem ser: certidão de nascimento

48 O presente estudo é resultado de uma pesquisa realizada em 2022 como requisito para obtenção de nota de Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no curso de bacharelado em Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

ou casamento; carteira de identidade (RG); título de eleitor; Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS).

Pensar nos meios de provas necessários para requerer o benefício de segurado especial remete a uma preparação prévia dos indivíduos que pretendem adquirir tal benefício, uma vez que a comprovação do trabalho rural deve ser providenciada com antecedência, com a pretensão de que quando o indivíduo atingir a idade mínima para aposentadoria rural não tenha seu pedido indeferido por falta de provas.

Assim, este estudo se torna relevante por ilustrar uma pretensão que remete a um princípio constitucional, que é a dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), referindo-se à dignidade de cada cidadão brasileiro. Para isso é necessário que os indivíduos tenham no mínimo o básico para sobreviver e conseguir suprir suas necessidades; logo, tal princípio tem relação direta com a previdência social, pois por meio dela o indivíduo terá direito a um benefício que lhe garantirá pelo menos o mínimo do seu sustento, não o deixando desamparado na velhice.

Dessa forma, tal pesquisa é pertinente por sua relevância social por contribuir como um meio de informação sobre a normas e exigências para quem atende as exigências previdenciárias como segurado especial. Esse estudo inclui-se na área das ciências humanas, por se tratar dos aspectos de desenvolvimento do ser humano como um ser social e das formas especiais de acesso à previdência. Os objetivos foram: verificar quais são os tipos de provas documentais necessárias para requer um benefício destinados aos segurados especiais; analisar de forma criteriosa sobre o que deve conter nas documentações para garantir um possível deferimento do processo; e descrever a forma de contribuição dos benefícios destinados aos segurados especiais para a sociedade.

O enfoque foi o fenomenológico, e a abordagem foi qualitativa, por ter sido analisada a forma como são verificados pelos julgadores os processos da subseção judiciária de Imperatriz. Certamente esta constatação só foi possível por meio do contato direto da pesquisadora com o sujeito da pesquisa, o que facilitou a coleta e posteriormente a análise dos dados coletados. Os resultados foram retratados por meio de produções textuais. Triviños (2002, p. 121) afirma que "[...]o pesquisador não fica de fora da realidade que estuda, à margem dela, dos fenômenos aos quais procura captar seus significados e compreender".

Para se obter os resultados desta pesquisa, além de estudos bibliográficos – que, de acordo com Gil (2010, p. 46), "[...] tem a finalidade de proporcionar a familiaridade do aluno com a área de estudo na qual está interessado" –, foi realizada uma entrevista com um Juiz da Justiça Federal de Imperatriz. O sujeito foi selecionado para a coleta de dados pelo fato de estar ligado diretamente com o objeto da pesquisa, que são as ações

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

previdenciárias de aposentadoria rural, tendo fornecido informações imprescindíveis e esclarecedoras para a confrontação dos questionamentos da pesquisa aqui apresentada.

A coleta de dados se deu da seguinte forma: inicialmente foi realizada uma conversa com o Juiz Federal, e logo após foi entregue um questionário com seis questões abertas; após o recebimento das respostas do questionário, foram feitas análises e orientações de como realizar a tabulação dos dados coletados.

O presente trabalho é composto por três seções. Na primeira tem-se a introdução, na segunda são abordadas as temáticas voltadas para a historicidade da regulamentação dos benefícios destinados aos segurados especiais, cuja garantia deu-se a partir da Constituição Federal de 1988, que aborda os tipos de benefícios destinados à modalidade do segurado especial, e delimita as espécies de provas exigidas para requerer tal benefício, assim como destaca sua relevância para a sociedade brasileira.

Ainda na segunda seção encontram-se os subtópicos, que abordam os tipos de benefícios destinados aos segurados especiais, bem como os critérios e exigências de provas documentais para requerer o benefício como segurado especial. Cabe ressaltar que os resultados da pesquisa foram delimitados de forma cotejada a partir da triangulação dos dados, ou seja, os dados coletados estão inseridos junto ao desenvolvimento do trabalho. Por fim, apresenta-se as considerações finais e as referências utilizadas para a realização do presente trabalho.

2 UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS DESTINADOS AOS SEGURADOS ESPECIAIS

A aposentadoria rural no Brasil teve início em 1963, por meio do Estatuto do Trabalhador Rural, pela Lei nº 4.214 de 2 de março de 1963. Maranhão e Filho (2018, p. 10) afirmam que "[...] até aquele ano, não havia inserção dos trabalhadores rurais em nenhum dos sistemas previdenciários". Desta forma, compreende-se que este foi o marco da criação da regulamentação à seguridade social dos trabalhadores rurais do Brasil, garantindo-lhes o pagamento de um salário-mínimo.

Após este período, a aposentadoria rural teve atualizações e adequações, assim como a criação de programas e institutos, com a finalidade de amparar as necessidades dos trabalhadores rurais. Tais mudanças surgiram com o intuito de garantir não apenas o salário-mínimo ao trabalhador rural, mas sim vários benefícios como aposentadoria por velhice, invalidez etc. Apesar de a aposentadoria rural já possuir previsão legal, tal benefício geralmente era garantido somente à pessoa considerada chefe de família, que na maioria das vezes era a figura masculina, ficando a mulher totalmente desprovida de tal benefício.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A CF/88, em seu artigo 194, garantiu a seguridade social relativa aos direitos à previdência, mais especificamente no inciso II, ao afirmar: "uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais". A Constituição Federal de 1988 prevê ainda no artigo 195, § 8, (Brasil, 1988), que:

> O produtor rural, o meeiro, o arrendatário rural e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios, nos termos da lei.

A Carta Magna garantiu que todas as pessoas, desde que estejam em conformidade com os requisitos exigidos, são titulares do direito previdenciário e podem requerer o benefício de segurado social. Os beneficiários rurais terão direito de receber um salário-mínimo sem redução de valor, em obediência ao princípio da irredutibilidade, conforme disposto no artigo 201, § 2 da CF/88, isso devido ser facultativa a contribuição por conta das condições do exercício das atividades por eles desenvolvidas.

Conforme a última atualização da Previdência, por meio da Emenda Constitucional 103 de 20/12/2019, o governo tentou aumentar a idade mínima de aposentadoria por idade em 5 anos para o homem e mulher, ou seja, caso tivesse sido aprovada tal Emenda, a mulher só poderia requerer a aposentadoria rural quando completasse 60 anos, e o homem, 65. No entanto, tal proposta foi negada logo na primeira votação da reforma; assim, nada mudou, os requisitos continuam sendo os mesmos.

O benefício previdenciário destinado ao segurado especial que atende aos requisitos exigidos garante a oportunidade de ter sustento nos momentos mais difíceis. Imagina-se que um trabalhador que depende exclusivamente das atividades agrícolas exercidas nas lavouras com o intuito de garantir seu total sustento e de sua família, sem outra fonte de renda, quando se encontrar na velhice, período em que não terá mais condições de trabalhar, caso fique desamparado, será a certeza de que aquela família passará necessidades.

> O Brasil possui Estados muito pobres e tem a excessiva dependência do INSS, Estados estes onde há muita informalidade e as pessoas trabalham sem registro, por falta de instrução ou informação, trabalham sem preocupação com a aposentadoria, e o único benefício que resta para elas receberem, sem terem contribuído formalmente, é o benefício para o segurado especial que precisa comprovar que exerceu atividade como lavrador (JUIZ FEDERAL, 2022, entrevista realizada no dia 24/03/2022).

Diante disso, observa-se a relevância de tal benefício, pois é uma forma de garantir que as famílias trabalhadoras rurais não passem necessidades e poderão ter seu sustento garantido, mesmo que em alguns casos consigam deferimento apenas de um salário-mínimo conforme previsto em lei, o que é de grande valia, pois trará mudanças significativas, assim como novas perspectivas de vida. Conforme Souza (2007, p. 53):

> Esse valor mínimo dos benefícios previdenciários assegurado ao segurado especial é imposto pela legislação previdenciária, que resguardou o direito aos benefícios através de uma contribuição diferenciada. Assim, é necessário apenas que o segurado especial comprove o efetivo exercício da atividade rural, igual ao número de meses equivalente à carência do benefício para que esse seja concedido no valor mínimo.

Neste sentido, Oliveira e Aquino (2017, p. 118), afirmam que "[...] a Previdência Social Rural, por seu perfil universalista, tem desempenhado um importante papel no que diz respeito à redução das desigualdades socioeconômicas no Brasil". É de se destacar que a aposentadoria rural, por meio de seus beneficiários, contribui de forma significativa para a economia das pequenas cidades que possuem sua base financeira praticamente toda voltada para atividades rurais.

Os benefícios destinados aos segurados especiais contribuem para a eliminação da linha de pobreza que assola o país. Eles podem ser considerados como fatores indispensáveis pelo fato de amenizar, de alguma forma, o gigantesco número de pessoas que vivem em situações deploráveis. Desta forma, se faz notória a necessidade de contemplar mais pessoas, visto que tal política pública promove estabilidade e ajuda a alavancar a economia do país, sendo possível aumentar a inclusão promovendo assim a cidadania e o dinamismo.

2.1 Benefícios destinados aos trabalhadores rurais

Os segurados especiais são aqueles que desenvolvem atividades agrícolas com o intuito de obter seu sustento, assim como dos membros da família. Bramante (2016, on-line), conceitua os trabalhadores rurais como:

> [...] aqueles que prestam serviços, em propriedade rural ou prédio rústico, de natureza não eventual a empregador rural e mediante salário. Ou seja, são os trabalhadores que retiram seu sustento de atividades agrícolas. Este é o conceito do empregado rural, que têm algumas particularidades referentes aos seus direitos e deveres previdenciários.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Os empregados rurais, bem como os segurados especiais, têm direito a vários benefícios, como: aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, auxilio doença, auxilio reclusão, auxilio acidente, salário maternidade, salário família e pensão por morte. Tais benefícios estarão disponíveis desde que seja comprovado o exercício da atividade rural. Cabe ressaltar que para requerer o benefício destinado ao segurado especial é necessário cumprir com o período de carência. Segundo Souza (2007, p. 45):

> O período de carência é comprovado pelo segurado especial, não através de contribuições pagas para o sistema de custeio previdenciário, mas sim, através da comprovação do efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, correspondo à carência exigida por este. Exemplificando: se o segurado especial requerer auxílio doença, deverá comprovar o efetivo exercício rural pelo período de 12 (doze) meses, ainda que descontínuo, imediatamente anterior ao requerimento do benefício.

Os segurados especiais passam por situações adversas e, por esse motivo, os critérios para terem seus direitos garantidos são diferentes dos trabalhadores urbanos. Essa é uma forma de facilitar o acesso aos benefícios, uma vez que a maioria dos possíveis segurados tem pouca ou nenhuma instrução educacional escolar, fator que contribui para a dificuldade de produção de provas. Sabe-se que mesmo com as exigências mais simples, muitos beneficiários têm seus pedidos indeferidos por não terem noção de como organizar as provas documentais exigidas no requerimento dos benefícios.

Importante ressaltar que muitos são os equívocos quando da escolha das provas em processos de aposentadoria por idade do segurado especial. Percebe-se que as pessoas muitas vezes se aconselham com outras, com os sindicatos ou com os corretores de benefícios previdenciários e saem fazendo captação de informações e chegam nas audiências dando respostas preparadas e padronizadas, o que prejudica o depoimento. Em algumas regiões, há um padrão a ser aplicado nas audiências, e nesse excesso de informação existe muito ruído, muita informação errada, por gente que acha que entende de direito previdenciário e não entende; isso atrapalha as pessoas que realmente têm direito, pois ficam tentando construir uma narrativa que não é a real.

Desta forma, faz-se necessária a entrevista entre o grupo familiar para que possa ser analisada a veracidade dos fatos ora alegados e seja comprovado o desenvolvimento da atividade rural. Segundo Souza (2007, p. 57 e 58):

> Estão sujeitos a entrevistas rurais todos os membros do grupo familiar, que deverão relatar a sua participação na produção dos produtos rurais e assim comprovar o efetivo exercício de atividade

> rural e o regime de economia familiar. Quando se trata da comprovação da atividade rural do segurado condômino, parceiro e arrendatário, além da entrevista realizada com o próprio segurado, deverá ocorrer outra entrevista com os parceiros, condôminos e 58 arrendatários, a fim de confrontar os depoimentos para a verificação, se a produção foi realizada com ou sem mão-de-obra assalariada e para definir se a área foi explorada por todos os proprietários juntos ou por apenas um, dentro da parte que cabe a ele no contrato.

Diante de tais circunstâncias, é de se imaginar que não existe apenas uma forma de requerer o benefício rural, uma vez que existem várias situações e cada uma delas exige um tipo diferente de provas para se ter acesso ao benefício. Ingrácio (2020, on-line), afirma que "[...] a lei que regula os trabalhadores rurais os divide em quatro categorias de segurados que tem direito a aposentadoria rural, o empregado, o trabalhador avulso e o segurado especial".

O segurado empregado geralmente são aquelas pessoas que cuidam de gados e fazem colheita; têm um vínculo de emprego sendo subordinados a um empregador, sendo os empregadores os responsáveis pela contribuição ao INSS. Outra categoria é o segurado contribuinte individual, que presta serviço de forma habitual só que sem vínculo de emprego, e por contra própria faz a contribuição ao INSS por meio das guias de recolhimento.

O segurado trabalhador avulso presta serviço rural em várias empresas sem vínculo empregatício. No entanto, após a reforma da previdência, passou a ser obrigatória a intermediação do sindicato da categoria, ficando o sindicato responsável por fazer a contribuição ao INSS. E por último há o segurado especial, que é o trabalhador que não possui vínculo de emprego e o fruto do seu trabalho rural é a única fonte de subsistência da família. Geralmente, trabalha em lavouras por um longo período de tempo e não possui salário fixo, tendo como fonte de renda a produção que conseguir desenvolver.

2.2 Provas documentais e critérios para concessão dos benefícios previdenciários do segurado especial

Para requerer o benefício como segurado especial são necessárias várias documentações para que seja comprovada a atividade rural. Para isso foram criados decretos que regulamentam e estabelecem os tipos de documentações exigidas e até quando deverá haver mudanças nas provas documentais. Desta forma, o Decreto 3.048/99 (BRASIL, 1999), afirma em seu artigo 19-D que:

> O Ministério da Economia manterá sistema de cadastro dos segurados especiais no CNIS, observado o disposto nos § 7º e § 8º

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> do art. 18, e poderá firmar acordo de cooperação com o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e com outros órgãos da administração pública federal, estadual, distrital e municipal para a manutenção e a gestão do sistema de cadastro.

Constatamos com a investigação que os critérios legais para concessão dos benefícios aos segurados especiais são os mesmos para qualquer juiz: o segurado especial tem que apresentar documentos, que são o início de prova material, e tem que apresentar testemunhas. Cada região do Brasil tem o costume que vai criando uma forma de apresentar esses documentos, uma forma de fazer esses processos. No interior de São Paulo, por exemplo, é muito comum que as pessoas juntem notas fiscais; lá os produtores rurais vendem para indústrias do agronegócio, que emitem notas fiscais de entrada, que são utilizadas, posteriormente, como prova.

Para Souza (2007, p. 55-57), para a comprovação do exercício da atividade rural deverá ser demonstrada através de alguns documentos como:

> [...] escritura da terra, contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural ou certidão de assentamento, comprovante de Cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – I.N.C.R.A, bloco de notas de produtor rural ou notas fiscais de compra e venda de produtos rurais ou pesqueiros, declaração do sindicato dos trabalhadores rurais, sindicato dos pescadores ou colônia de pescadores. [...] havendo a necessidade da entrevista rural, essa será realizada por um funcionário da Previdência Social, que está incumbido de tomar o depoimento do segurado especial, a fim de comprovar todo o período a ser utilizado.

Sabe-se que existem algumas categorias de segurados especiais – conforme mencionado no item 2.1 –, e cada uma exige um tipo específico de documentação para que o possível beneficiário possa requerer o benefício. Cabe ressaltar que o benefício de aposentadoria rural por idade, além das documentações, exige também idade mínima: neste caso o beneficiário precisa provar que sua subsistência e de sua família dependem exclusivamente das atividades rurais desenvolvidas por eles, assim como obedecer aos requisitos dos termos da Emenda Constitucional 103/19, artigo 201, 7°, II:

> 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Com relação à categoria dos segurados especiais que contribuem para o INSS, devem apresentar outros tipos de documentações, pelo fato de algumas categorias possuírem vínculos empregatícios; já alguns optam pela contribuição individual, ou seja, a própria pessoa emite a guia de recolhimento e efetua o pagamento, e desta forma realiza a contribuição ao INSS, garantindo assim o direito ao benefício. De acordo com o artigo 106 da Lei nº 11.718/2008 (Brasil, 2008), para comprovar o exercício de atividade rural será necessário:

> Art. 106. [...]
>
> I – Contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;
>
> II – Contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;
>
> III – Declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS;
>
> IV – Comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;
>
> V – Bloco de notas do produtor rural;
>
> VI – Notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7º do art. 30 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;
>
> VII – Documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;
>
> VIII – Comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;
>
> IX – Cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou
>
> X – Licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, observa-se que, apesar de o artigo 106 da Lei nº 11.718/2008 apontar documentos alternativos para a comprovação de atividade rural, o Juiz Federal (2022), afirma que "não existe uma lista de documentos para comprovar a atividade rural na legislação, o INSS possui uma lista própria, com a finalidade de orientar seus servidores quando da análise dos pedidos". Se o segurado especial conseguir juntar os documentos, certamente terá seu benefício deferido com mais facilidade. Normalmente se considera início de prova material documento que tenha fé pública, como certidão de casamento ou nascimento, onde conste que a pessoa se apresentou como lavrador.

> Outras formas de comprovação das atividades rurais seriam documentos registrados em cartório, contrato de compra e venda ou procuração que foi passada 15 anos atrás e nela a pessoa tenha se identificado como lavrador; tais documentos são analisados de acordo com o momento que a pessoa pede o benefício, obedecendo o período de carência de 15 anos. Um documento público vale mais que um documento particular, o que não se considera são documentos produzidos por sindicatos rurais porque são documentos que não tem a necessária confiabilidade por conta da quantidade de fraudes (JUIZ FEDERAL, 2022, entrevista realizada no dia 24/03/2022).

Assim, observa-se que há divergências entre a legislação e o pensamento de alguns julgadores. É de se imaginar que tal divergência ocorre por causa das variadas realidades, o legislador precisa avaliar cada caso conforme sua peculiaridade. Existe uma diversidade de documentos que podem ser exigidos para requer o benefício previdenciário rural, cabe ressaltar que as documentações podem variar de acordo com o tipo de benefício requerido, devendo o segurado comprovar a atividade rural exercida meses antes da solicitação do benefício, obedecendo desta forma o período de carência.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou, a partir de um questionário, as provas em ações previdenciárias de segurados especiais na Justiça Federal de Imperatriz. Foi realizada a pesquisa com a finalidade de averiguar quais são os critérios adotados pelos julgadores da Justiça Federal de Imperatriz para concessão de benefício de aposentadoria rural por idade ajuizados.

Ao final desta pesquisa foi possível perceber que os embasamentos teóricos em alguns casos divergem da prática, uma vez que a pesquisa de campo possibilitou constatar que em alguns aspectos os requisitos de comprovação do benefício de aposentadoria rural depende muito da realidade em que tais indivíduos estão inseridos, pois segundo o

indivíduo ouvido, a legislação não especifica quais são os documentos necessários para requerer o benefício de aposentadoria rural.

Conforme o Juiz Federal (2022), "o INSS, por prática administrativa, dispõe de uma lista de documentos, porém não são obrigatórios". Desta forma, ficou demonstrado que não existe um padrão e que geralmente os documentos que são munidos de fé pública são os que possuem validade e são considerados provas irrefutáveis e determinantes para deferimento do benefício de aposentadoria rural.

O presente trabalho serve como fonte de pesquisa e permite que o público em geral tenha acesso a informações que foram obtidas diretamente com um Juiz Federal; é possível ter acesso à forma de pensamento dele e ao que considera relevante sobre os pedidos de aposentadoria rural.

Deste modo, os objetivos da presente pesquisa foram alcançados, uma vez que foi possível constatar que caso o segurado especial atenda aos requisitos básicos para requerer o benefício de aposentadoria rural, terá seu processo deferido logo de início de forma administrativa, e quando há casos de indeferimentos, geralmente é pela ausência de algum documento válido que comprove a atividade rural ou por algum erro que, segundo o Juiz Federal, sujeito da pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRAMANTE, Adriane. **Os direitos e benefícios previdenciários do trabalhador rural**. São Paulo, 07, mar. 2016. Disponível em: https://bramanteprevidencia.adv.br/os-direitos-e-beneficios-previdenciarios-do-trabalhador-rural/#:~:text=Os%20especialistas%20apontam%20que%20os,por%20morte%20e%20aux%C3%ADlio%2Dreclus%C3%A3o. Acesso em 3 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 maio 2021.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, Brasília, n. p. 06 maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 7 maio 2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. **Diário Oficial**, Brasília - DF, n. p. 12 nov. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm#:~:text=201%2C%20quando%20se%20tratar%20da,sofrida%20no%20exerc%C3%ADcio%20ou%20em. Acesso em: 7 maio 2021.

BRASIL. Lei n° 11.7181, de 20 de junho de 208. **Acrescenta artigo à Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, criando o contrato de trabalhador rural por pequeno prazo; estabelece normas transitórias sobre a aposentadoria do trabalhador rural; prorroga o prazo de contratação de financiamentos rurais de que trata o § 6º do art. 1º da Lei nº 11.524, de 24 de setembro de 2007; e altera as Leis nºs 8.171, de 17 de janeiro de 1991, 7.102, de 20 de junho de 1993, 9.017, de 30 de março de 1995, e 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11718.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.718%2C%20DE%2020%20DE%20JUNHO%20DE%202008.&text=Acrescenta%20artigo%20%C3%A0%20Lei%20n,%C2%A7%206o%20do%20art. Acesso em: 7 maio 2021.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

INGRÁCIO, Aparecida. **Aposentadoria Rural 2021 com a Reforma da Previdência**. Curitiba, 20, jan. 2020. Disponível em: https://ingracio.adv.br/aposentadoria-rural-reforma-da-previdencia/. Acesso em: 3 maio 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARANHÃO, Rebecca Lima Albuquerque; FILHO, José Eustáquio Ribeiro Vieira. **Previdência rural no brasil**. Brasília, ago. de 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8690/1/td_2404.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

OLIVEIRA, Rusiano Paulino de; AQUINO, Joacir Rufino de. **A previdência rural e sua importância para as famílias pobres no Nordeste**: Resultados de um estudo de caso no rio grande do Norte. Fortaleza, v. 48, n. 1, p. 115-130, jan./mar., 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Joacir-Aquino/publication/344399369_A_Previdencia_Rural_e_sua_importancia_para_as_familias_pobres_no_Nordeste_resultados_de_um_estudo_de_caso_no_Rio_Grande_do_Norte/links/5f710a8da6fdcc0086433f36/A-Previdencia-Rural-e-sua-importancia-para-as-familias-pobres-no-Nordeste-resultados-de-um-estudo-de-caso-no-Rio-Grande-do-Norte.pdf. Acesso em: 7 maio 2021.

Souza, Claudia Moreira de. **Critério de Análise do Segurado Epecial.** São Paulo, 2007. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/623/638. Acesso em: 14 abr. 2022.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO À SAÚDE DAS CRIANÇAS AUTISTAS

GUSTAVO ALMEIDA DE ARRUDA CRUZ: Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho pretende dedicar-se sobre a proteção do direito do autista e da recente legislação Lei n° 12.764 de 2012. Tendo em vista que o autista necessita para um melhor desenvolvimento um comprometimento de multiprofissionais, no qual visa à garantia do direito no espaço social, que necessita de reformulação da inclusão, em vários aspectos, tanto na sociedade como na educação dentro de sua casa. Antes da legislação não era explícito seus direitos, e ter sido reconhecido como sujeito de direito, ainda equiparado a deficiente indica um grande avanço, para promover o desenvolvimento social, efetivo, da comunicação, além da obrigatoriedade de inclusão e suas proteções, sempre promovendo fortalecer ações inclusivas e de cidadania. Buscando repensar sobre o que de fato é inclusão e a necessidade do olhar diferenciado para que realmente sejam atendidas as necessidades dos autistas e a garantia de seus direitos, conforme prevê a legislação brasileira. Tendo como objetivo apresentar uma solução para a inconstitucionalidade da lei na prática, que para alguns é omissa e sem eficácia, necessitando de mudanças, onde se possa ter o acesso universal e igualitário como consta na Constituição. A necessidade de políticas públicas assistenciais, educacionais, e maior implementação política do autismo no direito.

Palavras-chave: Autismo, cidadania e inclusão.

ABSTRACT: The autism work intends to dedicate itself to the protection of the autistic's right and the autism legislation Law No. 12.764 of 2012. Bearing in mind that the autistic needs for a better development, a commitment from multiprofessionals, which aims at guaranteeing the right in space social, which needs reformulation of inclusion, in various aspects, both in autism and in education within your home. Before the legislation, his rights were not explicit, and having been recognized as a subject of law, still equated to disabled, indicates a great advance, to promote social, emotional and communication development, in addition to the mandatory inclusion and its protections, autism promoting strengthening inclusive and citizenship actions. Seeking to rethink what inclusion really is and the need to look differently so that the needs of the autistic person are really met and guarantee their rights, as provided by Brazilian law. Aiming to autism a solution to the unconstitutionality of the law in practice, which for some is omissive and ineffective, requiring changes, access

can be had as stated in the Constitution. The need for public assistance, educational policies, and greater political implementation of autism in law.

Keywords: Autism, citizenship e inclusion.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. SOBRE O AUTISMO. 2.1. Conceito de autismo. 2.2. Tipos de autismo. 2.3. O que é deficiência. 3. LEGISLAÇÃO. 3.1. Quando nasce o direito do autista. 3.2. Direitos e garantias fundamentais. 4. DA NÃO EFETIVAÇÃO. 4.1. Falta de processos de inclusão nas escolas. 4.2. Os planos de saúde. 4.3. Processos de invisibilização. 5. A RELEVÂNCIA DO DIANÓSTICO PRECOCE. 5.1 Assistência aos pais e processos de melhorias. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

O autismo apesar de ter se tornado uma realidade constante, é pouco relevante e debatido. Estima-se que uma em cada 110 crianças tem autismo. Segundo, à quinta versão do Manual de Diagnósticos e Estatística dos Transtornos Mentais (DSM–V), o autismo é um distúrbio neurológico, no qual compromete a interação social, déficit de comunicação verbal e não-verbal, com comportamento ritualístico e estereotipias. Indivíduos que recebem este diagnóstico ainda na infância são relatados com deficiência intelectual, ou seja, um desenvolvimento atípico, tendo em vista que a gravidade dos sintomas são variáveis para cada pessoa.

Entretanto, estas características fazem com que o autista e sua família se isolem, o que não faz jus aos Direitos Humanos e para a inclusão do TEA na sociedade é necessário mais do que leis e normas, a ação de inclusão deve iniciar-se dentro de casa, na família, pois há pouca compreensão, construindo um olhar sem preconceito, respeitando suas condições.

A pessoa com TEA (Transtorno do Espectro Autista) merece uma vida digna, com trabalho, saúde, lazer e ser incluído na sociedade, de forma que o autista seja visto como qualquer outro cidadão, possuindo seus direitos bem estabelecidos. Situação essa que busca pela igualdade de oportunidade, assegurando sua eficácia. Nesse sentido, ainda vale salientar sobre o artigo 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a liberdade, respeito, dignidade, a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral.

As iniciativas governamentais tiveram início nos anos 80, com a Reforma Psiquiátrica no Brasil, abrangendo a política de saúde mental do SUS, que tinha como objetivo dar assistência médica as pessoas com transtorno mental. No entanto, a inclusão de tratamento para transtorno mental de crianças e adolescentes foram assegurados após a promulgação da Lei nº 10.216/01. Deste modo, vale-se enfatizar que em 2005 foi quando a iniciativa de inclusão para pessoas com transtorno mental, instituída pelo SUS, começou

de fato a receber recursos. Visando conduzir debates para demonstrar a importância da Reforma Psiquiátrica Brasileira.

No primeiro capítulo, será apresentado sobre o conceito de autismo, com suas características, desde fatores genéticos aos ambientais, com seus graus e intensidade, seus principais sintomas, e as áreas geralmente mais afetadas no transtorno, e tendo uma ressalva com o cenário atual.

Ressalva-se também o histórico, como termo utilizados na época no qual era rotulado autismo, e o peso de injusto que os pais daquela geração carregam por serem descritos como pais frios, que não estimulavam seus filhos, ou que não ofereciam amor ao seu filho. As submetidas intensas modificações comportamentais, na qual os indivíduos dentro do espectro foram involuntariamente submetidos, ou seja, obrigados a serem iguais aos outros, na maneira de agir, comportar, pensar, trazendo ainda mais traumas, anseios e dificuldades.

Já na segunda seção, é dissertado sobre o que é a deficiência, seus direitos e como o autista foi inserido neste direito.

O terceiro capítulo, traz um breve estudo acerca da Constituição Federal que enfatiza uma série de princípios que a norteiam para promover a formação de uma cidadania, visando o pleno preparo do ser humano e sua efetivação de direitos. Neste intuito, foi promovido a Lei n 12.764/2012, conhecida como Lei Berenice Piana, na qual se esforçou para que o transtorno do espectro autismo fosse reconhecido como deficiência visando resguardar a proteção do autista.

A dignidade humana é um valor moral, com natureza jurídica bem definidas no direito fundamental, sendo o respeito pelo o próximo apenas pelo o simples fato do outro existir, o Estado deve proteger a dignidade humana contra todo o tratamento degradante, discriminação, assegurando-se de condições mínimas estabelecidas pela Constituição Federal.

A inclusão social é medida com objetivo de se tornar igualitário as mesmas oportunidades de acesso a bens, sendo eles lazer, saúde, educação, principalmente a indivíduos excluídos do meio social, por deficiência física ou mental, cor da pele, gênero ou orientação sexual, combatendo a segregação social, eliminando desigualdades.

Podendo-se concluir que as questões trabalhadas na presente pesquisa deste estudo são basicamente os temas de processo de inclusão do Transtorno do Espectro Autista no mundo jurídico, de modo que possa promover a todos uma vida digna de igualdade, com acesso a todos seus direitos, tendo todos os recursos necessários na prática como impõe a legislação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O estudo se caracterizou como uma pesquisa bibliográfica de revisão analítica, sendo que para sua elaboração, foi realizada uma revisão sistemática que permite ampliar a possibilidade e criação de sínteses que podem proporcionar novos desdobramentos e conclusões a partir destes estudos já existentes (THOMAS e NELSON, 2002).

A revisão sistemática foi realizada na base de dados eletrônica "*scielo*", sendo que para as palavras utilizadas como forma de seleção de artigos foi "Autismo e Saúde". A seleção desta base de dados, se deu em decorrência da sua influência, tanto no que diz respeito a publicação de materiais científicos nas áreas de educação, quanto nas da saúde.

Em decorrência da baixa quantidade de resultados através da pesquisa, não houve nenhum critério de seleção específico, entretanto, aqueles que não estivessem diretamente associados a prática de educação física, foram prontamente desconsiderados, bem como materiais que estavam em outras línguas que não o português. Além disso, em decorrência da atualidade do tema, também foram descartados estudos produzidos anteriormente a 2011.

É importante se destacar que foi evidenciado a falta de pesquisas voltadas apenas para áreas de Educação Física, o que pode ser entendido como uma falha nos processos de pesquisa e de criação de técnicas de inclusão. Ademais, se destacou uma presença marcante de práticas de comunicação não-verbal, que pode ser uma das dificuldades apresentadas pelo estudante com TEA.

A) Bases de dados & Buscador

As bases de dados escolhidas para a busca de termos relacionados ao tema foram:

1. Pubmed - https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/
2. Google Scholar - https://scholar.google.com.br/ (buscador)
3. Elservier: www.sciencedirect.com
4. SPRINGER : https://link.springer.com

B) Palavras-Chaves e termos de busca

As palavras-chave levantadas de acordo com o tema proposto foram:

- Autismo, professor de pré-escola, transtorno do espectro autista
- Autism, pre-school teacher, autism spectrum disorde

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Palavra-chave pesquisada	Descritor em português	Descritor em inglês	Termo alternativo
Transtorno do Espectro Autista	Transtorno do Espectro Autista	Autism Spectrum Disorder	- Transtorno de Espectro Autista - Transtorno do Espectro do Autismo
Saúde	Saúde	School Teachers	- Direito à saúde - Saúde pública - Pessoas com deficiência e a promoção de saúde.
Autismo	Transtorno do Espectro Autista	Autism Spectrum Disorder	- Transtorno de Espectro Autista - Transtorno do Espectro do Autismo

Termos de Busca:

"autismo" AND "professores da pré-escola"

“autism” AND " pre-school teachers"

"transtorno do espectro autista" AND "professores da pre- escola

"autism spectrum disorder" AND "pre-school teachers"

ERMOS DE BUSCA PESQUISADO	BUSCADOR GOOGLE SCHOLAR	Pub Med	SPRINGER	Elsevier
"autismo" AND "Saúde Pública" “autism” AND " pre-school teachers"	1075	2	17	11

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

"transtorno do espectro autista" AND "public health" "autism spectrum disorder" AND " public health "	298	50	7	6

C) Refinamento

A partir de todos resultados encontrados por meio de buscas através dos termos de pesquisas nas bases de dados, serão categorizados os artigos como identificados e aqueles que, após leitura do título e/ou do abstract, apresentem ter relação com o tema da revisão serão denominados artigos selecionados e realizados downloads a partir das bases de dados. No entanto os artigos que por sua vez, perceba-se não ter relação com o tema da revisão, serão denominados artigos não-selecionados.

Os artigos selecionados serão lidos na íntegra originando dois novos grupos; o dos artigos excluídos (quando após leitura integral se perceba que tais trabalhos não possuam relação direta com o tema da revisão) e o dos artigos incluídos (trabalhos que, após a leitura integral do seu texto, não deixem dúvidas quanto à sua relação direta com o tema estudado). Para composição desta última categoria, serão utilizados critérios de inclusão e exclusão. Os estudos incluídos deveriam atender a todos os critérios de inclusão e não poderiam satisfazer nenhum dos critérios de exclusão.

Os critérios de inclusão:

1) artigos, teses ou dissertações com foco em inclusão e identificação de sinais de alerta para TEA;

2) artigos, teses ou dissertações publicados em periódicos indexados;

4) artigos, teses ou dissertações em língua inglesa ou portuguesa;

Os critérios de exclusão:

1) artigos, teses ou dissertações duplicados, isto é, que apareceram em duas bases diferentes (nesse caso, o mais completo a ser identificado como repetido será mantido)

2) artigos, teses ou dissertações incompletos.

3) artigos que apresentem necessidade de compra

2. SOBRE AUTISMO

2.1. Conceito de autismo

Autismo, palavra de origem grega, diz respeito a uma psicopatologia onde o sujeito se volta para si mesmo (SILVA E MULICK, 2009), passou a ser um termo utilizado dentro da psiquiatria para denominar um distúrbio neurológico, o nome autismo foi definido como fuga da realidade, indivíduo por si mesmo (APA, 2013).

Apesar de o termo autismo, ter sido utilizado pela psiquiatria inicialmente em 1908, de forma que se comparava com a esquizofrenia, foi apenas em 1943 que Kenner, passou a formular o autismo infantil, o denominando como um distúrbio relacionado ao contato afetivo, que representava uma condição com características bastante específicas, sendo possível destacar: dificuldade de estabelecer relações afetivas com o meio, solidão extrema, dificuldade no uso da linguagem para comunicação, comportamentos ritualísticos, se manifestando com início precoce com incidência predominantemente no sexo masculino (TAMANAHA, PERISSINOTO E CHIARI, 2008).

No que diz respeito as manifestações clínicas, profissionais quase de forma consensual, afirmam que os sintomas tendem a aparecer até os 3 anos de idade, entretanto, também podem aparecer futuramente, quanto a causa que leva o sujeito a manifestar o transtorno, ainda é desconhecida apesar de inúmeras especulações sobre o motivo do autismo, que partem desde pressupostos neurológicos, genéticos e até mesmo psicológicos (SILVA e MULICK, 2009).

2.2. Tipos de autismo

O Transtorno do Espectro do autismo (TEA), foi durante muito tempo, diagnosticado a partir de uma diversidade de termos, que abrangiam uma série de condições que apesar de terem a mesma origem, apresentavam manifestações clínicas diferentes, o que causava um significativo atraso e, consequentemente, demorava se iniciar os tratamentos (SILVA E MULICK, 2009).

A partir disso, o DSM-V, passou a classificar todos os sub grupos que antes compunham o autismo, sendo divididos em graus (severo, moderado e leve), que acelerou os processos de diagnóstico e de acompanhamento especializado (APA, 2013).

Monteiro et.al. (2020), afirmam que a partir do diagnóstico que se manifestava anteriormente, o TEA passou a ser classificado de acordo com as divisões supracitadas, pois antes de qualquer quadro sintomatológico, é necessário ressaltar que cada sujeito diagnosticado, possui sua particularidade, apresenta uma história, uma relação familiar, devendo os profissionais que se proporem a trabalhar com esse público criarem alternativas que se adaptem a cada paciente.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Rocha et.al. (2019), ao apresentar as diferenças existentes entre cada grau de TEA, afirma que no autismo leve, é notado um relacionamento interpessoal afetado, podendo ou não ter atraso na fala, pouco contato visual três vezes mais comum em meninos do que em meninas. O autismo moderado apresenta déficits nas habilidades de comunicação verbais e não verbais, mas com menos intensidade do que o severo, que tem dificuldades de linguagem, necessitam de suporte para o aprendizado e interação social.

No entanto, apesar do autismo não ter cura é necessário compreender o espectro, buscando contribuir para a autonomia e independência do indivíduo, com apoio de profissionais e intervenções terapêuticas, descobrindo suas limitações e expandindo o potencial do mesmo, tornando melhor sua qualidade de vida e futuro resultados (MONTEIRO et.al., 2020).

2.3. O que é deficiência?

Todo indivíduo tem direito à vida, liberdade, igualdade, saúde, assim como se dispõe o artigo 5° da Constituição Federal. Baseado nisso, é de se esperar prestações do Estado para com pessoas com deficiência, que tem dificuldades de interação para que sejam acolhidas e incluídas na sociedade, buscando uma forma de minimamente minimizar os impactos causados por suas condições físicas, psicológicas, psiquiátricas, neurológicas, etc. (BRASIL, 1988).

Perante o art. 2º da Lei 12.764, no ano de 2012 a pessoa com espectro autista passou a ser considerada com deficiência significativa na comunicação e para todos os efeitos gerais (BRASIL, 2012). Todavia, ainda se pode notar que a inclusão real dessas pessoas com deficiência é relativa, há diferenças entre exclusão, inclusão, segregação e integração. Na qual a exclusão é ser excluído, negado ou ignorado. Segregação a separação de pessoas por algo em comum, na integração as pessoas com deficiência devem se adequar às regras impostas. E com a inclusão, é aceitar as diferenças e conviver com elas, valorizando cada pessoa (MONTEIRO et.al., 2020).

3. LEGISLAÇÃO

3.1. Quando nasce o direito do autista

Com base na lei 10.406/2002 dispõe-se que a personalidade civil do indivíduo começa a partir do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, conhecido como direito do nascituro, no qual possui os mesmos direitos de qualquer outra pessoa (BRASIL, 2002).

Tendo em vista isso, o direito do autista torna-se estabelecido quando de fato ele é reconhecido como autista, amparado pela Lei 12.764/2012 que institui a política nacional

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista, que determina o diagnóstico precoce, com tratamentos, terapia e proteção social (BRASIL, 2012).

Apesar do grande avanço adquirido a partir da instituição desta Lei, Teixeira et.al. (2017), destaca que isso só foi possível a partir da mobilização e luta dos familiares de autistas. Estes sujeitos passam então a serem reconhecidos como "pessoa com deficiência" para todos os efeitos legais, o que acarretará em uma série de mudanças nos mais variados campos, como nas políticas destinadas a esse público, na produção científica, nas formas de educação e consequentemente em seus direitos básicos garantidos constitucionalmente.

É possível afirmar que a Lei se constituiu como um marco histórico na luta pelos direitos de pessoas com autismo, visto que, a partir do momento que são inclusos no campo das pessoas com deficiência, acabam também tendo acesso a uma série de direitos previstos na legislação, como acesso a benefícios financeiros, garantia a educação em escolas regulares, mesmo que necessite de acompanhantes pedagógicos, além de ingresso no mercado de trabalho, entre outros. Ademais, com todos esses avanços nas áreas educacionais e sociais, também representa o ingresso nos atendimentos em serviços de saúde especializados (OLIVEIRA et.al., 2017).

No âmbito do direito à saúde, o artigo 5° da Lei 12.764/12 (BRASIL, 2012) dispõe que o autista não será impedido de participar de planos privados de assistência à saúde em razão de sua condição de pessoa com deficiência, conforme fundamenta o artigo 14° da Lei 9.656, além de determinar a cobertura obrigatória para as doenças listadas na CID 10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e de Problemas Relacionados à Saúde), que trata enfermidades catalogadas e padronizadas pela Organização Mundial de Saúde.

3.2. Direitos e garantias fundamentais

Necessitamos minimizar as desigualdades, igualando oportunidades, para que os direitos não estejam só regulados nas leis, mas garantindo ao indivíduo todos os direitos relativos e com efetivação. A legislação necessita de aperfeiçoamento, de maneira que resguarde todos os indivíduos dentro de suas peculiaridades e individualidades, sendo respeitadas.

Destaca-se a importância do dever do Estado, da sociedade e da família para assegurar uma vida de qualidade à pessoa com transtorno do espectro autista eliminando qualquer tipo de negligência, violência ou discriminação. Os direitos fundamentais são para todos, não se resulta de um acontecimento histórico, mas de um processo a partir das lutas, conquistas progressivas, sendo mutáveis e sujeitas a ampliações. Mais do que as leis, é necessário mudar a cultura.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Uma das maiores exemplificações existentes sobre a garantia de direitos através dos processos de lutas, é a garantia de direitos por parte de pessoas autistas, visto que eles em boa parte da história, ficaram sem seus direitos mínimos garantidos, havendo a necessidade de um longo processo de algumas entidades associado a familiares para somente então haverem de fato instituído Leis de amparo e cuidado (OLIVEIRA et.al., 2017).

Para se falar sobre esse processo de garantia de direitos, é impossível não realizar uma breve contextualização histórica, que se inicia na década de 80, onde no Brasil, se desenvolvia e ganhava força o Movimento da Reforma Psiquiátrica, que buscava formas de enfrentamento da lógica dominante no que diz respeito as premissas teóricas e assistenciais destinadas às pessoas com transtorno mentais, assim sendo, foi um momento de luta contra as práticas de institucionalização, de "maneira a promover o resgate da dimensão de cidadania a essa população e a construir uma rede comunitária para o cuidado em liberdade" (AMARANTE, 1994 p. 709).

Em simultaneidade à construção dos primeiros CAPSi, surgiram algumas associações que buscavam suprir as necessidades de pessoas com autismo, visto que a assistência técnica apresentava grande escassez de recursos públicos, o que pode representar uma nova perspectiva de atenção em cuidado e oferta de seguridade social para esse público, o que denuncia uma falha estatal, mas também acaba contribuindo para a instituição de novas alternativas para crianças autistas que estavam até então desassistidas socialmente.

Assim sendo, mesmo havendo a instituição de direitos, que busquem assegurar aos autistas, que eles consigam atendimento adequado e que consequentemente consigam ter a devida garantia de seguridade social. Uma das possibilidades de assegurar que isso seja garantido, é a criação de novas ferramentas e de mecanismos de informação e de conscientização, das escolas, dos pais e de todas as instituições sociais que tenham algum tipo de contato com crianças autistas (NUNES; ORTEGA, 2016).

Pensando a informação e sua propagação como um importante agente de transformação, a criação de políticas e que visem propagar maior conhecimento sobre os direitos já garantidos às crianças autistas e de pessoas com deficiência de forma geral (NUNES; ORTEGA, 2016). Portanto, pode acabar se tornando uma importante ferramenta na luta e de garantia de direitos, logo, a oferta de panfletos e de cartilhas, com orientações para país e sujeitos diagnosticados com autismo, pode fazer com que eles saibam os caminhos a seguir para fazerem com que sejam assegurados a garantia de direitos.

A simples garantia de direitos e de ingresso, ainda pode não ser o suficiente para garantir qualidade de vida para crianças autistas, o que faz com que seja preciso mudar também a forma como as escolas percebem e lidam com essa parcela da população, sendo que a criação de programas e de formação para professores, e de conscientização por parte

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

dos estudantes, pode fazer com que o ingresso nessas instituições seja mais saudável e eficaz, fugindo das formas de inclusão precárias que atualmente são aplicadas.

4. DA NÃO EFETIVAÇÃO

4.1. Falta de processos de inclusão nas escolas

Questionar sobre os motivos que de fato contribuem para a não efetivação das leis de amparo a pessoas com TEA, exige que inicialmente se faça uma análise acerca dos processos que atravessaram a própria constituição social do Brasil acerca de certas temáticas, como os processos de tratamento de pacientes de saúde mental (VEIGA-NETO e LOPES, 2011).

Assim sendo, mesmo havendo uma série de leis já estipuladas, que asseguram o direito para a população com autismo, ainda se existe socialmente um grande preconceito, que nasce e se mantém, principalmente a partir da manutenção da lógica dominante nos movimentos anteriores. (ROSA e VILHENA, 2012).

Apenas a partir de um processo de conscientização, que parta principalmente pela ação estatal, será possível construir as bases para uma sociedade mais inclusiva, ou melhor dizendo, mais igualitária, uma vez que apenas se existe processos de inclusão, quando se parte do pressuposto da existência de exclusão. Em última instância, existe a necessidade de uma mudança paradigmática acerca das concepções sociais sobre como perceber os pacientes de saúde mental, principalmente assumindo a premissa de que todas as formas de transtornos psicológicos, nada mais são que uma das várias manifestações possíveis da personalidade humana (PAULA NUNES, AZEVEDO e SCHMIDT, 2013).

Veiga-Neto e Lopes (2011), de forma similar, afirmam que apesar de haverem inserido um grande número de estudantes com deficiência ou alguma forma de transtorno psicológico nas escolas, ainda não construíram um sistema escolar que de fato consiga contemplar toda essa diversidade de sujeitos, uma vez que a formação dos próprios professores ainda é significativamente limitada, a estrutura e o investimento estatal, tanto nas escolas quanto na formação e capacitação de novos profissionais, é ainda mais limitada, denunciando o fato de que apesar de o contato com crianças com necessidades especiais não ser uma tarefa fácil, ainda existe um processo de abandono e descaso por parte do próprio Estado. A imagem que passa, é que apenas o ato de colocar em ambientes escolares, sem nenhum tipo de atenção ou auxílio, já é mais que o suficiente. (PAULA NUNES, AZEVEDO e SCHMIDT, 2013).

4.2. Sobre os planos de saúde

Além dos preconceitos sociais ainda existentes em relação as crianças com autismo, também existe o fato de a economia brasileira oscilar entre diferentes ideologias, o que faz

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

com que o Estado nem sempre cumpra com suas funções. Nesse sentido, Mendes (2015), pontua que um dos motivos que ainda se existe uma grande dificuldade de se construir uma sociedade mais acessível e igualitária, para todos os sujeitos que sofrem alguma forma de exclusão e/ou discriminação, decorre da frágil intervenção estatal nessas questões.

Goulart (2008), nesse sentido, afirma que o Estado brasileiro sempre foi em certa medida, ausente no que diz respeito a criação de políticas públicas e/ou mesmo articulação e elaboração de estratégias de enfrentamento a desigualdade, principalmente quando se direciona a pacientes de saúde mental, que mesmo tendo leis que teoricamente os protejam, ainda se encontram em constante violação de direitos.

Será a partir das mazelas criadas pela atuação do próprio Estado, que se consolidam as estratégias e formas de manutenção da acumulação de capital utilizadas pelo mercado. Uma das formas de aproveitar essas falhas estatais, é através da criação e expansão dos planos de saúde, que ganham cada vez mais espaço no cenário nacional, haja visto que o Brasil passa por uma crise de Estado, que consequentemente potencializam a utilização de serviços de ordem privada (MENDES, 2015).

O que denuncia mais um dos motivos da não efetivação de direitos para pessoas com TEA, já que o Estado tem a obrigação institucional de oferecer certo nível de proteção e seguridade social à população, o que em contrapartida, não é um dos pressupostos que guiam o mercado, que comumente agem e se consolidam através da construção de estratégias de manutenção e expansão do capital já acumulado, o que explica a resistência deles oferecerem os serviços para pessoas com TEA, mesmo que estes sejam reconhecidos por lei.

4.3. Processos de invisibilização

Apenas é possível compreender os processos de exclusão que permeiam o atual cenário brasileiro, quando se reconhece que um dos movimentos necessários para ele, é o de invisibilização. Basicamente existe uma tentativa de simplesmente não se falar sobre o tema debatido ou não alcançam as mesmas condições de acesso. O ato de não falar, contribuí para a lógica do não "ver", não se debater, não perceber a forma como se constituem a falta de compromisso com esse público. (MELO, CAVALCANTE e FAÇANHA, 2019).

Entretanto, com o passar dos anos, e principalmente nas últimas duas décadas, houve um aumento significativo do número de diagnósticos, o que fez com que fosse impossível simplesmente ignorar esse público, já que ele se inseria e se manifestava nas mais diversas classes sociais (OLIVEIRA, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Apesar da inclusão de pessoas com autismo nas mais variadas classes e grupos sociais, bem como a atenção voltada para essa parcela da população em algumas mídias sociais, ainda existe um longo processo de busca e aquisição de direitos, que atravessa principalmente a mudança da postura do Estado, que diferentemente do que tem feito até então, deve assegurar a proteção das pessoas com TEA, nos mais diversos espaços que elas se inserem, seja através da garantia de seus direitos básicos, ou pela fiscalização, para que se tenha de fato controle e possíveis métodos punitivos ou reeducativos para instituições que não cumprirem o que é estipulado legalmente.

5. A RELEVÂNCIA DO DIANÓSTICO PRECOCE

5.1 Assistência aos pais e processos de melhoria

A necessidade do diagnóstico precoce é primordial, aumenta as chances de uma melhor qualidade de vida, com maior possibilidade de sucesso com o tratamento. Sendo indispensável a necessidade de que os membros da família possam se beneficiar de psicoterapia, para lidar melhor com o emocional, uma vez que a instabilidade emocional dos pais afeta negativamente o comportamento de seus filhos. Além disso, nota-se que pais de pessoas com autismo tem maior prevalência de problemas emocionais, como ansiedade e depressão.

Em relação ao apoio financeiro no Brasil, ocorre quando se comprova a insuficiência financeira, e o total da renda familiar dividido pelo o número de integrantes da família seja inferior a ¼ do salário mínimo. Entretanto, em outros países desenvolvidos se oferece um apoio maior buscando a melhoria de qualidade de vida.

Diante isso, pode-se relatar modelos de outros países que deveriam ser seguidos no Brasil, nos Estados Unidos quando se há suspeita de TEA uma equipe multidisciplinar começa a abordagem necessária, com intervenções, que juntos buscam fechar assertivamente o diagnóstico, enquanto no Brasil demora ser concluído e fechado o diagnóstico.

A inclusão escolar em países desenvolvidos é diferente, buscam por profissionais qualificados e capacitados, com plano de desenvolvimento específico para cada aluno, formando crianças que aprendam a respeitar as diferenças, que futuramente serão adultos solidários, humanitários com atos inclusivos na sociedade.

No Canadá é disponibilizado psicólogos acompanhantes, no qual realizam as terapias em casa, ao contrário do Brasil que há uma enorme dificuldade de se conseguir este acompanhamento, sendo necessário entrar com ações judiciais. Se tratando de melhorias, o governo deveria perceber a necessidade de atender criança e adolescente

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

com TEA em parques, entre outros, com profissionais capacitados prezando atividades recreativas para acompanhá-los.

Vale ressaltar, que na Holanda há vários tipos de moradia assistida, que é uma forma de acompanhamento para pessoas com deficiências que precisam ou querem morar sozinhos, com toda a assistência necessária e equipe multidisciplinar para ajudarem com suas rotinas e os tornarem mais independentes.

Sendo assim, pode-se perceber que apesar da existência da lei a aplicabilidade da mesma é ineficaz e não é suficiente para atender as expectativas destas pessoas, e mesmo que o termo autismo tenha maior visibilidade atualmente, a sociedade ainda não tem conhecimento sobre o assunto, e baseiam-se em ideias vagas, não sabendo se portar diante e não ter noção de algumas dificuldades e limitações.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar a necessidade de uma nova postura do Estado e da sociedade, no qual foi evidenciado crítica social e jurídica, visto que os direitos implementados as pessoas com Transtorno do Espectro Autista apesar de expostos, não são fiscalizados e exercidos, algumas vezes por desinformação, entretanto, devem se beneficiar de seus direitos inteiramente e em diversas áreas.

Ressalto que é necessário mudanças significativas para que se possa promover uma vida digna de igualdade, não retirando o lugar de expressão destas pessoas no âmbito jurídico, o que foi percebido não acontecer, uma vez que as diversas instituições, que deveriam ser responsáveis pela promoção de saúde, educação e até mesmo de qualidade de vida para esse público, ainda estão deixando muito a desejar.

Também ficou evidente, que a história da garantia de direitos de crianças e de sujeitos autistas, está diretamente atravessada por lutas de movimentos sociais conduzidos principalmente por pais desses sujeitos, que buscam de todas as formas, encontrar mecanismos legais e sociais, que de fato possam promover melhores condições de vida para seus filhos, que além de enfrentarem questões relacionadas a limitações cognitivas que fazem parte de sua personalidade, também precisam lidar com os processos de exclusão social.

7. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Lei nº 10.216, Lei da Reforma Psiquiátrica de 06 de abril de 2001. **Diário Oficial da União**.

BRASIL. Portaria GM nº. 336, de 19 de fevereiro de 2002. Normatiza os CAPS I, CAPSII, CAPS III, CAPS i II e CAPS ad II. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2002.

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

Brasil. Lei 8142/90 de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade no SUS. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm, obtido em: 01/12/2013.

BRASIL, Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

MELO, Cynthia de Freitas; CAVALCANTE, Ana Karine Sousa; FAÇANHA, Klediane Queiroz. Invisibilização do adoecimento psíquico do trabalhador: limites da integralidade na rede de atenção à saúde. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 17, n. 2, 2019.

NUNES, Fernanda; ORTEGA, Francisco. Ativismo político de pais de autistas no Rio de Janeiro: reflexões sobre o "direito ao tratamento". **Saúde e Sociedade**, v. 25, p. 964-975, 2016.

OLIVEIRA, Bruno Diniz Castro de et al. Políticas para o autismo no Brasil: entre a atenção psicossocial e a reabilitação1. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 27, p. 707-726, 2017.

PAULA NUNES, D. R. de; AZEVEDO, Mariana Queiroz Orrico; SCHMIDT, Carlo. Inclusão educacional de pessoas com Autismo no Brasil: uma revisão da literatura. **Revista Educação Especial**, v. 26, n. 47, p. 557-572, 2013.

ROSA, Carlos Mendes; VILHENA, Junia de. DO MANICÔMIO AO CAPS. DA CONTENÇÃO (IM) PIEDOSA À RESPONSABILIZAÇÃO. **Barbarói**, n. 37, p. 154-176, 2012.

VEIGA-NETO, Alfredo; LOPES, Maura Corcini. Inclusão, exclusão, in/exclusão. **verve. revista semestral autogestionária do Nu-Sol.**, n. 20, 2011.

(DES)VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO À LUZ DO INSTITUTO DO JUIZ DAS GARANTIAS E DA TEORIA DA DISSONÂNCIA COGNITIVA

ADRIANO CARNEIRO SILVA: Bacharelando no Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Estagiário na Defensoria Pública do Estado do Piauí.

THIAGO OLIVEIRA RODRIGUES [49]

(coautor)

JULIANO DE OLIVEIRA LEONEL [50]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto analisar o (des)valor probatório do inquérito policial com a implementação do juiz das garantias e da teoria da dissonância cognitiva. Desenvolve um dos maiores problemas acerca do impacto na imparcialidade do juiz sentenciante devido ao seu contato prévio com o inquérito policial, buscando as posições dos doutrinadores sobre seu valor probatório perante a atual sistemática, a sistemática adotada pela lei 13.964/19 - pacote anticrime - e como a sua livre disposição no processo prejudicaria a manutenção da originalidade cognitiva do juiz sentenciante. Analisa os impactos estudados pela teoria da dissonância cognitiva, como o efeito pós-primeira impressão, e a criação de pré-julgamentos. Sua relevância se deve a compreensão do papel do inquérito policial e seu valor probatório antes e depois da presença do juiz das garantias e como a exclusão do inquérito policial dos autos do processo não impactará em seu esvaziamento. Para tanto, utilizou-se a metodologia dedutiva que será discutida ao longo do estudo por meio de legislação e conceitos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do valor probatório do inquérito policial e as inovações dadas pelo pacote-anticrime.

49 Coautor. Bacharelando no Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail*: oliveirarodrigues.jus@gmail.com

50 Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Mestre em Direito pela UCB. Especialista em Direito Penal e Processual Penal –ESA/UFPI. Professor do Centro Universitário Santo Agostinho. Defensor público. *E-mail*: julianoleonel@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: juiz das garantias, desvalor probatório, inquérito policial, pacote anticrime, dissonância cognitiva.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the probative (dis)value of police investigation with the implementation of the judge of guarantees and the theory of cognitive dissonance. It develops one of the biggest problems about the impact on the impartiality of the sentencing judge due to his previous contact with the police investigation, seeking the positions of the indoctrinators about its probative value before the current system, the system adopted by law 13.964/19 - anti-crime package - and as its free disposition in the process would harm the maintenance of the sentencing judge's cognitive originality. It analyzes the impacts studied by the theory of cognitive dissonance, such as the after-first impression effect, and the creation of pre-judgments. Its relevance is due to the understanding of the role of the police investigation and its probative value before and after the presence of the judge of guarantees and how the exclusion of the police investigation from the case file will not impact its emptying. For that, we used the deductive methodology that will be discussed throughout the study through legislation and doctrinal and jurisprudential concepts and positions about the probative value of police investigation and innovations given by the anti-crime package.

KEYWORDS: Warranty Judge, evidential worthlessness, police investigation, anti-crime package, cognitive dissonance.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sistemas processuais penais e seus princípios norteadores. 2.1 Breve análise do sistema processual penal brasileiro. 2.2 Conjuntura do contraditório e da ampla defesa no sistema acusatório. 2.3 Princípio da imparcialidade e seus aspectos na atuação do magistrado oficiante na instrução e julgamento. 3. Inquérito policial e sua relevância perante a sistemática processual adotada no Brasil. 3.1 Característica inquisitiva como móvel da divergência entre atos de investigação *x* atos de prova. 3.2 Valor probatório e suas divergências. 3.2.1 Valor probatório relativo. 3.2.2 (Des)valor probatório integral. 3.2.3 Breve introdução à teoria da dissonância cognitiva. 3.2.4. Contribuição da teoria da dissonância cognitiva para o (des)valor probatório integral do inquérito policial. 4. Juiz das garantias e seus impactos no inquérito policial. 4.1 Breves considerações acerca do juiz das garantias no processo penal brasileiro. 4.2 Exclusão do inquérito policial dos autos do processo e a manutenção da originalidade cognitiva do magistrado sentenciante. 5. Conclusão. 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca analisar o impacto da estrutura inquisitiva do inquérito policial no processo penal brasileiro e seu valor probatório perante a implementação da lei 13.964/19, observando a implementação do instituto do juiz das garantias e a exclusão do inquérito policial dos autos do processo (BRASIL, 2019).

Logo, confere-se por delimitação do tema o valor probatório do inquérito policial com a implementação do juiz das garantias e quais seriam as consequências prejudiciais perante a originalidade cognitiva do seu contato direto pelo juiz que irá proferir uma sentença condenatória.

Sendo assim, eis o problema de pesquisa: como se dá a problemática da originalidade cognitiva do juiz da instrução e julgamento em contato com os atos investigativos produzidos no inquérito policial com o advento do juiz das garantias, implementado pela lei 13.964/19 - pacote anticrime?

O desdobramento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica ao redor do tema valor probatório do inquérito policial, a fim de comprovar possíveis burlas com relação às garantias individuais e processuais dadas àqueles que se encontram no polo passivo de um processo penal, com sentenças condenatórias ilustradas em um sistema inquisitivo, em total descompasso com a Constituição Federal do Brasil de 1988 e com o sistema adotado pelo código de processo penal brasileiro.

Logo, com o advento da lei 13.964/19 – pacote anticrime estipulação do juiz das garantias e seus impactos no inquérito policial, justas se fazem a análise da originalidade cognitiva dos magistrados diante da instrução e julgamento e as consequências de seu prévio contato com o inquérito policial, pois prevê o artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, que o juiz poderá usar os elementos investigativos como fonte suplementar de decisão (BRASIL, 2008).

Para chegar às considerações finais da pesquisa, propõe-se trabalhar, num primeiro instante, os sistemas processuais penais e seus princípios norteadores, adentrando no sistema processual adotado no Brasil, o impacto da imparcialidade na atuação do magistrado e o princípio do contraditório e a ampla defesa no sistema acusatório. Ademais, examinar-se-á o inquérito policial e sua relevância diante do sistema acusatório adotado no Brasil, sua característica inquisitiva como móvel da divergência entre atos de investigação e atos de prova, como também o seu valor probatório e suas divergências entre valor probatório relativo e seu (des)valor probatório integral, e a respectiva análise da teoria da dissonância cognitiva como contribuição para o (des)valor probatório integral.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Por fim, a reflexão sobre o juiz das garantias e seus impactos no inquérito policial brasileiro, ante a exclusão do inquérito dos autos do processo.

A pesquisa foi desenvolvida pelo método dedutivo, no que diz respeito à analise bibliográfica, por meio de consultas de obras, artigos científicos, teses, dissertações, legislação, doutrinadores e jurisprudência atinente à matéria. A pesquisa tem como objetivo específico o debate sobre a influência da adoção da exclusão do inquérito policial dos autos do processo no seu valor probatório e a manutenção da originalidade cognitiva do juiz.

Por fim, objetiva-se apresentar uma pesquisa com o intuito de demonstrar a dificuldade da manutenção da originalidade cognitiva dos magistrados quando já possuem contato com os elementos de investigação produzidos em sede inquisitorial e quais seriam os impactos da adoção do instituto do juiz das garantias e da exclusão do inquérito policial dos autos do processo nessa sistemática, sem o propósito de esgotar o assunto.

2.SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

A sistemática processual penal, em suma, expressa-se na relação e nas funções desempenhadas pelas figuras da acusação, da defesa e do juiz. A abordagem na doutrina do conjunto de normas de um ordenamento jurídico que regem a aplicação do direito penal geralmente é feita pautada em três sistemas: o inquisitivo, misto e acusatório.

O sistema inquisitivo predominou na linha do tempo do processo penal expressivamente a partir do século XIII, alavancado pela instauração do Tribunal do Santo Ofício instituído pela Igreja Católica durante a Idade Média para apurar, julgar e penalizar condutas tidas por heresia e outras afrontas à moral e à fé católica da época.

Segundo Guilherme Nucci (2021, p. 31) o sistema inquisitivo tem por características principais:

> Caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.

Dessa forma, se extrai a marca da sistemática inquisitorial: a aglutinação de funções nas mãos de um só autor do processo, no caso, o juiz, que inquire, acusa, produz provas,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

e julga, ignorando significativamente a defesa, quando se tem (NUCCI, 2021). Assim, a ausência de garantias ao acusado abre campo para excessos processuais, com total disparidade de armas (AVENA, 2019).

O sistema acusatório se caracteriza pela distinção de funções dos atores do processo penal, em contrapartida à aglutinação destas funções no sistema inquisitivo. Sua origem remonta ao direito grego, onde vigorava a sistemática de acusação popular de crimes graves e de acusação privada para ações delituosas menos graves, bem como ao segundo período evolutivo do processo penal romano, em que a expansão do Império fez necessária a criação de mecanismos mais eficazes para a investigação de determinados crimes.

Segundo Ferrajoli (2006, p. 518), "são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento". Dessa forma, sistema acusatório tem por fundamento justamente esta separação de funções, dando à sistemática processual um juiz espectador ao invés de um gestor de provas, o que condiciona a possibilidade da efetivação da imparcialidade. Com o juiz sendo apartado do dinamismo das partes, resta caracterizado o elemento da imparcialidade, razão de ser da estrutura processual (LOPES JUNIOR, 2021).

Por fim, uma parcela da doutrina sustenta um terceiro gênero de sistema processual, denominado sistema processual penal misto. O sistema misto teria por características uma fase inicial inquisitiva, onde se procederia com a investigação preliminar, uma fase de instrução preparatória e uma fase final, para a procedência do julgamento com as garantias do processo acusatório (CAPEZ, 2021).

Entretanto, atualmente não mais existem sistemas processuais considerados puros, todos teriam uma parcela de mistura, considerados então como mistos. Dessa forma, para a classificação de um sistema, seria necessária a identificação do seu princípio unificador e definir se seria acusatório ou inquisitório (LOPES JUNIOR, 2021). Assim, a sustentação de um sistema processual misto nada mais é do que um reducionismo, pois tal ideia basear-se-ia tão somente na constatação de que haveria uma fase de investigação preliminar supostamente inquisitorial e uma fase processual supostamente acusatória. Portanto, não caberia sustentar a prevalência dessa sistemática no Brasil, como já apontado por alguns doutrinadores, pois para identificar seu sistema seria necessário desvelar seu princípio unificador, visto que puro esse sistema não seria (LEONEL, 2020).

2.1 Breve análise do sistema processual penal brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Ao fazer a comparação destas sistemáticas, é perceptível que a Constituição Federal de 1988 não deixa espaço para desenvolver no atual ordenamento jurídico, um processo penal que não seja fundado nas garantias do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade do juiz. Assim, vê-se como um grande avanço o advento da lei 13.964/2019 e a inserção do art. 3º-A do CPP, onde expressamente consagra o sistema acusatório como o adotado no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2019).

Entretanto, a eficácia do referido artigo está suspensa cautelarmente por força da concessão de liminar nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 concedida pelo Ministro do STF Luiz Fux (BRASIL, 2020). Portanto, o processo penal brasileiro se mantém em uma estrutura inquisitorial, confrontando diretamente com o modelo acusatório que desenha a Constituição (LOPES JUNIOR, 2021).

Segundo Juliano Leonel (2020, p. 536), entende-se que um "processo penal democrático, típico de um sistema acusatório, é aquele que seja capaz de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos [...]''. Logo, é imprescindível a observância da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa em um processo penal que se encontra instalado perante uma Constituição Federal democrática, não podendo haver dúvidas quanto à sua estrutura acusatória, não obstante a hesitação da concretização de forma expressa de tal sistema no Brasil.

2.2 Conjuntura do contraditório e da ampla defesa no sistema acusatório

O princípio do contraditório e o da ampla defesa, expressamente consagrados no texto constitucional, encontram seus escopos dentro do sistema acusatório diante de suas funções de garantir à parte hipossuficiente da relação processual igual oportunidade e tratamento no curso do processo que tem a parte que acusa; bem como de assegurar ao acusado uma defesa técnica e lhe oportunizar a autodefesa (BRASIL, 1988).

O princípio do contraditório remete a uma reconstrução da narrativa fática do delito, com a oitiva da versão da acusação e também do acusado, representado pela sua defesa, sendo que a condução a audiência para o exercício do contraditório é de exercício obrigatório, devendo ser oportunizada pelo magistrado. No exercício do contraditório, não pode o magistrado reprimir as opções de defesa do acusado perante o que se alega em seu desfavor, caso contrário incidiria em uma característica inquisitiva, o qual não é compatível com o sistema preconizado (LOPES JUNIOR, 2021).

Sendo assim, o contraditório nada mais é do que a forma constitucional de produção de provas, que serão observados pela autoridade judiciária. Alguns doutrinadores

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

entendem o contraditório como um método, sendo um verdadeiro manifesto na produção e valoração de provas (GLOECKNER; LEONEL, 2021).

A ampla defesa vem expressa na Carta Magna, se mostrando inseparável do contraditório, haja vista que seu exercício só é possível por meio daquele. O referido princípio abrange a defesa técnica ou processual, realizada por um advogado ou defensor público e à autodefesa, exercida pelo acusado em determinados momentos, como por exemplo o seu direito de presença. O princípio da ampla defesa, sendo também uma garantia individual, admite alguns tratamentos "privilegiados'' ao acusado, como o *in dubio pro reu*, ou seja, na dúvida, a pretensão acusatória deve ser resolvida a favor do réu (LIMA, 2021).

Portanto, em um Estado democrático, é nítido que o sistema acusatório deve ser o adotado no processo penal que o rege, resguardando todas as garantias do acusado, como também do próprio processo. Ademais, deve-se preservar o respeito pela separação das funções, que não se limita na simples distinção entre o órgão julgador e o órgão acusador, devendo ser observada a verdadeira finalidade acusatória de um processo penal (GLOECKNER; LEONEL, 2021).

2.3 Princípio da imparcialidade e seus aspectos na atuação do magistrado oficiante na instrução e julgamento

A finalidade do princípio ora analisado é justamente impedir o autoritarismo e a eventual manipulação e contaminação do juiz sentenciante, seja de forma consciente ou inconsciente (RITTER, 2016).

A sistemática do direito acusatório de proporcionar ao juiz um espaço para a apuração das provas produzidas e trazidas ao processo apenas pelas partes aduz ao elemento fundante da estrutura processual: a imparcialidade. Segundo Lopes Junior (2021, p. 68), é o princípio da imparcialidade "o princípio supremo do processo" que garante que se obtenha um reparto judicial justo. O Estado deve ocupar a posição de terceiro, exigindo o sistema acusatório que o juiz não apenas tenha sua função limitada à apuração das provas, mas que esteja afastado da atividade investigatória que as produz, sob pena de destruir a dialética do processo penal e incidir na sistemática inquisitória, vez que o juiz se põe também como ator, não como espectador (LOPES JUNIOR, 2021).

No decorrer do processo judicial, é necessário que não haja qualquer causa que possa prejudicar a cognição e consequentemente, a imparcialidade do juiz sentenciante. São várias as quadras em que o juiz pode ter sua imparcialidade comprometida, como em casos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

de suspeição, impedimento e incompatibilidade (LIMA, 2020).

Ademais, os acontecimentos de imparcialidade vão muito além da vontade do magistrado. A imparcialidade pode ser subdividida em "objetiva'' e "subjetiva'': a primeira se refere à postura do juiz, devendo o mesmo adotar uma postura nítida de imparcialidade, sendo imprescindível a demonstração da mesma; a segunda está diretamente ligada à cognição do magistrado, objetivando elidir o julgamento por quem já adere a uma determinada opinião prévia a respeito do assunto da lide, ou seja, impede que o juiz se finde a uma das partes antes do momento certo (LIMA, 2020).

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos bem orienta sobre subdivisões da imparcialidade "objetiva'' e "subjetiva'' sob o prisma da "teoria da aparência'' em seus julgados (RITTER, 2016). Por força da mesma, na dúvida inerente à imparcialidade, o afastamento do magistrado se mostra necessário (LIMA, 2020). Portanto, é imprescindível que as partes tenham a lucidez de que o magistrado é uma figura imparcial, sem qualquer envolvimento precedente ao caso, preservando a chamada "estética da imparcialidade'' e consequentemente gerando confiança aos participantes do processo (ROSA; LOPES JUNIOR, 2019).

Dessa forma, os princípios mencionados corroboram com a retórica do sistema acusatório, que, conforme já exposto alhures, são sacrificados na sistemática inquisitorial. No Brasil, tem-se resquícios inquisitivos espalhados pelo processo penal instituído, os quais prejudicam estas garantias principiológicas e não permitem alcançar na totalidade um procedimento que seja justo e democrático.

3.INQUÉRITO POLICIAL E SUA RELEVÂNCIA PERANTE A SISTEMÁTICA PROCESSUAL ADOTADA NO BRASIL

O inquérito policial é um procedimento inquisitorial e com caráter preparatório, comandado pela autoridade policial, que tem como objetivo a cognição de provas com o intuito de causar justa causa para a ação penal, proporcionando ao titular da ação que ingresse em juízo (LIMA, 2020). Noutras palavras, são as atividades e diligências desempenhadas pelo Estado, que pretende verificar a autoria e a conjuntura de um suposto delito, tratando-se de uma espécie do gênero investigação preliminar (LOPES JUNIOR, 2021.)

A precípua finalidade do inquérito policial é a apuração do crime e a descoberta de seu autor com o escopo de fornecer ao titular da ação penal os elementos que possibilitem a promoção desta em juízo (NUCCI, 2021). É interessante destacar a autonomia que a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

autoridade policial possui para desenvolver o procedimento investigativo, mas deve-se ressaltar que a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais depende de decisão judicial.

3.1 Característica inquisitiva como móvel da divergência entre atos de investigação *x* atos de prova

As características do inquérito são diversas, variando em sua nomenclatura e no número de características de acordo com cada autor. Sua característica de procedimento inquisitivo – correlacionado com o tema do presente artigo, é uma das mais marcantes do inquérito policial, apesar de outras, como o seu caráter sigiloso, autoritário e oficioso. Conforme dito alhures, o inquérito tem uma função preparatória, sendo ela a de obter os elementos de informação que irão ser a base da denúncia ou da queixa-crime, e seu caráter inquisitivo vem justamente pelo fato de não ser próprio de sua natureza a presença obrigatória das garantias da ampla defesa e do contraditório (AVENA, 2019).

O inquérito policial é presidido pela autoridade policial, que no Brasil é exercida pela figura do delegado de polícia. Conforme a lei 12.830/13, em seu art. 2º, §1º e §2º, as investigações criminais ficarão por conta do delegado de polícia, tendo por meio o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, objetivando a apuração das ocorrências fáticas, a existência e a autoria dos delitos. Ainda, será de sua função os pedidos de perícia, documentos e demais dados de interesse da apuração dos fatos (BRASIL, 2013). Em suma, deverá averiguar a autoria e materialidade de determinada conduta criminosa.

Perante seu caráter inquisitivo, alguns autores de forma radical afirmam que não há como conferir a um imputado, em sede de investigações, as garantias inerentes ao processo acusatório, como o contraditório e ampla defesa, pois o indiciado terá a qualidade de mero investigado, ou seja, apenas fará parte de uma pesquisa realizada pela autoridade policial, logo, não se trata ainda de um acusado (RANGEL, 2019).

Atualmente prevalece o entendimento que por mais que o inquérito tenha sua característica inquisitiva, as garantias de defesa não são totalmente excluídas, sendo que tais garantias irão incidir de forma mitigada, ou seja, com o contraditório e a ampla defesa de exercício facultativo, prescindível, apenas com oportunidade mandatória. Ademais, tal participação se dará apenas com a conclusão das diligências e não de forma contemporânea (CASTRO, 2016).

Perante a inquisitoriedade do inquérito policial e sob a ótica do sistema processual penal acusatório, que em tese deve ser o adotado no Brasil, é de grande observância a distinção de atos de prova e elementos investigativos, também denominados de elementos

informativos ou atos de investigação. O primeiro objetiva convencer o juiz de uma afirmação, integra o processo e está a serviço deste e servirá à sentença. O segundo é uma mera hipótese, serve para o cumprimento dos objetivos da fase pré-processual e não servem para formar a convicção do juiz na sentença, mas sim formar a *opinio delicti* do acusador (LOPES JUNIOR, 2021). Logo, prova será somente aquilo que consta do processo judicial, sendo o inquérito meras "informações'' (RANGEL, 2019).

3.2 Valor probatório e suas divergências

É crucial especificar-se sobre o valor probatório do inquérito, ou seja, de qual maneira aquela investigação conclusa irá contribuir para o produto final do processo acusatório, sendo este a sentença. Tal valoração terá uma grande importância, pois conforme exposto alhures, o processo penal brasileiro tenta se encaminhar para a efetivação de um sistema acusatório, ao qual deve abolir atuações oficiosas dos magistrados na produção de provas e ter ampla observância aos princípios do contraditório, ampla defesa e imparcialidade, ao contrário do que acontece em sede de investigações preliminares, nas quais uma das características mais marcantes é o seu cunho inquisitivo.

Atualmente não se encontra mais a possibilidade de se condenar única e exclusivamente em face de elementos obtidos apenas no inquérito policial. Entretanto, ainda restam divergências sobre a sua relevância no processo penal, pois parte da doutrina e da jurisprudência entendem que o valor probatório do inquérito diante dos elementos colhidos deverá ser valorado como meros argumentos de reforço, possuindo valor probatório relativo. Outra parte da doutrina entende que os mesmos não poderiam ser utilizados nem mesmo a título *obter dictum*, pugnando seu (des)valor probatório integral e sua exclusão dos autos do processo.

3.2.1 Valor probatório relativo

O valor probatório do inquérito está previsto no próprio texto legal do artigo 155 do CPP (BRASIL, 2008) que prevê: "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

Sendo assim, entende-se que a *ratio decidendi* de uma sentença penal condenatória, sendo este fruto de um processo acusatório, não pode ser fundamentada apenas no inquérito policial. Caso se permita, significaria um procedimento de natureza inquisitorial escudando uma sentença fruto de um processo acusatório. A sentença deve se pautar nas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

provas sob o crivo do processo judicial, com amplo grau de observância dos princípios do contraditório e ampla defesa. Logo, admite-se que as peças de informação colhidas no inquérito possam atuar como argumentos de reforço, tendo, portanto, um valor probatório relativo.

Ainda, para que os elementos investigativos colhidos no inquérito policial sejam analisados como *obter dictum*, faz-se necessário a produção de provas em juízo, devendo tais provas corroborarem com o que foi produzido em sede inquisitiva, fazendo jus a observância do contraditório e da ampla defesa. Sendo assim, o simples fato de haver "provas" tanto no curso do processo, como no inquérito, não autoriza o juiz a fundamentar sua sentença levando em consideração as duas fases, mas sim aquilo que foi produzido no processo judicial (RANGEL, 2019).

Assim, os elementos investigativos colhidos no inquérito policial somente devem ser apreciados se em conjunto com as demais provas colhidas em sede judicial, haja vista as características já mencionadas daquele, logo, todo o apurado no inquérito deverá ser confirmado em juízo. O simples fato de haver provas tanto no curso do processo, como no inquérito, não autoriza o juiz a fundamentar sua sentença levando em consideração as duas fases (RANGEL, 2019).

Portanto, buscou-se produzir um distanciamento do inquérito policial com relação à sentença condenatória, preservando assim as garantias do acusado, visto que se aquelas provas não forem corroboradas em juízo, serão inutilizáveis e ensejará uma absolvição por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, VII do CPP (BRASIL, 2008). Não obstante a intenção de preservar as garantias constitucionais, surgiu uma outra problemática com relação às provas produzidas no procedimento inquisitivo, já que convenceriam de forma indireta o magistrado, gerando pré-julgamentos e agravando sua imparcialidade, surgindo a posição da impossibilidade da utilização do inquérito policial pelo juiz sentenciante.

3.2.2 (Des)valor probatório integral

Um dos elementos que marcam a característica inquisitiva do inquérito são seus atos de investigação, que podem obter valoração de acordo com o sistema jurídico, tomando por base a sentença. Assim, deve-se observar se tais atos podem ou não serem utilizados na condenação. Como já visto, em primeiro caso, os atos poderiam sim ser sopesados em uma sentença condenatória, desde que utilizados como argumento de reforço e corroborando com outras provas produzidas em juízo. Por outro lado, os atos da investigação preliminar servem em medidas de natureza endoprocedimentais e se esgotam

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

no recebimento da denúncia, justificando apenas o processo, impossibilitando seu uso na sentença (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2021).

Ainda de acordo com o art. 155 do CPP (BRASIL, 2008), a expressão "exclusivamente'' mantém uma redação infeliz, possibilitando aos magistrados uma ampla utilização do inquérito, bastando apenas que invoquem algum elemento probatório produzido no processo. Logo, entende-se que o inquérito policial e seus atos não poderiam servir sequer como argumentos de reforço, pois descabe o uso de argumentos produzidos sob o cunho inquisitivo para valorar uma sentença que é fruto de um processo acusatório (LOPES JUNIOR, 2021).

Conforme exposto alhures, tais atos investigativos estão a serviço de uma instrução preliminar, servindo a um juízo de probabilidade, que não exigem ampla observância aos princípios constitucionais e são destinados à busca da autoria e materialidade que justifiquem o processo, desse modo, tem-se o valor probatório limitado dos mesmos. Portanto, tais elementos só poderiam ser sopesados no curso da instrução preliminar e em suas fases intermediárias, sendo que tais informações nessa fase ficariam adstritas ao oferecimento da denúncia ou opção por arquivamento do Ministério Público (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2021).

De acordo com Vegas Torres (1993, p. 116, *apud* LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2021, p. 208), a conclusão é uma só: "as diligências levadas a cabo na instrução preliminar não podem servir como fonte de convencimento do órgão jurisdicional no momento da sentença".

Então, é certo que a origem do problema estaria no fato de que os elementos informativos produzidos pelo inquérito estariam anexados ao processo, influenciando direta ou indiretamente no convencimento dos magistrados (LOPES JUNIOR, 2021). A razão pela qual essa influência seria um ponto negativo é nítida quando se pensa no comprometimento da imparcialidade do juiz sentenciante, analisada sob o prisma da teoria da dissonância cognitiva e da dificuldade da manutenção da originalidade cognitiva dos magistrados.

3.2.3 Breve introdução à teoria da dissonância cognitiva

A quadra de dissonância cognitiva foi identificada na psicologia, nos trabalhos realizados pelo professor Leon Festinger, especificadamente na obra "A Theory Of Dissonance Cognitive'', publicada em 1957. O autor bem explica este fenômeno como um

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

autoconvencimento já formalizado, no qual se buscam razões, por mais que fragilizadas, para ratificar as convicções previamente já concebidas (FESTINGER, 1975).

O fenômeno da dissonância cognitiva é bastante comum, e se manifesta de forma inevitável em contextos como "o contato com informações sobre alguém, colocando em risco suas primeiras impressões'' conhecida por "dissonância pós-primeira impressão'' (LOPES JUNIOR; RITTER, 2017. p. 68). A introdução dessa primeira impressão impacta diretamente no comportamento e na cognição do indivíduo que as obteve, apresentando maior dissonância com relação aos conhecimentos posteriores da mesma pessoa ou fato, incompatibilizando-as e prejudicando a manutenção da originalidade cognitiva.

3.2.4 Contribuição da teoria da dissonância cognitiva para o (des)valor probatório integral do inquérito policial

O alemão Bernd Schunemann trouxe a teoria da dissonância cognitiva para dentro do processo penal, introduzindo sua aplicação em face do juiz e a sua atuação diante das decisões proferidas, analisando a necessidade em que o magistrado precisará lidar com duas opiniões incompatíveis, sendo uma primeira informação advinda dos "elementos investigativos'' e a segunda das "provas obtidas no processo'', questionando a possibilidade da criação de pré-julgamentos pelo responsável do julgamento da lide (LOPES JUNIOR, 2014).

Dentre as hipóteses analisadas pelo doutrinador alemão, duas trataram a respeito da insistência ou não, pelo juiz sentenciante, das informações obtidas em sede inquisitorial e o seu armazenamento frente às posteriores informações apresentadas no processo. Segundo Schunemann (2013, *apud*, RITTER, 2016, p. 122-123):

> Dos 58 participantes, 14 (8 juízes e 6 promotores) tinham conhecimento dos autos e lhes era permitido inquirir testemunhas na audiência (grupo 1); 14 (9 juízes e 5 promotores) tinham conhecimento dos autos e não lhes era permitido inquirição de testemunhas (grupo 2); 17 (11 juízes e 6 promotores) não possuíam conhecimento dos autos, mas lhes era permitido inquirir testemunhas na audiência (grupo 3); e 13 (7 juízes e 6 promotores) não possuíam conhecimento dos autos, tampouco lhes era permitida a inquirição de testemunhas (grupo 4).
>
> A primeira hipótese, que diz respeito ao comportamento do juiz ao sentenciar, foi testada por meio da comparação dos resultados das

> sentenças, condenatórias vs. absolutórias, à luz do (des)conhecimento dos autos da investigação preliminar e da (im)possibilidade de inquirição de testemunhas. O resultado obtido sugere que, nas mesmas condições fáticas, enquanto conhecendo-se os autos, independentemente da possibilidade de inquirir testemunhas, o juízo final condenatório é muito mais provável que o absolutório (10 para 4, respectivamente, em ambos os grupos 1 e 2), sem tal conhecimento, alterando-se significativamente a estatística, há mais probabilidade de absolvição (13 no grupo 3 e 7 no grupo 4), do que de condenação (4 no grupo 3 e 6 no grupo 4). Inclusive, especificamente em relação aos juízes, pôde-se observar que enquanto todos os 17 que conheciam os autos condenaram, os 18 que desconheciam dividiram-se em absolver (10) e condenar (8), podendo-se considerar confirmada a primeira hipótese.

Ainda, foi comprovado que os juízes que possuíam conhecimento prévio dos autos eram incapazes de reunirem elementos apresentados pela defesa de forma correta, permanecendo com a primeira impressão incriminadora. Logo, também restou comprovado a dificuldade frente às posteriores informações obtidas no processo (RITTER, 2016)

No mesmo ponto de vista, Jacobsen Gloeckner realizou uma pesquisa associando a teoria da dissonância cognitiva e o processo penal brasileiro. Em suma, o autor extraiu julgados da data entre 03/10/2012 e 31/21/2013, analisando 90 (noventa) acórdãos com o elemento de busca "prisão preventiva", filtrando como objeto de exames os recursos de apelação, a fim de averiguar os impactos da decretação de uma prisão na decisão de mérito. Como resultado, todos confirmaram as decisões condenatórias ou reformaram as decisões de primeira instância, condenando em segundo grau. Logo, conclui-se por uma sucessão de decisões, fazendo com que o julgador muita das vezes valorize de forma sobrestimada as decisões passadas e também se contamine pelas decisões de uma prisão cautelar, prevalecendo suas primeiras impressões, a fim de evitar dissonâncias cognitivas (GLOECKNER, 2015).

Conforme concluiu-se pelas pesquisas feitas pelos doutrinadores alhures, a condenação é mais corriqueira quando o juiz possui conhecimento dos atos de investigação, que também podem englobar prisões preventivas em seu curso, reiterando assim a quadra de dissonância cognitiva pós-primeira impressão, na qual preserva-se a percepção inicial do indivíduo, fazendo com que o mesmo busque elementos que a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

corrobore, independentemente se certo ou errado, através de uma "busca seletiva de informações'' (SCHUNEMANN, 2013, *apud* LOPES JUNIOR, 2014). Logo, é prejudicial o contato direto do julgador com os elementos informativos obtidos pelo inquérito, visto a impossibilidade da manutenção de sua originalidade cognitiva (RITTER, 2016).

As razões para esse fenômeno são apontadas por Pellegrini Grinover (1996, p.239, *apud* LOPES JUNIOR, GLOECKNER, 2014):

> Em primeiro lugar, porque quem realiza o juízo de pré-admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença no processo (exceto no caso do júri); Em segundo lugar, porque os autos do inquérito são anexados ao processo e assim acabam influenciando direta ou indiretamente no convencimento do juiz.

No Brasil, não raro se tem a figura da autoridade judiciária intervindo de alguma forma na fase investigatória, sendo chamada para ser o juiz sentenciante do mesmo feito. Ocorre que para a preservação da imparcialidade, a divisão entre um juiz responsável pela sentença e outro pelas investigações preliminares se tornam imprescindíveis. Ademais, ao avaliar a permanência do inquérito policial no processo sob o prisma da respectiva teoria em estudo, restam evidentes os impactos de sua dissonância cognitiva na prolação de uma sentença condenatória.

Com a chegada da lei 13.964/19 - denominada de pacote anticrime, o legislador brasileiro trouxe novas regras com alto grau de importância e repercussão para o processo penal brasileiro, possibilitando a aproximação do código de processo penal e das garantais fundamentais do polo passivo na ação penal, instituindo o juiz das garantias e a exclusão do inquérito dos autos do processo, como solução das problemáticas apresentadas, a fim de preservar a originalidade cognitiva e a imparcialidade do magistrado sentenciante.

4.JUIZ DAS GARANTIAS E SEUS IMPACTOS NO INQUÉRITO POLICIAL

4.1 Breves considerações acerca do juiz das garantias no processo penal brasileiro

O instituto do juiz das garantias foi inserido no Código de Processo Penal Brasileiro pelo art. 3º-B da lei 13.964/19 (BRASIL, 2019), que prevê: "O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário [...]''. Assim, antecedendo o protocolo da ação penal, o juiz atuante nas fases de investigações terá a atribuição de resguardar os direitos fundamentais dos investigados, como também

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

preservar a legalidade da investigação. Dessa forma, existirá a presença de dois juízes: o juiz das garantias e o juiz da instrução, este responsável pela sentença (SCHREIBER, 2020).

Logo, não se tem mais a prevenção como condição de fixação da competência do juiz, sendo o contrário: o juiz que atuar na investigação estará impedido de atuar no processo criminal (DIAS; ZAGHLOUT, 2020). Assim, o magistrado responsável pela instrução e prolação da sentença não será mais o responsável pelas decisões inerentes às investigações preliminares, ficando esta última a cargo do juiz das garantias (BRASIL, 2019).

A participação dos magistrados nas investigações preliminares é notória quando observado a necessidade da decretação de prisões cautelares ou qualquer outra medida cautelar, seja real ou pessoal, na qual o magistrado cria um "preconceito'' e consequentemente o vinculará até fim de sua atuação. Entretanto, tais atribuições ficarão a cargo do juiz das garantias. Portanto, o magistrado sentenciante preservará sua "originalidade cognitiva'', recebendo o processo sem preconcepções e sem os efeitos decorrentes da dissonância cognitiva (SANTOS, 2020).

Pelas mesmas razões, o instituto contribuirá com as denominadas imparcialidades "subjetiva'' e "objetiva''. A primeira, por não admitir que o juiz que participe dos atos investigatórios seja o mesmo que prolate a sentença, evitando objeções prévias (RITTER, 2016). A segunda, por corroborar com a "estética da imparcialidade'', ante a ausência de envolvimento prévio com a lide (ROSA; LOPES JUNIOR, 2019).

4.2 Exclusão do inquérito policial dos autos do processo e a manutenção da originalidade cognitiva do magistrado sentenciante

Com a implementação do Juiz das Garantias, se torna viável a exclusão do inquérito policial dos autos do processo. Mais importante que a não participação do magistrado nas investigações preliminares, é a privação do seu contato com os atos investigativos do inquérito, devido a sua natureza inquisitiva. A exclusão do inquérito dos autos do processo supre de vez a problemática da imparcialidade do juiz com relação ao seus pré-julgamentos, eliminando, portanto, o risco de uma possível valoração antecipada, que acontece de forma inconsciente, haja vista a não ocorrência do seu contato com os elementos investigativos produzidos em sede inquisitorial.

Assim, artigo 3º-C, §3º do CPP (BRASIL, 2019) preconiza:

> Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

O juiz da instrução não poderá ter acesso ao conteúdo do inquérito policial, ficando restrito ao *parquet* e a defesa. Reiterando o sistema acusatório no processo penal brasileiro, os elementos investigativos produzidos na investigação preliminar não servirão nem mesmo como argumento de reforço em uma sentença condenatória, visto que os inquéritos permanecerão acautelados na secretaria do juízo das garantias, excepcionalmente em relação às provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis (SANTOS, 2020).

No campo da dissonância cognitiva, diante da ausência de contato com as informações constantes no inquérito, a cognição do juiz evitará uma quadra de "primeira impressão'' negativa em relação aos fatos, não direcionando as decisões futuras daquele processo com base no que se produziu sem a observância do contraditório e da ampla defesa, evitando os efeitos decorrentes da dissonância cognitiva, como o confronto diante da incompatibilidade das informações e consequentemente uma possível inclinação prejudicial ao processo (RITTER, 2016).

Com relação à denominada "originalidade cognitiva", conhecida por ser uma garantia que sempre deve se fazer presente nos juízes criminais, revela que o juiz só deve ter conhecimento do respectivo caso e das provas na devida fase processual, ou seja, com observância de todas as garantias expostas alhures (LOPES JUNIOR, 2021).

É nítido que no processo penal brasileiro, diante dos resquícios de uma estrutura inquisitiva, o magistrado já inicia o processo contaminado, principalmente em face dos elementos produzidos no inquérito policial, prejudicando sua imparcialidade, conforme exposto alhures. Logo, tal medida de exclusão incidirá em uma perfeita quadra da manutenção da "originalidade cognitiva'' do julgador, haja vista a não formação de convicções prévias dos fatos (RITTER, 2016). Assim, será possível um maior aproveitamento do debate entre as partes, regidos por um processo acusatório com a presença das garantias constitucionais, permitindo decisões concisas e sem base inquisitiva.

Pelas mesmas razões, a contribuição para a imparcialidade é colossal. A "estética da imparcialidade'' é inerente, reforçando ainda mais a necessidade de o juiz ter que aparentar ser imparcial no processo penal brasileiro, mantendo assim a denominada "imparcialidade

objetiva'' e dando segurança para as partes, como também não criará preconcepções antes do momento oportuno, resguardando a imparcialidade "subjetiva'' (ROSA; LOPES JUNIOR, 2019).

Portanto, a implementação da exclusão dos autos do inquérito derroga de forma tácita o art. 155, *caput*, do CPP, adotando a posição pelo (des)valor probatório integral do inquérito, prezando pela manutenção da originalidade cognitiva do julgador e a preservação da imparcialidade, reforçando então o caráter acusatório do processo penal brasileiro (SANTOS, 2020).

Nada obstante, todas as medidas atinentes ao capítulo do Juiz das Garantias estão suspensas, por força de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs 6.298, 6299, 6300 e 6305 (BRASIL, 2020).

5.CONCLUSÃO

Conforme os aspectos levantados na presente pesquisa, o artigo 155 do Código de Processo Penal não se encontra em consonância com o sistema processual desenhado pela Constituição brasileira, ou seja, o sistema acusatório, que deve ser sempre buscado pelo processo penal vigente.

No Brasil, observa-se que a Constituição bem tenta abarcar um processo penal acusatório, não obstante a ausência de previsão expressa do referido sistema, o que permite a presença de dispositivos com caráter inquisitivo no CPP, prejudicando a imparcialidade jurisdicional, a abolição de arbitrariedades e causando a incerteza do sistema prevalente.

O inquérito policial, um dos procedimentos responsáveis pelas investigações preliminares, é marcado pelo seu caráter inquisitivo. Portanto, é necessário definir limites no valor probatório deste procedimento. Assim, atualmente prevalece o seu valor de prova relativo, podendo ser sopesado apenas em situações nas quais se tenha a produção de provas em juízo, servindo apenas como argumentos de reforço.

Nada obstante, tem-se também a posição pelo (des)valor probatório do inquérito, que objetiva a sua não permanência no processo, ante a total ausência de valor probatório dos atos investigativos. Ao serem analisadas as pesquisas em torno da teoria da dissonância cognitiva e o processo penal, vê-se que o magistrado ao adentrar no processo após ter contato prévio com os atos investigativos ou após ter atuado na fase investigativa

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

e na instrução, encontrar-se-á com a sua originalidade cognitiva prejudicada, influindo pré-julgamentos negativos que serão sopesados em uma sentença condenatória.

Logo, a figura do juiz das garantias é imprescindível em um processo penal acusatório e a verdadeira separação de funções, no qual haverá um juiz responsável pelos atos endoprocedimentais, realizados ainda no inquérito policial e atuando até o recebimento da denúncia, como também o juiz das garantias, sendo este responsável pela instrução e julgamento do processo. Ainda, se torna possível a exclusão do inquérito policial dos autos do processo, fazendo com que este cumpra sua função até a admissão da denúncia, e principalmente, evitando que o juiz responsável pela instrução e julgamento tenha sua originalidade cognitiva prejudicada, não ocasionando quadras de dissonância cognitiva e nem tendo risco de criar preconcepções na prolação da sentença.

Como forma de solucionar as problemáticas que vigoram no código de processo penal brasileiro aqui apresentadas, os artigos. 3º-A ao 3-F, da lei 13.964/19, conhecida por pacote anticrime, trouxeram a figura do juiz das garantias e a exclusão do inquérito dos autos do processo, não obstante estarem com eficácia suspensa pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais implementações permitirão um processo penal igualitário entre as partes, permitindo a atuação de dois juízes em fases distintas do processo, prevalecendo a imparcialidade em todas as suas formas. Ademais, as implementações dos dispositivos também derrogariam o art. 155 do CPP, impossibilitando o uso do inquérito policial até mesmo como argumento de reforço, ante a sua exclusão dos autos, assim mantendo a originalidade cognitiva do juiz sentenciante, optando pela adoção da posição do (des)valor probatório integral do inquérito policial.

6 REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22 out. 2021.

_____. **Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1. Acesso em: 15 out. 2021.

_____. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6298**. Requerente: Partido Trabalhista Nacional e Outro(a/s). Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342203606&ext=.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. Sistema acusatório e garantias do processo penal. **Revista consultor jurídico**, 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal#_ftn1&gt. Acesso em: 17 out. 2021.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Mera informatividade do inquérito policial é um mito. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-29/academia-policia-mera-informatividade-inquerito-policial-mito. Acesso em: 14 out. 2021.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. A colidência entre o modelo de Juiz Wargrave e o das garantias: um estudo sobre a imparcialidade judicial. In: **Sentir o Direito:** pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura. 1. ed. Porto Alegre: Ed. Fi, 2020. p. 301 a 317.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 518.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Trad. Eduardo Almeida. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.117.08.PDF. Acesso em: 10 mar. 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LEONEL, Juliano de Oliveira. O manifesto autoritarismo inquisitorial do artigo 385 do código de processo penal. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 29, n. 175, p. 175-281, 2021. Disponível em: http://dspace.mj.gov.br/handle/1/2621. Acesso em: 08 mar. 2022.

LEONEL, Juliano de Oliveira. Pacote anticrime: estrutura acusatória versus governamentabilidade inquisitiva do processo contemporâneo. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio grande do Sul,** Porto Alegre, n. 26, p. 535-549, 2020. Disponível em: https://.revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/51. Acesso em: 20 out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 56 a 1314.

LOPES JUNIOR, Aury. Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 46 a 410.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito**, Recife, v. 8, n. 16, p. 55-91, 2017. DOI: https://doi.org/10.22293/2179-507x.v8i16.397 Disponível em: https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/397/381. Acesso em: 19 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 39 a 184.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal**: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. Porto Alegre, 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

ROSA, Alexandre Morais da; LOPES JUNIOR, Aury. Afinal, se no jogo não há juiz, não há jogada fora da lei. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jul-05/limite-penal-jogo-nao-juiz-nao-jogada-fora-lei. Acesso em: 23 out. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. 1. ed. Rio De Janeiro: Método, 2020. p. 10 a 93.

SCHREIBER, Simone. Em defesa da constitucionalidade do juiz das garantias. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/simone-schreiber-defesa-constitucionalidade-juiz-garantias#author. Acesso em: 22 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: A (IN)COMPATIBILIDADE ENTRE A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL E A CULTURA PATRIARCAL

LARISSE DA COSTA DE ABREU: Graduanda do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão;

ERICK VINICIUS COSTA ANDRADE[51]

(Orientador)

RESUMO: Os crimes contra dignidade sexual são relatados na Bíblia Hebraica e no código de Hamurabi, dois importantes códigos legislativos do Direito civil da história da humanidade. Na Roma antiga também este crime causava repulsa, embora ainda fosse tipificado com base em uma visão extremamente patriarcal da sociedade. Com o final da segunda guerra mundial, os crimes contra a dignidade social sofrem uma mudança de paradigma com a revisão do Direito materialista que até então era praticado no mundo ocidental. Diante dessa temática, este trabalho tem como objetivo fazer uma síntese do ponto de vista histórico dos crimes sexuais na legislação Pátria. Secundariamente foi proposto se relatar os princípios jurídicos existentes da construção com relação a crimes contra dignidade sexual humano; descrever a dignidade sexual humana pela metade a legislação brasileira e por último foi proposto se avaliar a proteção da dignidade sexual humano, diante da cultura do patriarcado. O trabalho foi feito a partir da consulta de fontes bibliográficas de livros de Direito e de artigos voltadas para a temática da proteção dos direitos humanos, e dos crimes contra dignidade sexual em face da cultura patriarcal.

Palavras-Chave: Dignidade. Estupro. Crime. Sexual.

ABSTRACT: The crimes against sexual dignity are reported in the Hebrew Bible and in the Code of Hammurabi, two important legislative codes of civil law in human history. In ancient Rome also this crime caused repulsion, although it was still typified based on an extremely patriarchal view of society. With the end of World War II, the crimes against social dignity suffered a paradigm shift with the revision of the materialistic Law that was practiced until then in the Western world. In view of this theme, this work has as its objective to make a synthesis of the historical point of view of sexual crimes in Brazilian legislation. Secondarily it was proposed to report the existing legal principles of construction in relation

[51] Orientador: Advogado desde 2015; Professor do Instituto de Ensino Superior do Sul do Maranhão - IESMA/UNISULMA. (2021 - Atual); Professor da Faculdade de Educação Santa Terezinha - FEST.

(2021 - Atual); Professor de Direito Constitucional e Direito Penal CERS IMPERATRIZ e CURSO CHRONUS. (2018 - Atual)

to crimes against human sexual dignity; to describe human sexual dignity through Brazilian legislation and finally it was proposed to evaluate the protection of human sexual dignity in the face of the culture of patriarchy. The work was done from the consultation of bibliographic sources of law books and articles focused on the theme of the protection of human rights, and crimes against sexual dignity in the face of patriarchal culture.

Key-words: Dignity. Rape. Crime. Rome.

1 INTRODUÇÃO

Do ponto de vista histórico, a primeira referência com relação aos crimes sexuais é encontrada em Deuteronômio 22:13-29. Essa passagem da Bíblia é notória ao fazer referência a situações nas quais são notados até os dias de hoje. Chama atenção então, a passagem do versículo 25 na qual se lê "Se, contudo, um homem encontrar no campo uma jovem prometida em casamento e a forçar, somente o homem morrerá.".

Outra passagem também histórica digna de nota é aquele encontro II Sm 13, 10-20. Nessa passagem, Tamar é estuprada pelo seu meio irmão Amnom. No primeiro caso, o livro de Deuteronômio configurava-se como uma espécie de Código Civil do povo hebreu. Na Segunda passagem materializou assim aquilo que era ilustrado em Deuteronômio 22.

Como se verifica os crimes contra dignidade sexual são bastante antigos e já citados na Bíblia Hebraica. Ademais além do Código Mosaico, o Código de Hamurabi e o Direito Romano já condenavam a prática de estupro. Aliás a expressão apareceu primeiramente com o vocábulo estuprum. Nesse sentido se inserem os crimes contra dignidade social sexual, isso a relação com a questão dá proteção as pessoas atendidas por esse crime e a conhecida a cultura patriarcal presente nas sociedades de hoje em dia.

O desrespeito, a dignidade sexual do ser humano continua sendo, bem como a falta de aderência as normas morais e cogentes presentes na legislação constitucional e infraconstitucional podem ser apontados como as causas maiores de ocorrência e crimes contra dignidade sexual. O outro dado importante, é ainda o sentimento de impunidade, que ainda permeia a sociedade apesar das inúmeras iniciativas para se coibir esse tipo de crime.

Para a execução deste trabalho, se propõe como objetivo geral: sintetizar como se deu o desenvolvimento histórico com relação aos crimes sexuais na legislação Brasileira; Para os objetivos secundários propõe-se: relatar os princípios jurídicos presentes da constituição e relacionadas aos crimes contra a dignidade sexual humana; descrever sobre os crimes contra a dignidade sexual com base na legislação aplicada; E finalmente se propõe este trabalho avaliar a proteção da dignidade sexual em face da cultura patriarcal.

Esse trabalho foi realizado a partir de uma pesquisa qualitativa com fontes bibliográficas sendo utilizadas nas quais se destacam principalmente livros do Código Penal, artigos publicados em meio digital, além de trabalhos de conclusão de curso (TCC).

2 ASPECTOS HISTÓRICOS QUE CULMINARAM COM O ADVENTO DA LEI N. 12.015/09

Prado (2001) afirma que os crimes sexuais sofreram ao longo da história severa repressão por parte de diversos povos da antiguidade. No código mosaico por exemplo, caso um homem tivesse relações como a jovem virgem e que fosse noiva de outro homem, os dois seriam mortos. contudo se um indivíduo tivesse encontrado a jovem, em campo aberto e assim praticasse o estupro, mediante violência física, somente ele seria morto por apedrejamento. Em outra hipótese, caso houvesse emprego de força física para conjunção carnal, o estuprador tinha que se casar com a moça, não podendo se separar dela, e ainda tendo que pagar uma indenização de 50 ciclos luz de prata.

> Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a lex Julia de adulteris (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir adulterius e stuprum, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do crimen vis, com a pena de morte. (BITENCOURT, 2015, p. 48).

No ínterim dessa recapitulação histórica vale citar que no Direito Romano utilizava-se a palavra *stuprum* que, não obstante, tinha outra conotação, pois alcançava os práticas sexuais e libidinosas, sendo amplamente empregado tanto para mulheres como homens. Vale destacar que nessa situação o homem não poderia estar no polo passivo do delito, algo que é considerado como novo no ordenamento jurídico do Brasil, conforme a lei 12015/2009. que trouxe alterações ao Código Penal. O termo utilizado o direito romano no sentido lato estava relacionado a qualquer manifestação impudica que fosse manifestada por mulher ou por homem envolvendo ainda a pederastia e o adultério (PRADO, 2001).

Estefan (2016) ressalta que do ponto de vista histórico registram-se punições do tipo pecuniárias contra aqueles que praticavam estupro na Roma antiga. Essa punição encontrava-se na Lei Escantinea (Lex scantinia) que é datada de 149 a.C. Essa vertente de entendimento jurídico no Direito Romano trazia a penalização de crimes sexuais, inclusive daqueles crimes sexuais praticados contra vontade pessoas do sexo feminino.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Já no Oriente Médio, se tem o registro do código de Hamurabi, datado de 1700 a.C, na qual tem-se a origem da conhecida expressão presente em nosso cotidiano do olho por olho e dente por dente baseado na lei do talião. Já nesse tempo, a punição para crimes sexuais era bastante dura, principalmente com relação ao crime de estupro. Nesse código, aquele estuprasse uma virgem que vivia com os pais, deveria ser morto.

Como passar do tempo foi feita a diferenciação entre aquilo que são os atos sexuais e os atos libidinosos. Ficou estabelecido que os crimes praticados contra uma viúva, uma criança ou uma mulher virgem se configuravam como stuprum. Caso a mulher fosse casada o crime se configuraria adulterium. A reformulação do pensamento jurídico no mundo romano teve influência do Cristianismo, assim o estupro deixou de ser visto como infração patrimonial para ser tipificada como delito sexual. Apesar disso, no Direito Romano a existia a responsabilização da vítima por conta da violência sofrida.

Decerto, são citados vários outros eventos históricos relacionados à política. Tito Lívio em sua obra Ab Urbe Condita cita que o deus Marte teria estuprado a virgem vestal Rea Silvia e essa teria dado à luz a Romulo, considerado fundador de Roma. Isso já demonstrava que existe uma forte relação entre política e estupro. Um outro episódio citado é o estupro de Lucrécia que resultou na derrubada da monarquia e e que levou ao restabelecimento da República (CANELA, 2012).

Ainda com relação ao Mundo Romano, Canela (2012) em sua obra "O Estupro no Direito Romano", faz diversas considerações com relação a tipificação do estupro naquela cultura jurídica. O Rapto das sabinas, é um episódio lendário relacionado a fundação da cidade de Roma e no qual Romulo teria autorizado o rapto de mulheres da tribo dos Sabinos. Tal fato foi classificado como uma espécie de estupro coletivo.

Para Estefan (2016) a citação das histórias seja do ponto de vista lendário ou histórico demonstram que para a cultura Romana não havia tolerância para com as práticas de crimes sexuais, isso notadamente, nos casos de estupro. Apesar da legislação Romana prevê a tipificação do crime de estupro, muitas das vítimas não denunciavam os infratores, por conta das exigências da lei e devido também a outros fatores como o medo de retaliação, a vergonha de se expor em público, e por existir ainda uma cultura qual a vítima era em parte culpada.

Já Carvalho (2016) explica que no Brasil colônia existia uma quantidade insuficiente de mulheres de modo que a miscigenação foi tida como uma prática política individual, na qual as mulheres indígenas e negras eram estupradas sendo essa uma prática comum, visto que na época da escravidão as mulheres não eram consideradas como os donos do seu próprio corpo, e não se atentava para as consequências do estupro como a gravidez indesejada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Assim, a primeira manifestação jurídica com relação à criminalização do estupro no Brasil ocorreu com o primeiro código penal que foi redigido em 1830 e que também leva o nome de Código Criminal do Império do Brasil. Esse códice em seu Art 222 propunha que o estupro era configurado quando havia copulação canal pelo meio de emprego de violência, ou ainda de ameaças contra qualquer mulher dita honesta. Essa foi a primeira vez que se apresenta na legislação pátria, a penalização de crimes sexuais no Brasil.

Já na época republicana, no ano de 1890 foi publicado o código penal onde o crime de estupro tinha a tipificação dada pelos artigos 268 e 269. Nesse momento, o legislador trouxe algumas alterações com relação ao código criminal de 1830, ou seja, de 60 anos antes. Nessa situação, o homem era tido como o polo ativo da prática do crime, e isso incluía na tipificação do estupro tanta a violência física como a mental (BUSATO, 2017).

Passados então 50 anos, na década de 40 foi promulgado o novo Código Penal. Nesse códice, o homem também era tido como polo ativo dos crimes de estupro e a mulher como o polo passivo. Aliás, a partir da Lei Nº 12015 de 7 de agosto de 2009. Isso muda, pois, o delito de estupro passou a ter uma caracterização mais abrangente. No Brasil, os crimes contra a dignidade sexual estão regulamentados no Título VI do Código Penal (MOREIRA FILHO, 2020).

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS PRESENTES NA CONSTITUIÇÃO E DIGNIDADE SEXUAL HUMANA

A partir de um exame da leitura relacionada com relação aos crimes sexuais contra dignidade sexual podem ser elencados pelo menos quatro princípios podem ser aplicados com relação a dignidade da pessoa humana. Estes são o princípio da formação de personalidade, da lesividade e finalmente, o princípio da proporcionalidade.

Monteiro (2013) comenta que o princípio da dignidade humana tem origem na Grécia antiga ainda que de forma incipiente, já existindo um conceito que definia a pessoa humana. Dessa maneira, a dignidade humana na antiguidade clássica era definida com relação com as qualidades externas visíveis do indivíduo, ou seja, a sua posição social. Assim, quanto mais posses aquela pessoa tivesse, mais era considerado como digno. A dignidade humana não era concebida a partir do valor da pessoa em si, mas sim com base no seu poder econômico e no seu status social.

Santos (2018) explica que após a Segunda Guerra Mundial não existia uma proteção de de ordem internacional voltada a defesa dos direitos humanos, dado que nos países participantes do conflito, os nacionais encontravam-se em péssimas condições de vida. A partir desse momento, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da carta Geral das Nações se faz menção à dignidade da pessoa humana que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

posteriormente, foi consagrada na redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Gonçalves (2016) reforça que após o advento das duas grandes guerras mundiais houve necessidade de se buscar uma maior proteção ao ser humano com relação à sua dignidade e de sua própria existência. Logo, ocorreu que o Direito baseado em modelos matemáticos e positivismo jurídico fracassaram. Surge, então a vertente dos direitos humanos e com isso, as Convenções internacionais e tratados que buscam a defesa de direitos fundamentais para todos os indivíduos que vivem em sociedade.

Por fim, o final do século 20 é marcado pela necessidade de se retornar valores essenciais a dignidade da pessoa humana, onde busca-se a superação da concepção patrimonialista do Direito que teorizava com relação à proteção de ser humano. Essa nova corrente busca renovar o direito civil, que até então tinha como marca a proteção da propriedade privada, da instituição familiar e dos contratos. Portanto, se objetiva a proteção da pessoa humana, com a existência dos institutos jurídicos se dando em função do ser humano, e não mais das coisas em si (ZANIAWSKI, 2002).

Castro (2020) destaca que a partir da obra de Matias Kaufmann é possível entender o princípio da dignidade humana como uma necessidade universal de reconhecimento do homem com relação a ser respeitado, a igualdade de tratamento de modo Independente de etnia, religião e condição socioeconômica. Essa é uma questão histórica de grande importância configurando-se em um desafio para Filosofia e para ciência do Direito.

Silveira (2003) explica que no princípio da lesividade, também conhecido princípio da ofensividade parte do pressuposto que se configura o crime, a partir da lesão ou do perigo de lesão ao bem jurídico de outra pessoa. Sendo assim, se faz necessário configurar o crime, tem que se observar se houve lesão e que este se deu com relação a um bem. Assim, o que se busca no Direito Penal não é apenas se punir a ação, mas sim o resultado desta, ainda que não tenha se produzido os efeitos permanentes. Assim sendo, basta então a ocorrência do fato ou do ato, para a caracterização da infração.

O próximo princípio, de grande importância para essa discussão jurídica, é o princípio da proporcionalidade ao qual se encontrar inserido na constituição federal de 1988, como consequência do Estado de Direito, uma vez que coloca limites para atuação do poder do Estado com relação a restrição de garantias e direitos fundamentais (ARAÚJO, 2009).

No Direito, o princípio da proporcionalidade tem sua origem no direito penal. A ideia básica por trás desse princípio é de que as penas para os crimes cometidos devem ser proporcionais à sua gravidade. Já do ponto de vista doutrinário o princípio da proporcionalidade também conhecido como princípio da vedação, ou ainda como

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

princípio da avaliação de bens jurídicos, e princípio de vedação de excesso. Portanto, este princípio busca colocar limites a liberdade individual mesmo se vivendo em uma democracia. Tal Princípio não busca vedar a manifestação do indivíduo com relação a sua liberdade de opinião ou políticas, mas simplesmente, buscar resguardar o convívio do ser humano em sociedade (BARROS; BARROS, 2006).

Lenza (2012) esclarece que do ponto de vista histórico, o princípio da proporcionalidade surgiu como a tentativa de estabelecer o equilíbrio do exercício do Poder estatal para os particulares. Ou seja, o objetivo é punir o indivíduo na proporção do grau da ofensa. Tal princípio tem sua origem na Carta Magna de 1215, que foi redigida na Inglaterra, e assim preceituava a punição dos Barões pelos seus pares de modo proporcional a gravidade do ato.

Na esteira disso surge Cesare Beccaria, italiano que se insurge contra até então um Direito que pune o transgressor, com suplícios, penas infames, desproporcionalidade entre o castigo e o ato cometido, bem como contra também como contra a pena de morte (GOMES, 2014).

Nisso Beccaria se insurge contra a tradição jurídica, invoca a razão e o sentimento; faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, a atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos; condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social; declara a pena de morte inútil (GOMES, 2014)

Nisso, o princípio da proporcionalidade se revela de extrema importância no Direito Penal atual pois, a dosagem da pena é baseada no quantum, dado que diferentes penas para diferentes crimes indicam diferentes modos buscar a sentença mais justa a ser aplicada (GONÇALVES, 2018).

Nucci (2014) declara que o respeito à dignidade sexual está no fato de que respeita se, as manifestações de indivíduo adulto, seja, aquele com maioridade civil (maior de 18 anos) sem lhe causar constrangimento. Em contrapartida tal indivíduo também deve respeitar a dignidade sexual de parceiros e a parceiras sem o emprego de ameaça ou violência física ou psicológica. Além disso, a divindade social não se lastra em fundamentos religiosos ou moralistas com muito menos conservadores

Do ponto de vista histórico é possível afirmar que a partir das últimas legislações que foram promulgadas sobre os crimes contra dignidade sexual, se demonstra que no direito penal brasileiro tem-se partido de uma ótica fundamentada no patriarcado onde as mulheres eram inferiorizadas para uma ótica na qual busca além da igualdade de gênero

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

também se promove a proteção com relação a dignidade sexual do gênero feminino (BALBINOTTI, 2018).

A partir da Constituição de 1988 foi reconhecido de dignidade humana da sociedade brasileira sendo este um princípio basilar e que trouxe um Norte dentro dos institutos jurídicos adotados no Brasil e que vieram fazer parte da acabou-se social político. ficou entendido que é sexualidade é inerente ao ser humano, cabendo assim a proteção desta. Ademais, o Brasil é um país ao qual os seus princípios constitucionais se regem pelos princípios dos direitos humanos consagrados em nível internacional, e a partir da carta redigida pela ONU em 1948. Isso tem por objetivo trazer proteção para as pessoas vulneráveis (OLIVEIRA, 2016).

Com o advento da Constituição de 1988, o Brasil se adéqua não somente a legislação sobre direitos humanos em nível internacional, mas também busca aplicar políticas públicas em cima desses fundamentos. importante também citar conferência do Cairo E na qual todos os países firmaram compromisso para criação de um sistema de proteção dos direitos humanos e onde teria que ser abandonado a visão patriarcal com relação a Sexualidade do gênero feminino (MORAES, 2021).

Deste modo, cabia ao Brasil adaptar a sua legislação e as suas políticas públicas a esses princípios. Aliás, não se olvide que, na (1994), ficou afirmado o compromisso do Brasil no tocante aos Direitos Humanos com a necessidade do abandono da concepção patriarcal de controle da sexualidade das mulheres (MORAES, 2021).

4 OS CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL

Os crimes praticados contra dignidade sexual podem ser encontrados no título VI do novel Código Penal. O assunto é bastante extenso e existem diversas tipificações de crime contra de dignidade sexual. Contudo, estes podem ser resumidos em crimes contra a autonomia sexual, crime sexual cometido contra vulnerável, e ainda o lenocínio e o tráfico de pessoas. Nesse último crime, existe um verdadeiro submundo da prostituição, onde mulheres de origem social menos abastada são levadas para a exploração sexual (CAPEZ, 2012)

Assim, o primeiro crime configurado na lei é o de estupro e que tem sua redação prevista no artigo 213 ao qual pode-se ler "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso": Nessa situação a pena varia entre 6 e 10 anos de reclusão. A configuração do crime de estupro se faz mediante constrangimento, ou seja, a vítima é coagida pelo uso de violência onde o agressor emprega a força física ou ainda a tortura psicológica. Pode-se configurar também mediante grave ameaça. O crime tem como polo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ativo, homens ou mulheres e como polo passivo, indivíduos acima de 14 anos com capacidade de discernimento (BITENCOURT, 2020).

> A conduta típica consiste em constranger (forçar, obrigar, coagir) alguém a conjunção carnal mediante violência (vis corporais, força física) ou grave ameaça (vis compulsiva, força moral) ou a praticar (fazer, executar, realizar) ou permitir (consentir, dar liberdade, tolerar) quem com ele se pratique outro ato libidinoso. Dessa forma, a conjunção carnal e os atos libidinosos praticados contra a mesma vítima e ocorridos num mesmo contexto fático constituem crime único, adotando-se o denominado princípio da alternatividade (MOREIRA FILHO, 2020, p. 606).

Como se ver no estupro, a vítima é constrangida, ou seja, obrigada a consumação de um ato contra sua a própria vontade. Assim, a força física é utilizada ou ainda a vítima pode estar sobre ameaça de uma arma de fogo, por exemplo. Comete crime também aquele que permite a ocorrência de tal ato seja pelo consentimento, ou pela tolerância. Isso pode ser aplicado àqueles casos que ocorrem na família onde, a mãe tem conhecimento de que o pai cometer atos ilícitos libidinosos com a filha.

Outro crime tipificado contra a dignidade sexual é o da violência sexual mediante emprego de fraude. Esse crime está tipificado no artigo 215, na qual o ofensor tem relações sexuais ou pratica ato libidinoso, com alguém por meio de manipulação ou qualquer outro meio que impeça ou dificulte a livre expressão da vontade da pessoa lesada. A pena também varia entre 2 a 6 anos de reclusão (CUNHA, 2016).

Este crime também é chamado de "estelionato sexual" (fraude no ato sexual), uma vez que o ofensor induz a vítima ao engano com o objetivo de cometer abuso sexual. Nesse caso, não se utiliza a violência, mas sim de artifícios, que induzem a vítima a uma certa conduta tida como necessária. Isso pode ser exemplificado, naqueles casos em que o médico por exemplo, abusa de uma paciente ao relatar que tal procedimento faz parte na prática clínica. Isso também pode ser aplicado a dirigente religioso que ao tocar o corpo da vítima, ao dizer que tal ato faz parte das práticas religiosas (GONÇALVES, 2020).

É preciso destacar que caso a vítima esteja sobre efeito de drogas, álcool ou de medicamentos, o crime não se configura como estelionato sexual, mas será tipificado como estupro de vulnerável. Esse crime pode ter como sujeito ativo tanto o homem como a mulher. Com relação ao passivo, tanto homens como mulheres também podem sofrer esse tipo de crime, que tem a consumação se dando no momento que é praticado o ato libidinoso ou a conjunção carnal (JESUS, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Outro crime bastante comentado é assédio sexual conforme o artigo 206 a do Código Penal, uma vez que embaraçar alguém com a intenção de auferir favores ou vantagens sexuais, com o agente se aproveitando de sua condição de superior hierárquico ou de supremacia inerente ao desempenho de um posto de trabalho, cargo ou função. O crime realiza-se a partir da intenção do agente em assediar a vítima e assim obter vantagem sexual (CUNHA, 2016).

O crime tem pena de detenção de 1 a 2 anos conforme a gravidade e em contrapartida ao crime de estupro, o constrangimento sexual está relacionado a condutas ou propostas de natureza sexual feitas pelo agente a vítima. Esse crime sexual, se configura quando a agente importuna sua vítima valendo-se de uma posição superior hierárquica. É tipificado mesmo havendo o consentimento da vítima (BITENCOURT, 2020.)

Nesse tipo de crime, o sujeito ativo é aquela pessoa que está em posição superior e quanto ao sujeito passivo, este é a pessoa que se enquadra na hipótese de ser assediada sexualmente. A consumação do crime de assédio efetua-se mesmo que, não seja obtida nenhuma vantagem sexual, por parte do agente. É prevista um aumento da pena, de um terço caso a vítima do crime sexual, seja menor do que 18 anos de idade (BITENCOURT, 2020.)

Dentre os crimes sexuais praticados contra a dignidade sexual, chama atenção aquele praticado contra vulnerável. O código penal prevê que o estupro de vulnerável tipificado pela prática ou pela conjunção carnal de ato libidinoso com menor de 14 anos de idade. A pena varia de 8 a 15 anos de reclusão, sendo ainda equivalente a este crime quando é cometido contra deficientes mentais ou pessoas enfermas que não podem oferecer resistência ao ato sexual ou libidinoso (NUCCI, 2005).

O sujeito nesse crime, pode ser qualquer pessoa, enquanto que no polo passivo encontra-se um indivíduo vulnerável, como a consumação ocorrendo no momento em que o ato é realizado. A pena é aplicada, inobstante, a vítima tenha consentido e o crime passa a ser qualificado quando há como resultado a lesão corporal grave, com pena de reclusão variando de 10 e 20 anos. Na ocorrência de morte, a pena pode variar entre 12 a 30 anos (SALIM; AZEVEDO, 2017).

5 PROTEÇÃO DA DIGNIDADE SEXUAL EM FACE DA CULTURA PATRIARCAL

Do ponto de vista histórico, as mulheres têm uma trajetória delineada pela percepção de diferentes estereótipos ligados a sua biologia e que colocavam a mulher uma posição em uma posição desconfortável dentro de uma estrutura na qual foram vistas como "virgens" ou ora sendo tratadas como prostitutas ou meretrizes, com termos que pretendiam defender a dignidade sexual das mulheres. Isso começa a mudar com os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

primeiros movimentos feministas, já no final do século 18 e início do século 19 (MICHEL, 1982).

Acrescente-se que a cultura patriarcal baseada em uma moral ultrapassada e baseada na concepção do homem como ser dominante nas relações sociais entre homem e mulher levou a dominação do homem sobre a mulher, ou em certas situações a desigualdade social, entre os sexos. Isso pode ser visto na parte especial do Código Penal Brasileiro editado em 1940, na qual diversos dispositivos dessa lei traziam em suas definições de crimes contra família e os costumes, arquétipos nos quais, a mulher era fragilizada por conta de sua natureza (JAGGAR; BORDO, 1997).

Ainda com relação à questão histórica, as mulheres nem sempre foram elementos de consideração no tocante à temática dos direitos humanos. Como exemplo disso, pode-se citar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que seu título já utiliza o termo "homem" para designar o gênero humano incluindo assim, as mulheres. Até mesmo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, redigida em 1948 que embora traga a universalização de direitos humanos, não especifica um capítulo com relação as mulheres (HUNT, 2009).

Todavia, no final da década de 1970, Almeida (2017) afirma que surge no Direito internacional dos direitos humanos, a necessidade de reconhecimento a temática de gênero dentro do contexto da Justiça. Esse movimento busca o reconhecimento dos Direitos Humanos da mulher em específico, o que leva ao fortalecimento do debate com relação a parte dos direitos sexuais, bem como também da subjetividade com relação a necessidade de reconhecimento da dignidade sexual de gênero feminino (PRÁ; EPPING, 2012).

No caso do Brasil, com relação ao histórico do Direito Penal pode-se perceber que a moral patriarcal estava inserida quando se faz uma análise de dispositivos relacionados aos crimes sexuais. No caso do crime de estupro O legislador pátrio por exemplo bem como os juros filósofos e o próprio judiciário colocava uma mulher em uma situação de inferioridade ao utilizar termos como "mulher honesta" ou ainda "prostituta", dependendo da tipificação do crime sexual (COMPARATO, 2008).

6 CONCLUSÃO

Como se percebe os crimes contra dignidade humana são bastante antigos em sua manifestação, sendo que a Bíblia Hebraica é apenas um dos poucos registros históricos que chegaram até os dias de hoje. Já na Roma antiga o crime de estupro já era punido, embora nessa sociedade prevalecesse aspecto patriarcal das relações de poder entre homens e mulheres.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A dignidade humana é um princípio consagrado na constituição federal brasileira e faz parte do rol das garantias essenciais se constituindo também e um dos fundamentos do moderno estado democrático de direito conforme pode-se lei no artigo 1º, inciso III.

Pode-se dizer que o princípio da dignidade humana remete à questões filosóficas e históricas estão intrinsecamente ligadas a moral, a religiosidade e inerentemente a honra do ser humano, qualquer que seja a sua classe social, religião raça ou cor. A origem de tal princípio remonta aos filósofos iluministas, da França do final do século 18, sendo que tal princípio, ficou arraigado na cultura filosófica e assim também influenciou a constituição de países como os Estados Unidos e a França, no contexto das revoluções burguesas.

A história recente do direito internacional pós-segunda Guerra Mundial, registrou grandes avanços em relação ao respeito aos direitos humanos e a dignidade humana de diversos grupos sociais, dentre os quais a mulher faz parte. Isso se refletiu na legislação penal brasileira, bem como na mudança da terminologia que fazia referência as vítimas de crimes sexuais, e ampliou a abrangência da proteção dos direitos fundamentais e primordiais e com relação, a tipificação de crimes contra dignidade sexual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, S. S. DE. Para Além Da Moral Do Macho: a Dignidade Sexual No Cógido Penal Brasileiro. **Gênero & Direito,** v. 6, n. 2, 2017**.**

ARAÚJO, F. R. DA. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal:

Fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir.

Revista da EMERJ, v. 12, n. 45, p. 273–315, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_273.pd f

BALBINOTTI, I. A violência contra a mulher como expressão do patriarcado e do machismo. **Revista da ESMESC,** v. 25, n. 31, p. 239–264, 2018.

BITTAR, Eduardo C. **Introdução ao estudo do direito:** humanismo, democracia e justiça. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal 4**: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Vol. 2 - Parte Especial, 3ª edição. Atlas, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

CANELA, K. C. **O ESTUPRO NO DIREITO ROMANO**. São Paulo: CULTURA ACADÊMICA, 2012.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, A. L. M. DE. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a norma jurídica tributária**. São Paulo: Noeses, 2020.

CAPEZ, F. **CURSO DE DIREITO PENAL**. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. CUNHA, R. I. O. S**. Manual de Direito Penal:** Parte Especial. Salvador: EDITORA Jus PODIVM, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTEFAM, André. **Homossexualidade, prostituição e estupro**: um estudo à luz da dignidade humana. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GOMES, Luiz F. Col. Saberes Críticos - Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal : civilização ou barbárie?, 1ª edição.. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2014

GONÇALVES, A. B. **Hermenêutica e a linguagem**: um estudo sobre sua relação com a filosofia, o direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana. São Paulo/: Noeses, 2016.

GONÇALVES, Victor Rios. **Curso de direito penal:** parte especial (arts. 121 a 183). São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. Sinopses Jurídicas v 10 - Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos:** uma história. São Paulo:

COMPANHIA DAS LETRAS, 2009.

JESUS, Damásio de. **Parte especial:** crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184a 288-A do CP. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LENZA, P. **Direito Penal Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHEL, A. (1982) **O Feminismo:** Uma Abordagem Histórica. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

MONTEIRO, R. C. DE A. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. **Revista trabalhista. Direito e processo**, n. 48, p. 135–153, 2013.

MORAES, Alexandre D. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal comentado**. Guaracy Moreira filho. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves D. **Direitos Humanos**. São Paulo: Grupo GEN, 2016

PADILHA DOS SANTOS, R. O Tratamento Jurídico E Normativo Da Dignidade Da Pessoa Humana E Sua Aplicação Na Cultura Jurídica Estadunidense, Europeia E Brasileira. **Revista Direitos Culturais**, v. 13, n. 30, 2018.

PRÁ, J. R.; EPPING, L. Cidadania e feminismo no reconhecimento dos direitos humanos das mulheres. **Revista Estudos Feministas**, v. 20, n. 1, p. 32–51, 2012. Disponível em: https://www.scielo.br/j/ref/a/s3wGPJ9MM33JKRHPn5MW6CS/?lang=pt .

SALIM, A.; AZEVEDO, M. A. DE. **Direito Penal**. Salvador: Jus Podium, 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. **Ciência do direito penal contemporânea**; v. 3)

Wellington Pacheco BARROS; Wellington Gabriel Zuchetto BARROS. **A Proporcionalidade como Princípio de Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p.13.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROVAS ATÍPICAS: VALORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

ALEX CARLOS CAPURA DE ARAÚJO: Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Advogado formado pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2009). Cursou Extensão em Direito Imobiliário Material e Processual pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2010). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2013). Cursou especialização em Direito do Entretenimento no Instituto Internacional de CIÊNCIAS SOCIAIS (2015).

RESUMO: A prova é um dos principais institutos do Processo Civil para dirimir pontos controvertidos e examinar a veracidade dos fatos alegados pelas partes no processo. Partindo-se do pressuposto de que as partes têm o direito à ampla produção de provas, o presente trabalho tem como objetivo estudar qual o papel das provas atípicas no âmbito do processo civil, bem como a sua valoração. Valendo-se de pesquisa bibliográfica, pesquisou-se o conceito de prova atípica, sua finalidade, regras de aplicação e valoração.

Palavras-chave: Provas atípicas. Processo Civil. Valoração.

ABSTRACT: Evidence is one of the main institutes of Civil Procedure to settle matters in controversy and to analyze the alleged the truth of facts by the parties in the procedure. Considering that the parties have the right to full production of evidence, this paper aims to study the role of atypical evidence within civil procedure and its importance. Using bibliographic research, the concept of atypical evidence its purposes, its roles and its importance were subject of study.

Key words: Civil procedure. Atypical Evidence. Valuation.

Sumário: 1-Introdução. 2-Conceito. 3-Previsão Legal. 4-Características das Provas Atípicas; 5-Evolução de Provas Atípicas em Provas Típicas. 6-Exemplos de Provas Atípicas. 7-Valoração das Provas Atípicas. 8-Prova Atípica como Opção Residual. 9-Conclusão. 10-Referências.

Introdução

A produção de provas configura-se como uma das questões que levantam constantes discussões no Processo Civil. As provas produzidas no âmbito de um processo contribuem para o convencimento motivado do juiz, ao passo que o vínculo entre a produção da prova e o convencimento do magistrado necessita de controle dos meios de provas e da produção destas, a fim de que possam ser valoradas no resultado do processo.

Diante da íntima relação entre a produção da prova e o resultado do processo, faz-se necessário observar mecanismos de controle que estabeleçam regras para a produção de provas ao longo do trâmite processual, bem como para a admissão destas e a sua valoração.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como escopo analisar o funcionamento e aplicação das provas atípicas no Processo Civil brasileiro, de modo que se possa concluir – ou não – se há um tratamento diferenciado na valoração da prova atípica.

Conceito

A prova constitui elemento essencial no âmbito do Processo Civil no que tange à formação do convencimento do juiz a respeito da existência de fatos controvertidos que tenham relevância para o deslinde do processo.

Abordar o tema das provas atípicas no ordenamento processual em vigor, indubitavelmente, desperta o interesse da doutrina e jurisprudência, especialmente diante da constante e incessável evolução tecnológica.

Inicialmente, é preciso esclarecer o que são provas atípicas e definir seus conceitos, consoante posicionamento doutrinário.

Barbosa Moreira52 definiu como prova atípica a fonte para procurar conhecimentos úteis para formação do convencimento do juiz. Em suas palavras:

> a maneira pela qual o juiz tem acesso a essa fonte e então procura retirar dela conhecimentos úteis aos esclarecimentos dos fatos relevantes. Assim é preferencialmente por este ângulo que se prefere hoje estudar o fenômeno das provas atípicas. Não é tanto a possibilidade de que nós inventemos provas diferentes daquelas tradicionais, do ponto de vista da fonte em que vamos buscar o conhecimento.

52 MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Provas Atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 76, p. 115-116, 1994.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

João Batista Lopes53 define que provas atípicas são "meios não previstos expressamente no ordenamento, mas cuja admissibilidade é decorrência do sistema probatório".

Já Olavo de Oliveira Neto, Elias Medeiros Neto e Patrícia de Oliveira54 classificam deste modo a prova atípica: "Meios de prova previstos por lei e de meios não previstos, mas que são moralmente legítimos e que podem servir para demonstração das alegações de fatos formuladas".

Tal como se infere a partir do supraexposto, a produção das provas no processo civil não está limitada, especialmente porque o legislador infraconstitucional visou prestigiar os princípios da ampla defesa e do contraditório, já consagrados na Constituição Federal.

Previsão Legal

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, prevê que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".55

Verifica-se que há expressa vedação da utilização de provas consideradas ilícitas, sem limitação de provas lícitas.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a utilização de meios juridicamente idôneos, ou seja, de meios legais de prova e dos meios moralmente legítimos.

Carnelutti56 assevera que prova, em sentido jurídico, é demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, isto é, por intermédio de meios legais.

Nesse sentido, o artigo 332 do Código de Processo Civil de 197357 dispunha:

53 LOPES, João Batista. Provas Atípicas e Efetividade do Processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, n. 5, p. 389-402, 2010.

54 OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS Neto, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil: tutela de conhecimento (Lei nº 13.105/15 Novo CPC)*. v. 2. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016. p. 237-239.

55 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

56 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001. p. 72-73.

57 BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 03 nov. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

O Código de Processo Civil de 201558 manteve o entendimento quanto aos meios de prova admitidos, ao assentar que:

> Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (grifos nossos)

Oportuna, nesse sentido, a lição de Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhat59:

> Em outros termos, todos os meios de prova – de lado a possibilidade excepcional da admissão de uma prova ilícita, como será visto a seguir – devem estar de acordo com o direito, e nessa perspectiva são meios de prova legais. Esses meios de prova, porém, podem ser típicos ou atípicos, conforme estejam ou não tipificados na lei. O fato de um meio de prova não estar expresso na lei nada tem a ver com a sua moralidade, pois o que define a possibilidade de utilização de uma prova é a sua conformação com o direito, e apenas nesse aspecto é que se pode aceitar que um meio moralmente ilegítimo seja considerado um meio de prova não conforme e, assim, ilegal.

O Código de Processo Civil de 201560 lista como meios de provas típicas: (a) ata notarial (art. 384); (b) depoimento pessoal (art. 385 a 388); (c) confissão (art. 389 a 395); (d) exibição de documento ou coisa (art. 396 a 404); (e) prova documental (art. 405 a 441); (f) prova testemunhal (art. 442 a 463); (g) prova pericial (art. 464 a 480); (h) inspeção judicial (art. 481 a 484); e (i) prova emprestada (art. 372).

---

58 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

59 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 286.

60 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Humberto Theodoro Junior61 conclui que o sistema processual em vigor, bem como o anterior, foram flexíveis ao propiciar a ampla produção de provas. Em seus termos:

> é forçoso concluir que o Código de 2015, assim como o de 1973, foi bastante liberal em matéria de meios de prova, mostrando-se consentâneo com as tendências que dominam a ciência processual de nossos dias, nas quais, acima do formalismo, prevalece o anseio da justiça ideal, lastrada na busca da verdade material, na medida do possível.

Verifica-se que, assim como o sistema processual anterior, o atual Código de Processo Civil prevê que "as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados"62, isto é, podem ser utilizados no processo por não violarem a moral e os bons costumes.

Ressalta-se que o legislador, ao mencionar "meios moralmente legítimos", abriu um leque de possibilidades para que o juiz aceite – ou não – a utilização de determinada prova, haja vista a subjetividade da expressão.

Muito embora exista a referida subjetividade, não parece cabível que o juiz negue o direito à produção da prova, especialmente nos tempos modernos, em que se admite que as partes empreguem todos os meios legais de prova63, e em que há inúmeras possibilidade de provas, dada a evolução da tecnologia.

A exemplo disso, faz-se importante mencionar que, atualmente, alguns sistemas de tramitação de processo judicial eletrônico permitem que se junte aos autos arquivos de mídias (vídeos e áudios)64, os quais podem ser considerados como provas atípicas.

---

61 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 891.

62 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

63 Art. 369. **As partes têm o direito de empregar todos os meios legais**, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Grifo nosso. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

64 CURITIBA. Tribunal de Justiça do Paraná – TJ-PR. *Advogados e operadores do Direito poderão habilitar vídeos e áudios no Projudi*. 31 mar. 2020. Disponível em: www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/advogados-e-operadores-do-direito-poderao-habilitar-videos-e-audios-no-projudi/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 21 nov. 2021.

Embora ainda ausente de previsão legal, denota-se que o Poder Judiciário vem ampliando a produção de provas atípicas, conforme facultado pelo legislador ao admitir a produção de provas por todos os meios legais.

Características das Provas Atípicas

A característica da prova atípica decorre do direito fundamental à prova, pelos princípios da ampla defesa e do contraditório consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo as principais características: (a) Inexistência de previsão normativa do meio de prova; (b) Inexistência de previsão legal quando ao procedimento de realização da prova; e (c) Inexistência de prova contrária à Lei ou prova irregular.

O legislador infraconstitucional permite que, diante da constante evolução tecnológica, a prova – bem como a sua produção no processo judicial – fica autorizada, desde que seja lícita, moral e que respeite o contraditório.

Portanto, a prova atípica é aquela que pode permitir o convencimento do juiz, seja atingido por um meio de prova não imaginado pelo legislador ou que não esteja expressamente previsto em lei.

Cassio Scarpinella Bueno65 considera ser incorreto asseverar a existência de uma limitação taxativa de provas. Em suas palavras:

> É incorreto sustentar, para o direito brasileiro, a existência de um rol taxativo de provas; não há, no direito brasileiro tipicidade dos meios de provas. O que há, bem diferentemente, são provas que violam, ou não, o ordenamento jurídico. O que há é obtenção lícita ou ilícita de provas; de meios de prova que podem, ou não, ser utilizados em juízo.

A característica da prova atípica está intimamente vinculada pela inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico, ou ainda, pela ausência de previsão da forma sob a qual a prova deve ser produzida, mas que, de toda sorte, poderá ser produzida para a formação do convencimento do juiz, desde que ela não seja considerada ilícita.

Evolução de Provas Atípicas em Provas Típicas

65 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recurso*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 216-217.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Ao revés do Código de Processo Civil de 193966, que vigorou no sistema típico de provas, o Código de Processo Civil de 197367 consagrou no Processo Civil brasileiro o sistema atípico.

Importante é traçar um paralelo na vigência do Código de Processo Civil de 1973 com a entrada em vigor do atual Código Civil brasileiro, que trouxe consigo a característica de um sistema típico de provas com orientação restritiva dos meios de prova.

O artigo 212 do Código Civil vigente68 carrega consigo um sistema típico de provas, que, muito embora fosse contraditório ao sistema processual vigente à época (CPC/1973) e ao atual, a jurisprudência se posicionou favoravelmente pela aplicabilidade e convivência dos dispositivos. Em destaque:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULO - Duplicata - **Liberdade dos meios de prova - Aplicabilidade - Artigo 332 do Código de Processo Civil e artigo 212 do Código Civil - Incidência** - Emissão irregular de duplicatas - Ocorrência - Cobrança de encargos decorrentes do atraso do pagamento na própria duplicata - Impossibilidade - Juros moratórios - Não convencionais - Artigo 406

66 Art. 208: São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais. BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1939. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

67 Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 03 nov. 2021.

68 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

II - documento;

III - testemunha;

IV - presunção;

V - perícia. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> do Código Civil - Incidência - Sentença mantida - Recurso improvido.69

A doutrina70 classifica que o direito material cuida das provas legais, evidenciando a necessidade de a prova seguir o que termina o Código Civil, nos casos em que a lei especifica (CC-212).

Nos termos de Nelson Nery Júnior71:

> O princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC 371) encontra limite nas provas legais.
>
> Se a prova legal existir validamente, o juiz não poderá de deixar de lhe atribuir o valor probante que a lei lhe confere. Apesar de viger no processo civil o princípio da verdade formal, o legislador adotou pela adoção de princípio mais rígido e seguro, no que toca à prova legal.
>
> A forma, como elemento constitutivo do ato (forma ad substantian – CC 109), é matéria de existência e não de validade do negócio jurídico. Não havendo previsão legal, quanto à forma de determinado contrato, é facultados às partes estipular a forma pela qual pretendem realizá-lo, podendo condicionar sua existência à celebração por instrumento público.

Logo, devido ao fenômeno de assimilação, ou até mesmo pelas necessidades práticas, em consequência com o advento de disposição legal, a prova que anteriormente era atípica passou a ser típica pelo sistema processual vigente:

a) Ata Notarial (art. 384);
b) Prova emprestada (art. 372); e
c) Documentos eletrônicos (art. 439).72

---

69 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJ-SP. APL: 9208680662002826 SP 9208680-66.2002.8.26.0000, Relator: Candido Alem, Data de Julgamento: 23/08/2011. 16ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/09/2011. Grifo nosso.

70 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1126.

71 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1126.

72 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Desta forma, em virtude da evolução da legislação processual, as provas que não estavam previstas em lei – mas que eram largamente admitidas pela doutrina e jurisprudência – foram incorporadas ao atual Código de Processo Civil e, por conseguinte, passaram a ser provas típicas.

Exemplos de Provas Atípicas

Embora não exista limitação ou exemplificação, a prova atípica vem amplamente sendo admitida pela doutrina, sendo estes os mais comuns exemplos de provas atípicas:

a) Constatações feitas por Oficial de Justiça

Constatação de abandono de imóvel na ação de despejo – prova atípica para comprovar o abandono, dentre outras possibilidades.

b) Declarações Extrajudiciais

Depoimento prestados pelas partes ou por terceiros - Negócio Jurídico sobre provas – convenção processual de prova típica em produção atípica perante um tabelião – conferir maior celeridade à prova ou até mesmo a preservação desta.

c) Perícias Extrajudiciais

Produzidas diretamente pelas partes.

d) Comportamento das partes

Na doutrina, atualmente, muito tem se falado sobre a análise do comportamento das partes, como exemplo, a parte que se recusa a comparecer em depoimento (CPC-386), o que, aliado a outros elementos de prova no processo, pode influenciar na convicção do juiz.

e) Prova por amostragem ou por estatística

Aferir a gravidade de um dano apurado em sede de ação coletiva (art. 100 da Lei n. 8.078/199073).

O rol exemplificativo de provas atípicas não está limitado aos supraelencados, mas estes são os mais usualmente destacados pela doutrina.

73 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

Valoração das Provas Atípicas

As provas proporcionam condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva e produza seu convencimento externado por meio da sentença. Para julgar o litígio, o juiz precisa conhecer a existência do fato sobre o qual versa a lide. O objeto das provas são, essencialmente, os fatos que as partes pretendem demonstrar no processo.

A prova atípica, assim como a típica, deve ser submetida no processo às quatro fases da atividade probatória, quais sejam: requerimento ou indicação; admissibilidade; produção; e valoração.

O sistema de valoração pelo convencimento motivado permite que o juiz seja livre para formar seu conhecimento, atribuindo às provas produzidas nos autos do processo o peso que entender cabível, não havendo, portanto, hierarquia entre os meios de prova74.

Não há que se propor que a prova testemunhal seja superior à prova documental. Todos os meios de provas podem ou não ter aptidão para demonstrar a verdade dos fatos e, assim, contribuir para o convencimento do juiz.

Ao tratar dos limites da valoração da prova pelo juiz, Fredie Didier Jr.75 leciona que:

> O CPC-2015 inovou ao deixar clara a necessidade de a prova valorada constar dos autos do processo (art. 371, CPC). Somente se admite a valoração da prova que tenha sido produzida e que conste dos autos do processo. Prova que não esteja nos autos não pode servir como fundamento na decisão.
>
> Isso é corolário do contraditório: se estiver nos autos, a prova passou pelo contraditório; se não estiver, isso significa que ao menos uma das partes não pode participar da sua produção, muito menos manifestar-se sobre a prova produzida. Para fim de valoração da prova, vale a máxima antiga, agora consagrada: "*Quod non est in actis non est in mundo*" (o que não se encontra nos autos do processo, não está no mundo).

74 "O direito brasileiro não adota, como regra, o sistema da 'prova legal', no qual cabia ao legislador a atribuição de valor a cada prova, cumprindo ao órgão julgador apenas a tarefa de constatar que a prova fora produzida em determinado caso e reconhecer-lhe o valor que a lei atribuiu". DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova*. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 130.

75 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova*. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 155.

O sistema brasileiro permite conferir à prova atípica a mesma eficácia das provas típicas produzidas no processo. No entanto, o que se exige é que se tenha maior cuidado na admissão e na produção da prova atípica, considerando-se que não há procedimento legal específico.

A guisa de exemplo, uma prova atípica não poderá se sobrepor a uma prova típica, ou até mesmo a uma prova legal, como visto neste trabalho. A prova atípica deverá ser analisada conjuntamente com todo o arcabouço probatório produzido nos autos do processo.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhat76 salientam que:

> A valoração da credibilidade e da eficácia da prova atípica tem particular importância, uma vez que o juiz deve considerar esses elementos para decidir (raciocínio decisório) e para justificar racionalmente a sua decisão (raciocínio justificatório), sendo que a explicitação desses elementos na justificativa é fundamental para que as partes possam controlar a tarefa jurisdicional.

Em que pese o modelo de apreciação da prova típica ou atípica, o juiz precisa observar os elementos constantes nos autos para a produção da prova atípica, devendo conferir a possibilidade de utilização de prova típica em relação ao mesmo fato.

Por meio de uma célere análise do artigo 489, § 1º, do atual Código de Processo Civil77, não se nota qualquer tipo de exigência à fundamentação da decisão no que concerne à indicação de métodos de valoração de provas específicas, não podendo qualquer prova ser vista como superior à outra.

Na atual sistemática processual, o convencimento do juiz precisa ser motivado, devendo, desta forma, apresentar as razões pelas quais entendeu que determinada prova

76 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 286.

77 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; [...]. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

merece o valor que lhe foi atribuído; é o denominado "convencimento motivado" ou "persuasão racional".78

Exige-se, portanto, que se tenha maior cuidado na admissão e na produção da prova atípica, já que, por não haver procedimento legal específico, deve o julgador redobrar a atenção para que não ocorram erros na utilização de tal prova na solução do litígio, devendo observar o convencimento motivado para valoração da prova.

Prova Atípica como Opção Residual

Em que pese o amparo legal para a admissão da prova atípica no Processo Civil, é necessário pontuar que há uma verdadeira preferência pela prova típica, especialmente no tocante às garantias processuais.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhat79 ponderam sobre o tema:

> Por outro lado, embora o contraditório nem sempre precise ser observado, na formação da prova atípica, o emprego dessa prova, além de ter que dar à parte atingida ampla oportunidade de impugnar sua admissão, de participar da sua produção e de se contrapor à sua valoração, deve conferir-lhe a possibilidade de utilizar uma prova típica em relação ao mesmo fato.

A prova atípica somente será deferida se for a solução adequada ao caso concreto, sem que haja a possibilidade da produção de prova típica sobre o mesmo fato.

Por essa razão, a doutrina vem posicionando-se como opção residual da prova atípica; caso exista uma controvérsia fática que possa ser provada por meio de prova típica, deverá o juiz determinar apenas a produção da prova típica.

Conclusão

As características e o acolhimento da produção das provas atípicas no Processo Civil estão distantes de serem abrangidos, gerando na doutrina grande discussão sobre a sua valoração. Neste estudo, pôde-se avaliar que não há relevante divergência sobre a produção de prova atípica no Processo Civil brasileiro.

78 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova*. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 130.

79 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p 286.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, foi possível avaliar as espécies de provas atípicas e típicas. Verificou-se que as provas atípicas possuíam uma maior credibilidade, sendo intensamente usadas durante o processo.

O juiz não deve apenas se basear nos dados extraídos da averiguação de provas típicas, expressamente previstas no Código de Processo Civil, mas deve também ficar atento aos requerimentos no que tange à utilização de provas atípicas.

Possuindo sustentação tanto na jurisprudência quanto na doutrina, a apuração do princípio do convencimento motivado se faz presente no julgamento feito pelo juiz, sendo que a prova típica e atípica deve possuir, em determinadas hipóteses, o mesmo valor no âmbito do processo.

O reconhecimento da atipicidade da prova é possível desde que o convencimento motivado para a valoração da prova seja conciso para a formação de sua convicção; parece válida e eficaz desde que impossível ou inexistente a produção de provas típicas no Processo Civil.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1939. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 08 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Seção 1, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum, processos nos tribunais e recurso*. v. 2. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CURITIBA. Tribunal de Justiça do Paraná - TJ-PR. *Advogados e operadores do Direito poderão habilitar vídeos e áudios no Projudi*. 31 mar. 2020. Disponível em: www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/advogados-e-operadores-do-direito-poderao-habilitar-videos-e-audios-no-projudi/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 21 nov. 2021.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova*. 15. ed. Salvador: Editora JusPodivim, 2020.

LOPES, João Batista. Provas Atípicas e Efetividade do Processo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, n. 5, p. 389-402, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Provas Atípicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 76, p. 115-116, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS Neto, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Cozzolino de. *Curso de Direito Processual Civil: tutela de conhecimento (Lei nº 13.105/15 Novo CPC)*. v. 2. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJ-SP. APL: 9208680662002826 SP 9208680-66.2002.8.26.0000, Relator: Candido Alem, Data de Julgamento: 23/08/2011. 16ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/09/2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 891.

www.conteudojuridico.com.br

MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS: PRÁTICAS CRUÉIS DISFARÇADAS DE ENTRETENIMENTO HUMANO

ELOISA SILVA PAGANHANI: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP.

CRISTIANE MONTEFELTRO FRAGA PIRES[80]

(orientadora)

RESUMO: O intuito do presente artigo é analisar e expor as crueldades existentes por trás das práticas que utilizam animais com a finalidade de entretenimento, apresentando seu surgimento e como a pratica em questão tornou-se cultural em algumas regiões. Analisar-se-á também as diferenças ao longo do tempo em ralação à forma de pensar do homem quanto à necessidade de proteger os animais e a discriminação entre o animal humano e não humano, e ainda abordar quanto ao desenvolvimento das leis que versam sobre o assunto, no mundo e no Brasil. A metodologia utilizada para a elaboração da pesquisa é a revisão bibliográfica, por meio de consultas em doutrinas que dispõem sobre o assunto, pesquisas na web, análise de leis e artigos acadêmicos. Primeiramente foi realizado um estudo quanto ao surgimento da proteção aos animais no mundo, demonstrando sua evolução ao longo dos anos. Observou-se também como ocorreu o surgimento das praticas que envolvem os animais, sendo eles terrestres ou aquáticos, com o intuito de trazer deleitação ao ser humano, e como essas práticas vão de encontro às leis de proteção aos animais, por caracterizarem maus-tratos.

Palavras-chave: Animais. Maus-tratos. Proteção.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze and expose the cruelties that exist behind the practices that use animals for entertainment purposes, presenting its emergence and how the practice in question became cultural in some regions. It will also analyze the differences over time in relation to man's way of thinking about the need to protect animals and the discrimination between human and non-human animals, and also address the development of laws that deal with the subject, in the world and in Brazil. The methodology used for the elaboration of the research is the bibliographical review, through consultations on doctrines that dispose of the subject, web searches, analysis of laws and academic articles. First, a study was carried out on the emergence of animal protection in the world, demonstrating its evolution over the years. It was also observed how the emergence of practices involving animals, whether terrestrial or aquatic, with the intention

80 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, UNIFUNEC,

of bringing delight to human beings occurred, and how these practices go against animal protection laws, as they characterize mistreatment.

Keywords: Animals. Mistreatment. Protection.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O ESPECISMO. 3 SURGIMENTO DA PROTEÇÃO AOS ANIMAIS. 3.1 Evolução da Proteção aos Animais no Brasil. 4 ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO. 5 OS ANIMAIS COMO MEIO DE ENTRETENIMENTO NO BRASIL. 5.1 Animais Circenses. 5.2 Zoológicos. 5.3 Parques Aquáticos. 5.4 Vaquejada. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A finalidade desta pesquisa é mostrar como os direitos dos animais evoluíram e como os mesmos ainda são tratados no Brasil. As leis foram criadas com o intuito de proteger os animais, visto que a sociedade passou a se sensificar vendo o seu sofrimento. Todavia, o especismo, discriminação de uma determinada espécie em face daqueles que não pertencem à ela, mais especificadamente o especismo antropocêntrico, ainda prevalece sobre a sociedade, o homem constantemente se coloca acima dos animais, sentindo-se no direito de explorá-los, escravizá-los e matá-los, por estes serem considerados inferiores.

Apesar de todo seu sofrimento, os animais não possuem as mesmas capacidades dos seres humanos para se defender ou pedir ajuda, eles suportam toda a dor, aturam ao máximo a tortura até não terem mais forçar para continuar, e depois de tudo são abandonados, deixados para morrer ou sacrificados, visto que são incapazes de realizar seu encargo. As leis de proteção aos animais são extremamente necessárias, levando-se em consideração a vulnerabilidade deles.

A prática de utilizar animais com o propósito de trazer lazer se faz presente há muito tempo, inicialmente não havia preocupações em relação à integridade física, vida e liberdade dos animais, contudo, essa maneira de pensar mudou ao longo do tempo. Aqueles que se empenham na realização desses atos e trazem o show ao público alegam que os animais não sofrem maus-tratos, que as leis são cumpridas, e até mesmo, que o animal encontra-se melhor ali do que estaria na natureza.

Alguns animais, devido ao seu bom desempenho, tornam-se famosos, valiosos e muitas pessoas os idolatram, indo longe e pagando valores altos para os verem. Mas, o que poucos pensam é: quais métodos foram utilizados para que esses animais se tornassem tão disciplinados, promissores e hábeis?

O aparente prazer e beleza oferecidos por este tipo de entretenimento possui um lado cruel, modificar o instinto animal não é fácil, alguns animais são expostos a fome, medo, dor, mutilação, estresse e são engaiolados em espaços minúsculos.

Diante de tamanha crueldade e egoísmo esbanjados pelo homem, é necessário que haja uma reflexão, de como os animais merecem viver digna e livremente, não tendo que passar por sofrimentos, meramente para satisfazer as futilidades humanas.

2 O ESPECISMO

Desde os primórdios dos tempos a discriminação com os animais já se fazia presente, os homens consideravam seres inferiores todos aqueles que não pertenciam à sua espécie, explorando, escravizando e matando sem muito se preocupar, para obter a sua satisfação.

Com o antropocentrismo já alicerçado na mente humana, concepção que coloca o homem como o centro do universo, proveio o especismo, no qual o homem, por se considerar superior, se vê no direito de dominar outras espécies, podendo até mesmo lhes negar o direito à vida, ignorando seu sofrimento ou vontade de viver.

O termo foi utilizado pela primeira vez por pelo psicólogo, escritor e defensor dos direitos dos animais, Richard Hood Jack Dudley Ryder. Em 1970 o escritor distribuiu no campus da Universidade de Oxford, no Reino Unido, o panfleto "*Speciesism",* que trouxe pela primeira vez o termo especismo. Segundo Richard D. Ryder (1970) "Se acreditamos que é errado infligir sofrimento a animais humanos inocentes, então é apenas lógico, filogenicamente falando, estender nossa preocupação com os direitos elementares também aos animais não humanos". O descaso e indiferença do homem com as demais especies que não se assemelham a si deixa evidente o especismo, bem como o egoismo, visto que o ser humano releva a angustia dos demais, a fim de alcançar seus próprios objetivos.

3 SURGIMENTO DA PROTEÇÃO AOS ANIMAIS

Apesar do convívio de homens e animais ser remoto, as primeiras leis de proteção aos animais tiveram um surgimento tardio. Os homens não tinham interesse em elaborar tais normas, devido à forma de ver as outras espécies como "coisas", instrumentos utilizados para obter sua satisfação. Todavia, ao longo dos anos essa forma de pensar foi se modificando, as pessoas passaram a se importar mais com os animais, lhes oferecendo proteção.

No mundo a primeira aparição de lei protecionista foi por volta de 273 a 232 a.C, na Índia, que através da Lei de Proteção ao Meio Ambiente, instituída pelo Rei Ashoka,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

impedia na caça esportiva a desnecessária morte e mutilação do reino animal em geral, impondo a criação de um hospital unicamente para o tratamento de animais.

Em 1635 foi aprovada na Irlanda uma lei que proibia o arrancamento de pelos das ovelhas, e também o ato de amarrar arados nos rabos dos cavalos, conhecida por "a crueldade usada contra as bestas".

Com base no "The Body of Liberties" surgiu na América, em 1641, o primeiro código legal que protegia os animais domésticos. Um dos artigos da redação trazia a seguinte frase, "Nenhum homem exercerá qualquer tirania ou crueldade contra qualquer criatura bruta que seja mantida para o uso humano."

Em 1654, na Inglaterra, brigas de galo, cachorros e as touradas foram proibidas. Todavia, depois da Restauração em 1660, quando Charles II voltou ao trono, por 162 anos as touradas tornaram-se legais, voltando a serem proibidas em 1822.

A "Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA)", associação criada na Inglaterra em 1824, é uma das maiores instituições de caridade do Reino Unido e a maior e mais antiga organização de proteção animal do mundo. Ela serviu de inspiração para o surgimento outras sociedades congêneres.

Posteriormente outras leis, movimentos, sociedades e Organizações Não governamentais passaram a ser criadas sucessivamente, bem como, como por exemplo, a "Greenpeace", "World Wildlife Found – WWF", entre outras, com o intuito de preservar a vida e integridade dos animais.

Muitos estudiosos também se sensibilizaram, mostrando piedade e se juntando à causa, ente eles Charles Darwin (1809/1882), que afirmava não haver muitas diferenças entre os homens e os animais, pois ambos podiam vivenciar os mesmo sentimentos, e Albert Einstein (1879 a 1955), que via humanos e animais como iguais, e inclusive adotou para si uma dieta vegetariana por conta desse pensamento.

Em 1978, especificadamente no dia 27 de janeiro, na cidade de Bruxelas capital da Bélgica, a UNESCO proclamou a Declaração Universal dos Direitos dos Animais (DUDA). Apesar da ética e moral presentes na declaração, a mesma não possui força normativa. Não há aplicação de pena por seu descumprimento, tornando-a, de certa forma, ineficaz.

3.1 Evolução da Proteção aos Animais no Brasil

No Brasil, desde 1916, com a edição do Código Civil, até a atualidade, os animais são considerados coisas, objetos de propriedade, bens semoventes.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em 1922 o primeiro projeto legislativo contra os maus-tratos e a crueldade aos animais foi apresentado, todavia, não houve aprovação. Dois anos depois, no dia 10 de setembro de 1924 a primeira legislação de proteção aos animais, Decreto Federal nº 16.590, entrou em vigor, ele regulamentava as atividades das Casas de Diversões Públicas, proibindo corridas de touros, garraios e novilhos, rinhas de galos e canários, e demais demonstrações que acarretassem em sofrimento.

Mas foi apenas em 1934 que o reconhecimento dos maus-tratos contra animais deslanchou por meio da promulgação do Decreto-Lei nº 24.645. Em seu Artigo 3º o Decreto-Lei trouxe um rol de práticas que configuram maus-tratos.

Tempos depois, em 1941, os maus-tratos aos animais foi tipificado como contravenção penal, devido sua inclusão no artigo 64 da Lei Federal nº 3.688.

Em 03 de janeiro de 1967, entrou em vigor a lei de proteção dos animais silvestres. Conhecida como Código de Caça, a Lei n° 5.197 passou a considerar as práticas, antes tidas como contravenções penais, agora como crimes. Ainda em 1967, o Decreto-Lei nº 221/67 foi editado, denominado Código de Pesca ele tratava acerca da proteção dos animais aquáticos. Este Decreto-Lei foi alterado em 1988 pela Lei 7.679, que impôs limitações à pesca predatória feitas com utilização de instrumentos proibidos, bem como vedou a pesca em época de reprodução.

O surgimento da Lei n. 6.638, em 1979, estabeleceu regras para a Prática Didático-científica da Vivissecção de Animais, ou seja, trouxe normas para a realização de procedimentos cirúrgicos em animais ainda vivos, feitos de cobaia, em experiências e pesquisas de cunho científico.

> Abrange a vivissecção um procedimento cirúrgico realizado em animal vivo. No Brasil, a exemplo do que ocorre em quase todo o mundo, diariamente milhares de animais perdem a vida em experimentos cruéis, submetidos a testes cirúrgicos, toxicológicos, comportamentais, neurológicos, oculares, cutâneos, etc., sem que haja limites éticos – ou mesmo relevância científica – em tais atividades. Macabros registros de experiências com animais praticadas nos laboratórios, nas salas de aula, nas fazendas industriais ou mesmo na clandestinidade, revelam os ilimitados graus de estupidez humana. Sob a justificativa de buscar o progresso da ciência, o pesquisador prende, fere, quebra, escalpela, penetra, queima, secciona, mutila e mata. Em suas mãos o animal vítima torna-se apenas a coisa, a matéria orgânica, enfim, a máquina viva. (LEVAI, 2004, p. 63 apud SOARES, 2014, p. 17).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em 1981, através da Lei nº 6.938, a fauna foi definida como meio ambiente. Lei de Política Nacional do Meio Ambiente além da definição do que seria o meio ambiente e seus recursos naturais, também introduziu ao âmbito ambiental a responsabilidade civil e administrativa.

A Publicação da Constituição Federal de 1988 fez com que a legislação brasileira desse um grande passo quanto à legislação ambiental. O seu artigo 225 versa sobre o meio ambiente, bem como o dever e necessidade de preservá-lo.

E finalmente, em 12 de fevereiro de 1998 ocorreu a promulgação da Lei dos Crimes Ambientais, Lei n° 9.605, que impõe sanções penais e administrativas àqueles que pratiquem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelecendo detenção à prática de crimes de maus tratos a animais.

Recentemente, em 29 de setembro de 2020, a Lei n° 9.605 sofreu uma alteração em seu artigo 32 pela Lei n° 14.064, também conhecida por Lei Sansão, que aumentou as penas impostas ao crime de maus-tratos aos animais quando presentes cães ou gatos.

Segundo disposto no artigo 32 da Lei n° 9.605/98:

> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:
>
> Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
>
> § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.
>
> § 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.
>
> § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. (BRASIL, 1998)

A nova lei leva consigo esse nome, pois, sua criação teve como inspiração o cão da raça Pitbull chamado Sansão.

Figura 1 – Cão Sansão

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Fonte: O Tempo, 2020.

No dia 06 de julho de 2020 o animal, com dois anos na época, teve suas patas traseiras decepadas por agressores com a utilização de um facão, em Confins, na Região Metropolitana de Belo Horizonte - Minas Gerais.

4 ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITO

Conforme a atual legislação são sujeitos de direitos a pessoa humana e a pessoa jurídica, enquanto que os animais são tidos como coisa, bens semoventes, logo estes não são vistos como sujeitos de direito. Todavia, há muita discordância quanto a isso.

> O animal como sujeito de direitos já é concebido por grande parte de doutrinadores jurídicos de todo o mundo. Um dos argumentos mais comuns para a defesa desta concepção é o de que, assim como as pessoas jurídicas ou morais possuem direitos de personalidade reconhecidos desde o momento em que registram seus atos constitutivos em órgão competente, e podem comparecer em Juízo para pleitear esses direitos, também os animais tornam-se sujeitos de direitos subjetivos por força das leis que os protegem. Embora não tenham capacidade de comparecer em Juízo para pleiteá-los, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção. O Ministério Público recebeu a competência legal expressa para representá-los em Juízo, quando as leis que os protegem forem violadas. Daí, pode-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou os incapazes, que,

> entretanto, são reconhecidos como pessoas. (DIAS, 2005 apud CAGNATTO, 2016, p. 17)

Os animais possuem seus próprios interesses e necessidades, é essencial que a eles sejam concedidos direitos, proteção, dignidade, bem como que sejam respeitados, mesmo que não possuam poder coercitivo.

Em 2015, o Senador Antonio Augusto Junho Anastasia propôs o Projeto de Lei do Senado nº 351 de 2015, que ainda está em tramitação, no qual visava a mudança no Código Civil quanto a forma que descrevia os animais, fazendo a inclusão de um parágrafo único no artigo 82 do CC, determinando que eles não fossem mais considerados coisas.

5 OS ANIMAIS COMO MEIO DE ENTRETENIMENTO NO BRASIL

Apesar das inúmeras leis anteriormente citadas ainda há diversos casos de maus-tratos ocorrendo por todo o mundo, inclusive no Brasil. Todos os dias as mídias e redes sociais expõem situações em que pessoas abandonam, espancam, mutilam, envenenam, privam animais de alimento, tiram sua liberdade e os prender em local anti-higiênico. Esses atos causam revolta e indignação em muitos.

Mas, ao mesmo tempo, constantemente esses mesmos meios são utilizados como veículos de comunicação com o objetivo de convidar pessoas para prestigiar shows, eventos, ou comparecer em locais para contemplar a beleza da vida selvagem, espetáculos esses que contam com uma participação especial: animais.

5.1 Animais Circenses

Acredita-se que o circo tenha surgido há certa de quatro mil anos, em antigas civilizações, estando presente na China, Grécia, Egito e Índia. Todavia, o circo que conhecemos hoje teve inicio no Império Romano, visto que a palavra deriva do latim *circus,* que significa anel ou círculo, fazendo alusão às arenas romanas.

O primeiro circo conhecido foi o Circo Máximo, ou *Cirus Maximus*, construído por volta do século VI a.C, era uma arena para jogos e diversão, onde eram exibidas lutas de gladiadores, corridas de carruagem, apresentações com pessoas com talentos incomuns e exibições de animais ferozes.

Com o passar dos anos, o circo foi evoluindo, os espetáculos foram se modificando, até chegar ao circo atual, que se iniciou no Brasil no século XIX.

Os animais que se apresem nos circos são domados e treinados, com a utilização de castigos e prêmios. Muitas vezes nesses processos são utilizadas formas cruéis, para

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

que o animal obedeça seu treinador, como instrumentos elétricos, chibatas, privação de água e comida.

Figura 2 – Domando filhote de elefante

Fonte: Projeto Gap, 2011

Após as apresentações os animais são enjaulados e acorrentados em locais pequenos que estão em constante movimento, devido às viagens realizadas pelo circo. Nessas condições os animais são obrigados a perder seus instintos, deixar de lado seu comportamento natural para que alguns homens lucrem, e outros obtenham diversão.

No total existem 42 países que proíbem animais em circos atualmente. No Brasil ainda não há uma lei nacional que proíba esta prática, contudo 12 dos 26 estados proibiram, são eles: Goiás, Alagoas, Santa Catarina, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo.

5.2 Zoológicos

Os zoológicos estão presentes na sociedade há muito tempo, o mais antigo do mundo foi inaugurado em 31 de julho de 1752, o Tiergarten Schönbrunn locoalizado em Viena, possui mais de 269 anos. No Brasil o primeiro zoológico foi fundado 16 de janeiro de 1888 pelo Barão de Drumond, no Bairro de Vila Isabel no Rio de janeiro.

Embora tenhamos leis que versam sobre o assunto, ainda há clandestinidade na obtenção de animais de muitos zoológicos, devido a necessidade de ter diferentes espécies para mostrar ao público, que na maioria das vezes paga para entrar no local.

Estar em um ambiente diferente de seu habitat natural pode causar danos aos animais. Devido ao local pequeno e constante contato com as pessoas, tanto os animais retirados da natureza quanto os nascidos nesses locais são passíveis de desenvolver

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

depressão, estresse, psicoses e se sentirem extremante entediados, visto que aquela não deveria ser sua rotina.

Em 28 de maio de 2016 um infeliz incidente ocorreu, quando um garoto de quatro anos caiu dentro do poço que cercava o habitat de um gorila em um zoológico nos Estados Unidos. O menino não teve ferimentos graves, porém o gorila Harambe de 17 anos, nascido em zoológico e que pertencia a uma espécie ameaçada de extinção, foi morto.

Figura 3 – Gorila Harambe

Fonte: Papo de Primata, 2016.

A decisão tomada causou grande revolta em inúmeras pessoas, e mais de 2.000 assinaram uma petição criticando o zoológico e o Departamento de Polícia de Cincinnati por abaterem o animal e solicitando que os pais da criança fossem responsabilizados por não supervisioná-la.

5.3 Parques Aquáticos

Assim como os zoológicos, os parques aquáticos que utilizam animais em apresentações, para turismo e entretenimento, são locais de abuso e tortura. Animais, como golfinho e orcas, que deveriam estar livres para nadarem grandes trajetos, em velocidades avançadas e fazerem mergulhos em locais profundos, são forçados a ficarem em ambientes artificiais, com um espaço extremamente reduzido.

> Na natureza, baleias e golfinhos nadam de 50 a 225 km por dia, a velocidades de até 50 km por hora, e mergulham centenas de metros de profundidade. Mesmo nos maiores tanques, esses animais têm só 0,0001% (um milionésimo) do espaço que teriam no seu habitat natural;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Menos de 10% dos zoológicos e aquários estão envolvidos em programas de conservação relevantes;
>
> Golfinhos nariz-de-garrafa têm 6 vezes mais chances de morrer imediatamente após serem capturados na natureza e transportados entre instalações;
>
> Um estudo de 2014, por exemplo, atestou que uma orca macho presa em cativeiro passava quase 70% do seu tempo literalmente sem se mover;
>
> Animais marinhos presos em cativeiro sofrem com vários problemas de saúde, incluindo estresse extremo, comportamentos neuróticos e níveis anormais de agressividade. (MUNDIAL, 2019)

O relatório, feito pela World Animal Protecton, em parceria com a Animal Welfare Institute (AWI), deixa claro a crueldade da prática.

O processo de caça e captura dos animais em seu habitat natural é traumático, parte dos animais são abatidos para a venda de carne, e os demais são encaminhados aos parques. Uma das principais atrações desses locais é nadar com golfinhos, os turistas pagam pelo sofrimento do animal.

Figura 4 – Apresentação com golfinhos

Fonte: Mar sem fim, 2015.

Segundo Nick Stewart, líder da World Animal Protecton (2019) "Para mamíferos marinhos, como golfinhos, a vida em cativeiro é totalmente oposta às suas condições

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

naturais. Uma vida em cativeiro, simplesmente, não é vida". O índice de mortes de animais em cativeiro é muito elevado,

5.4 Vaquejada

A vaquejada é uma atividade cultural tradicional no Nordeste brasileiro, onde dois vaqueiros perseguem um boi emparelhando-o com os cavalos, guiando-o para seu objetivo, entre duas faixas de cal paralelas, onde o derrubam.

Figura 5 – Vaquejada

Fonte: Jusbrasil, 2016.

Mas o que para alguns é esporte e renda, visto que movimenta milhões de reais por ano, para outros é maus-tratos, já que pode machucar o animal, visto que ele é jogado não chão e tem seu rabo puxado com muita força, e mesmo que se machuque ainda assim deverá continuar, visto que ele não possui possibilidade de escolha. Bom como ocorre no rodeio, laço e tambor.

Em 06 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal, tornou ilegal uma lei do Ceará que regimentava a vaquejada. Por conta do grande dinheiro que a prática movimenta por ano a decisão causou muita revolta nos apoiadores do esporte. O resultado da votação foi 5 votos a favor da vaquejada e 6 contra, considerando a prática como causadora de sofrimento aos animais, o que fere os princípios constitucionais.

A revolta dos apoiadores foi tão grande que eles se manifestaram em frente ao Congresso Nacional, alegando o valor cultural e econômico que a vaquejada possuía. Em 01 de novembro de 2016 a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado aprovou um projeto de lei complementar (PLC 24/16), considerando a vaquejada patrimônio

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

cultural imaterial e manifestação da cultura nacional, com o objetivo de mudar a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em face da sanção a senadora Gleisi Hoffmann se pronunciou da seguinte forma:

> Parece que sou uma voz dissonante aqui. Quando coloco uma prática como patrimônio cultural, estou incentivando essa prática, confrontando a decisão do Supremo, que considera a prática cruel. Porque a humanidade precisa do sofrimento do animal para se divertir? Uma sociedade avançada não pode tratar o animal assim. Não consigo concordar com os argumentos rasos de dor e morte. (HOFFMANN, 2016)

Os senadores que haviam votado favoravelmente à vaquejada mantiveram a ideia de que essa prática é uma tradição, bem como gera economia para a região, e também, consideram um esporte que gera emprego para muitas pessoas e que ao longo dos anos, com aperfeiçoamento, o índice de maus-tratos seria o menor possível.

Foi promulgada em 6 de junho de 2017 a Emenda Constitucional 96, que autorizou no Brasil os rodeios e as vaquejadas, com a justificativa de que essas atividades não são consideradas cruéis se forem meramente culturais.

No dia 18 de setembro de 2019 foi publicada a Lei nº 13.873 que alterou a Lei nº 13.364/2016, incluindo o laço, e as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional.

6 CONCLUSÃO

Diante do apresentado, conclui-se que, por mais que o tempo passe, e o pensamento do homem evolua, ainda assim ele irá continuar se colocando acima das demais espécies, e mesmo que agora haja a preocupação em proteger os animais, se o interesse do ser humano for colocado em jogo, então, infelizmente, a proteção ficará em segundo plano.

Ainda há um longo caminho a ser trilhado, para que as pessoas consigam enxergar a importância de cuidar e respeitar o meio ambiente. Os animais sentem tanto quanto os homens, eles possuem vontades, necessidades e sentimentos, e apesar de as espécies não serem semelhantes, isso não significa que são seres inferiores com o único objetivo de satisfazer as vontades humanas.

Alguns animais sofrem a vida toda para que algumas pessoas, em determinado momento, tenham um pouco de diversão. Inúmeros animais são privados de liberdade e

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

colocados em lugares minúsculos, longe dos seus iguais apenas para que alguém possa vê-lo.

As leis devem ser mais precisas, severas e eficazes em sua aplicação. Não se pode esperar que um animal passe por momentos de crueldade para que então medidas mais rigorosas sejam tomadas. O animal não é escavo do homem, e não deve ser tratado como tal. Essas práticas precisam acabar, e a única forma disso acontecer é não havendo mais público para assistir e participar desses maus-tratos. Enquanto houver a procura, o interesse e o principal: o dinheiro que as práticas movimentam a tortura não terá um fim.

REFERÊNCIAS

ABC, Clique. **Maus tratos em Parques Aquáticos.** 2017. Disponível em: **<** http://cliqueabc.com.br/maus-tratos-em-parques-aquaticos/ > Acesso em 12 de novembro de 2021.

BATISTA, Agnes. **Maus-Tratos Contra Animais**: uma análise dos diretos e da proteção aos animais. 2017. Disponível em: < https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwic5sn_kpvyAhWar5UCHTZ4DuMQFnoECBAQAw&url=https%3A%2F%2Frepositorio.uniceub.br%2Fjspui%2Fbitstream%2F235%2F11674%2F1%2F21304660.pdf&usg=AOvVaw01r_Q4he-nORnjQjpopJNh > Acesso em 04 de agosto de 2021.

BATISTOTI, Vitória. **Qual é o Preço Que os Animais Pagam Pela Nossa Diversão?**. Galileu, 2018. Disponível em: < https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2018/04/qual-e-o-preco-que-os-animais-pagam-pela-nossa-diversao.html > Acesso em: 21 de março de 2021.

BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm > Acesso em: 20 de março de 2021.

CAGNATTO, Carolina Aranão. **O Direito Dos Animais:** direito a vida e a dignidade. 2016. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi1grKnv-X2AhXBHrkGHfv_DT4QFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Faberto.univem.edu.br%2Fhandle%2F11077%2F1538&usg=AOvVaw1ZgJma6-o3lajXaEsx6qMB> Acesso em: 05 de agosto de 2021.

MELLO, Marjorie Tolotti S. de. **Considerações Gerais Sobre a Incompatibilidade dos Zoológicos com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais e a Lei 9.605/98.** Jus, 2020. Disponível em < https://jus.com.br/artigos/85386/consideracoes-gerais-sobre-

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

a-incompatibilidade-dos-zoologicos-com-a-declracao-universal-dos-direitos-dos-animais-e-a-lei-9-605-98 > Acesso em 20 de março de 2021.

MUNDIAL, Proteção Anima. **Milhares de golfinhos e orcas continuam sofrendo em aquários em 2019.** 2019. Disponível em: < https://www.worldanimalprotection.org.br/not%C3%ADcia/milhares-de-golfinhos-e-orcas-continuam-sofrendo-em-aquarios-em-2019 > Acesso em: 12 de novembro de 2021.

NATUREZA, g1. **Gorila é Morto Após Menino Cair em Área Isolada de Zoológico nos EUA.** 2016. Disponível em: < http://g1.globo.com/natureza/noticia/2016/05/gorila-e-morto-apos-menino-cair-em-area-isolada-de-zoologico-nos-eua-20160529140003786892.html > Acesso em 04 de agosto de 2021.

BRASIL, O Globo**. Senado Aprova Lei Que Torna Vaquejada Patrimônio Cultural Imaterial.** 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/senado-aprova-lei-que-torna-vaquejada-patrimonio-cultural-imaterial-20397902> Acesso em: 03 de agosto de 2021.

RYDER, Richard. **Speciesism**. 1970. Disponível em: < https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjf7_rUlZvyAhVsnpUCHTsjA94QFnoECAcQAw&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.ucsal.br%2Findex.php%2Frladna%2Farticle%2Fview%2F873&usg=AOvVaw31CeXaSuvnXCT1pBfiJVlB > Acesso em 01 de agosto de 2021.

SOARES, Maria. **Os Direitos Fundamentais e Proteção Animal**: análise do crime de maus-tratos previsto na lei nº 9.605/1998. 2014. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwji46fbk5vyAhWjpZUCHaE4DF4QFnoECAoQAw&url=https%3A%2F%2Fbibliodigital.unijui.edu.br%3A8443%2Fxmlui%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F2558%2FMonografia%2520-%2520Maria%2520Luiza%2520Scalcon%2520Soares%2520-%25202014.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usg=AOvVaw0r9FbxIARniE2jvTIhDTQy > Acesso em 03 de agosto de 2021.

VEGAZETA. **De onde vêm os golfinhos dos parques aquáticos?** 2020. Disponível em: < https://vegazeta.com.br/de-onde-vem-os-golfinhos-dos-parques-aquaticos/ > Acesso em 12 de novembro de 2021.

www.conteudojuridico.com.br

ESTATUTO DA DESJUDICIALIZAÇÃO E O APRIMORAMENTO DO ACESSO À JUSTIÇA

LEIDIANE SANTOS DE ARAUJO CORREA: Bacharelanda do curso de Direito da Instituição Unisulma.

CLÓVIS MARQUES DIAS JÚNIOR[81]

(orientador)

RESUMO: No Brasil a CF de 1988 preceitua o direito de acesso à justiça como garantia fundamental ao cidadão. Isso, contudo, levou um crescente judicialização, sobrecarregando o Judiciário. Na esteira disso surge a Lei 11441/2007. O advento dessa lei possibilitou a realização na separação consensual, do inventário, na partilha via medida administrativa e que foi um grande avanço para a sociedade para descer de uma forma geral. Esse avanço visou garantir celeridade e o desafogamento do Poder Judiciário, facilitando assim, a vida dos brasileiros. Isso suscitou a seguinte problemática diante daquele que foi exposto. De que maneira a lei 11441/2007 trouxe mudanças na dinâmica jurídica e social do Brasil? A partir desse questionamento o trabalho se estrutura em responder essa pergunta com os seguintes objetivos: fazer um retrato do ponto de vista histórico sobre o surgimento do princípio constitucional de acesso à justiça, para em seguida relatar o surgimento do termo judicialização e de judicialização no Direito Brasileiro. Ao final do trabalho, buscou-se descrever as consequências da publicação da lei 11441. Este trabalho foi realizado mediante revisão de literatura com a utilização de livros jurídicos, artigos científicos publicados em meios digitais. Foram utilizados como termos de busca as palavras "desjudicialização", "judicialização", "princípio", "acesso à justiça", "história". Pode-se concluir que a publicação da Lei 11441/2007 representou um grande avanço na dinâmica da desjudicialização no Brasil permitindo que fossem resolvidas várias demandas que afogavam o judiciário por meio de atos registrais, em cartórios e tabelionatos.

Palavras-chave: Desjudicialização. Acesso. Justiça. Cartório. Extrajudicial.

ABSTRACT: In Brazil, the 1988 Federal Constitution establishes the right of access to justice as a fundamental guarantee for citizens. This, however, has led to an increasing judicialization, overloading the Judiciary. In the wake of this comes Law 11441/2007. The advent of this law enabled the accomplishment in consensual separation, inventory, partition via administrative measure and that was a great advance for the society to come down in a general way. This advance aimed to ensure speed and the unburdening of the

81 Doutorando em Direito (UniCEUB). Mestre em Educação (UFMA). Especialista em Direito Constitucional (UNIDERP) e Gestão Pública (UFMA). Bacharel em Direito (UFMA). Professor do Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior de Sul do Maranhão(UNISULMA/IESMA). E-mail: clovisjrs@gmail.com.

Judiciary, thus facilitating the lives of Brazilians. This raised the following problem in light of what was exposed. in what way did law 11441/2007 bring about changes in the legal and social dynamics in Brazil? Based on this questioning, the paper is structured to answer this question with the following objectives: to make a portrait from the historical point of view about the emergence of the constitutional principle of access to justice, and then report the emergence of the term judicialization and de-judicialization in Brazilian Law. At the end of the work, we sought to describe the consequences of the publication of law 11441. This work was carried out through a literature review using legal books and scientific articles published in digital media. The words "de-judicialization", "judicialization", "principle", "access to justice", "history" were used as search terms. It can be concluded that the publication of Law 11441/2007 represented a great advance in the dynamics of de-judicialization in Brazil, allowing the resolution of several claims that were drowning the judiciary through registry acts, in notaries and notary offices.

Keywords: De-judicialization. Access to. Justice. Notarial. Extrajudicial.

1 INTRODUÇÃO

Em 4 de janeiro de 2007 foi promulgada a lei n. 11.441, que em 2022 completou 15 anos, a referida norma trouxe importantes avanços com mudanças nos dispositivos Código de Processo Civil, com a possibilidade de realização de partilha de separação consensual e de inventário e ainda do divórcio por meios administrativos. Restou configurado sim um grande avanço sentido da desjudicialização de tais procedimentos que antes eram burocráticos e demorados.

Dessa forma, o acesso à justiça busca trazer igualdade aqueles que não tem condições socioeconômicas para manter os custos de uma ação civil quando se trata dá manutenção de direitos e garantias individuais.

No caso do Brasil o acesso à justiça foi contemplado enquanto princípio presente na Constituição de 1988 através do seu artigo quinto inciso XXXV, no qual a preconiza o acesso à justiça por parte de todos os brasileiros natos ou naturalizados. Contudo, tal questão levou é um processo crescente de judicialização de demandas sociais relacionadas a partilha de bens, de cobertura de plano de saúde. Tal situação ocasionou o surgimento da seguinte problemática: De que maneira a lei 11441/2007 trouxe mudanças na dinâmica jurídica e social do Brasil? A

O trabalho buscou com relação os objetivos de forma primaria: retratar do ponto de vista histórico o surgimento do princípio constitucional de acesso à justiça; e secundariamente a isso: relatar como se deu o aparecimento do termo judicialização e de desjudicialização no contexto do direito brasileiro. Descrever conforme a literatura as

consequências originadas da publicação da lei em 4 de janeiro de 2007 foi promulgada a lei 11441.

O Direito é uma ciência dinâmica baseada em fatos sociais e históricos que trazem implicações a ordenamento jurídico que necessita de tempos em tempos de um reajuste para se adequar a essas mudanças. Dessa maneira compreender o princípio constitucional de acesso à justiça bem como as intercorrências da recepção deste Instituto no direito brasileiro e a crescente judicialização frase importante conhecimento para comunidade acadêmica.

Este trabalho foi feito a partir de uma revisão bibliográfica, com base em de artigos da temática da área de desjudicialização publicados em língua portuguesa e com acesso livre em plataformas digitais. Também foram utilizados na elaboração do artigo, livros de autores renomados da área de direito. O recorte temporal dos artigos foi de 10 anos primando sempre pela qualidade do material encontrado.

Quanto à organização do trabalho, este buscou seguir os objetivos retratado o ponto de vista histórico como surgiu o princípio de constitucional de acesso à justiça, sendo este o primeiro tópico. Os demais tópicos, dentro da estrutura do artigo buscaram responder como se deu a eflorescência da judicialização e da judicialização no Brasil, sendo que o último tópico tratou de trazer uma descrição da repercussão da Lei 11441/2007.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Bedin e Spengler (2013) declaram que o acesso à justiça é um direito básico que concorre para o bom funcionamento da Democracia bem como dos direitos humanos, pois este é um direito fundamental Motivo pela qual outros direitos podem ser concretizados e respeitados. Por isso é importante que se compreenda que o acesso à justiça enquanto direito fundamental estou no instrumento de realização da democracia e traz a garantia de execução de outros direitos fundamentais.

Conforme Pinho declara Pinho (2019) do ponto de vista histórico problema do acesso à justiça teve sua origem em 1971 na cidade de Florença na Itália por ocasião da conferência internacional sobre garantias básicas no âmbito do processo civil. A partir desse momento espalhou pelo mundo por influência Mauro Cappelletti, uma tendência do Direito que buscava a compreensão da Justiça com relação aos problemas sociais que ocorriam no mundo ocidental, com relação a facilidade de acesso à justiça, visto que esse é um direito social básico do ser humano, sendo que tal acesso à justiça não deve estar circunscrito apenas a justiça institucionalizada.

À época da publicação da Constituição Federal de 1988, que marcou o período de redemocratização em nosso país, vivia-se diversos fatores que obstavam o acesso dos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

jurisdicionados brasileiros ao Poder Judiciário, razão pela qual, com propriedade, o constituinte acabou por considerar, naquele contexto histórico, acesso à justiça como

Hill (2021) explica que a partir de 1988, momento crucial para a democratização do país, o constituinte asseverou o acesso ao poder judiciário através do artigo quinto, inciso XXXV. Na redação, da carta maior brasileira é preceituado que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Dessa forma, o princípio constitucional de acesso justiça virou sinônimo de acesso ao poder judiciário.

Passados mais de 30 anos, desde a criação da constituinte são sentidos os efeitos de tal dispositivo constitucional, que trouxe uma grande demanda para o poder judiciário, pois já em 2020 segundo Conselho Nacional de Justiça, a justiça brasileira tinha um índice de congestionamento de 68,5%.

Nesse sentido, Moraes (2021) assevera que a constituição federal de 1988 elencou e seu título segundo os direitos e garantias individuais que por sua vez estão divididos em cinco temas: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos; Já, o artigo quinto, em inciso XXXV que instituiu na legislação pátria o princípio constitucional do acesso à justiça, dentro do rol dos direitos e garantias individuais e coletivos**.**

Sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, essa concepção encontra-se gravada na redação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, ao prever que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". No entanto, muito se passou nos mais de trinta anos que nos separam daquele momento histórico, a ponto de, hoje, nos ressentirmos precisamente do que poderíamos classificar como "efeitos colaterais" decorrentes da desejável vitória dos óbices ao acesso ao Poder Judiciário. O Relatório Justiça em Números publicado em 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça nos revela uma taxa de congestionamento dos tribunais brasileiros da ordem de 68,5%3. De fato, tanto logramos destrancar o acesso ao Poder Judiciário que, na atualidade, verifica o seu congestionamento justamente em razão da altíssima demanda de lides (hiperjudicialização) (MORAES, 2021).

3 A JUDICIALIZAÇÃO E A DESJUDICIALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No caso da judicialização, essa se refere a maior participação do Poder Judiciário na tomada de decisões na vida dos cidadãos inclusive se dando também na ocorrendo na esfera política. Isso pode ser explicado pela teoria dos sistemas sociais, no qual o judiciário tem um papel centralizador, uma vez que o poder judiciário faz parte de diversos sistemas que estão em interação, visto que o poder executivo por estar sobrecarregado. Por conta dessa sobrecarga, os indivíduos acabam recorrendo ao poder judiciário que tem que tomar decisões, que a princípio estavam na esfera do poder executivo (RIBEIRO, 2013)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A desjudicialização consiste no fenômeno segundo o qual litígios ou atos da vida civil que tradicionalmente dependeriam necessariamente da intervenção judicial para a sua solução passam a poder ser realizados perante agentes externos ao Poder Judiciário, que não fazem parte de seu quadro de servidores. Trata-se, em suma, da consecução do acesso à justiça fora do Poder Judiciário, ou seja, do acesso à justiça extramuros. Assim, considerando o elevado custo de cada processo judicial, como visto na parte introdutória, é forçoso reconhecer que a judicialização tem um custo muito alto para continuar sendo incentivada ou facilitada pelo sistema de justiça. Para piorar a situação, nosso sistema padece de uma crescente perda de funcionalidade. Conforme o já citado relatório Justiça em Números 2019, do CNJ, no final de 2018 havia cerca de 78,7milhões de processos para pouco mais de 18.000 magistrados, com uma taxa de congestionamento em média de 71,2% (FOGAÇA; GARCEL, 2021)

Após, a publicação da Constituição de 1988, diversos mecanismos foram implementados no Brasil para que o princípio constitucional de acesso à justiça fosse assegurado tantas pessoas físicas como jurídicas. Instituições foram criadas no seio de se assegurar tal princípio entre eles destacam-se os juizados especiais que foram criados pela lei 9.099 em 26 de setembro de 1925. Além desta foi criada também a Defensoria Pública, por meio da lei complementar nº 80 em 12 de janeiro de 1994. Apesar disso há de se ressaltar que antes da Constituição de 1988 já existiam no ordenamento pátrio o Instituto jurídico que permite assistência jurídica gratuita tendo este sido instituído na lei 10060 em 5 de fevereiro de 1950 (CAPPELLETTI; LAIER, 2015).

Assim aos juizados especiais criados pela lei 9099/95 compete tratar de causas de natureza civil em um grau de dificuldade e de menor de resolução e também com relação a delitos penais de pouco potencial ofensivo. os juizados especiais representaram modo efetivo que levou a concretizar a efetivar o acesso à justiça segundo o preceituado na construção federal isso em razão de fatores como a rapidez a informalidade e eficiência. Isso é possível, pois em função do valor da lide na qual o proponente pode entrar com ação sem anuência de advogados (MANUCCI; CUNHA, 2021)

Já o instituto da assistência judiciária gratuita (Lei Nº 1060/50) permite que as pessoas que se encontram em situação financeira desfavorável posso ter as custas processuais bem como outras despesas isentas. assistência jurídica gratuita permite a prestação não neurose de consultoria advocatícia (FENSTERSEIFER, 2017).

Outro instituto bastante importante, para a efetivação do princípio constitucional de acesso à justiça é a Defensoria Pública (LC nº 80/94) e que tem como objetivo a garantia de acesso à justiça a todos os cidadãos mediante a prestação Auxílio jurídico de forma não onerosa e na íntegra. Dessa maneira, é papel do Defensor Público orientar do ponto de vista jurídico bem como assistir as pessoas que buscam esta instituição (SEABRA, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Fensterseifer (2017, p.01) afirma que existe uma grande preocupação do ponto de vista jurídico para que os direitos fundamentais sejam realmente efetivos, e que estes não fiquem apenas na redação encontrada em cartas constitucionais, e em outros dispositivos legislativos. Bobbio (2004) já alertava sobre a grande importância do ponto de vista dos procedimentos e da organização com relação a efetivação de tais direitos fundamentais, que em uma última análise servem para proteção dos indivíduos.

Dentre os juristas mais contemporâneos se objetiva a criação de mecanismos que façam o que os direitos e garantias individuais presentes em diversos textos legais passem para o "mundo-da-vida", o que seria de certa forma uma releitura de Georg Jellinek. Com isso os direitos procedimentais também conhecidos como direitos de acesso devem operar na direção da efetivação dos chamados direitos "materiais", por conta de sua importância para exercício da Cidadania (FENSTERSEIFER, 2017).

Hill (2021) por sua vez destaca que no processo de desjudicialização é necessário se primar pela devida observância legal do ponto de vista é extrajudicial pois os atos praticados pelos tabeliães deverão ter em observância ao princípio da ampla defesa, do contraditório, da razoabilidade do procedimento bem como instrumentação em relação à forma, no que tange a imparcialidade da execução. Já do ponto de vista constitucional a visão desde o desjudicialização de atos executivos não obsta a parte material sendo compatível com a carta maior, visto que tais atos executivos não possuem causa de reserva de jurisdição prevista na CF.

Bagnoli et al., (2014) aponta diversos motivos que levaram a crescente judicialização no Brasil. Dentre eles estão a lentidão do Judiciário, a falta de crédito no aparato policial, as ações exageradas do Ministério Público, além de leis cuja eficácia se tornam vagas ou ainda não são executadas, bem como também a falta de compromisso do Poder Executivo tanto em propor como também em concretizar as políticas públicas e sociais, e um sistema tributário extremamente injusto que sobrecarrega a classe média brasileira e o empresariado, que não recebe por aquilo que paga a justa retribuição do Estado do Brasil.

3 AS CONSEQUÊNCIAS ORIGINADAS DA PUBLICAÇÃO DA LEI 11441

Cabem aqui algumas considerações com relação à lei dos notários e registradores também conhecida como Estatuto dos notários e registradores que teve sua regulamentação dada pela lei federal nº 8935/94, com fundamento no artigo 226 da Constituição Federal, promulgada em 1988. Essa lei trouxe uma segurança jurídica para o contexto registral e notarial (LOUREIRO, 2021; BRASIL, 1994).

Os artigos de 1 a 4 da já referida lei 8935/94 considerações preliminares com relação a prestação de serviços de registro e de anotação sendo estes de caráter técnico e administrativos que tem como objetivo a garantia da autenticidade publicidade segurança

e eficácia de Atos jurídicos praticados na vida civil. a figura do tabelião o notário e ainda do oficial de registro ou registrador é facultado ao profissional de direito que tem assim república e para quem é feita a delegação da atividade de registro de anotação (BRASIL, 1994).

Além disso o artigo 4 da referida da citada lei preceitua que os registros e tabelionato devem ser prestados à comunidade no primado da eficiência da adequação e cujo os horários e os dias de funcionamento devem ser definidos pelo Poder Judiciário competente, conforme as particularidades do local, sendo que a edificação deve ser de fácil acesso ao público em geral, bem como também deve oferecer segurança para os arquivos documentos e livros (BRASIL, 1994).

Loureiro (2021) ressalta que no Brasil, apesar da lei trazer disposições em relação aos notários e registradores estes são dois institutos jurídicos bem diferentes não obstante estarem no sistema de segurança jurídica preventiva que se contrapõe ao sistema de segurança jurídica restaurativa. Em ambas as situações, tanto notários como registradores trabalham na prevenção de danos à direitos subjetivos, e do surgimento de demandas judiciais, pois visam a paz social em oposição a instituições da Justiça que buscam pelo poder coercitivo do Estado, a restauração de contratos rompidos, ou de reparação de direitos ou de um bem jurídico que foi alijado.

Assim, com o advento da lei 11441/2007 imprimiu-se uma verdadeira revolução no Brasil com relação a temas sensíveis e problemáticos no meio da sociedade civil, a partilha, o inventário, a separação e o divórcio que deixaram de passar pela via judicial para poderem ser resolvidos administrativamente, sem necessidade de intervenção de juiz, promotor, contador escrivão ou de uma oficial de justiça, ou seja, a lei desjudicializou tais temas (COLTRO, 2010).

Recapitulando, o processo legislativo de criação da Lei 11441/2007 teve iniciativa com projeto de lei do Senado nº 155 de 2004 por autoria Senador baiano César Borges. naquele momento Senador deu como justificativa para criação da Lei a necessidade de desburocratizar certos procedimentos como inventário trazendo agilidade e redução dos custos. em seu conteúdo original o projeto que deu origem à lei 11441 se limitava ao inventário extrajudicial (CASSETTARI, 2022).

Como resultado dos debates em seu trâmite no Congresso Nacional, o projeto 155 sofreu modificações na Câmara de Deputados e teve ampliado no seu escopo inicial permitindo também que fosse realizado os divórcios e separações de forma consensual por meio de escrituração pública, desde que como requisito o casal não tivesse filhos menores e incapazes (CASSETTARI, 2022).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 26) a dissolução do vínculo matrimonial traz consequentemente o desfazimento de direitos e obrigações dos cônjuges. Tal fenômeno social e jurídico é reconhecido na legislação brasileira como o módulo de desfazimento voluntário Relacionamento dos cônjuges sem necessidade uma causa em específico pois é manifestação da simples vontade do casal ou de um dos cônjuges o que permite aos envolvidos o novo casamento.

Contudo, até se chegar a judicialização do divórcio com advento da lei 11441/2007 tal instituto sofreu diversas modificações nas legislações brasileiras desde o Brasil colônia, tendo em vista o poder de influência do Catolicismo na sociedade brasileira, pois do ponto de vista histórico, o casamento foi tido como insolúvel (MADALENO, 2020).

Por ocasião no período colonial, o casamento era fundamentado legalmente nas Ordenações do reino. Juridicamente esse vai mudar a partir de 1922 com a proclamação da Independência com a Proclamação da República com a lei do matrimônio que criou o Instituto jurídico do casamento civil permitido o divórcio, restringindo os seus efeitos de anulação do casamento (PINTO, 2008)

O Código Civil de 1916 tratou de abraçar toda a temática relacionada à casamento e preceituava em seu artigo 315, que a sociedade conjugal tinha se o término quando nos conjuntos morresse ou pela anulação ou nulidade do casamento ou ainda caso houvesse o desquite judicial ou amigável. Contudo, a Constituição de 1934 torna de divórcio muito mais difícil de se romper o vínculo matrimonial (PINTO, 2008; BRASIL, 1916)).

Mesmo o código civil de 2002, advindo da Lei 10406 não trouxe nenhuma modificação substancial relacionada ao casamento e seu desfazimento mantendo de uma forma geral aquilo que ainda era preceituado no código civil de 1916. Dessa maneira, com a criação da Lei 11441/2007 que permitia a separação e o divórcio realizado pelo cartório Tabelionato de Notas bem como também o inventário mediante perda de documento público mormente que deveriam ser respeitados certas premissas (BRASIL, 2002; GUILHERME, 2017).

Lucchesi et al. (2013) afirma que com relação ao inventário realizado tabelionato são necessários os documentos que são as certidões de óbito, documento de identificação que pode ser o RG com CPF de todos os passos envolvidos bem comum Gol tolerância. ainda se faz necessária a comprovação de vínculo de parentesco, com apresentação de certidão de nascimento, certidão de casamento do cônjuge viúvo, e ainda dos cônjuges casados, desde que dentro do prazo de 90 dias. Ademais é necessário a certidão de inteiro teor, documento de alienação de imóvel (caso haja), certidão negativa sobre móveis bens imóveis em espólio, e documentos que comprovem o valor do imóvel no seu domínio, certidão negativa de débitos da Receita Federal, da procuradoria-geral da Fazenda Nacional.

Com relação a crescente judicialização no Brasil, Bagnoli et al. (2014) aponta também as falhas do poder legislativo, ou ainda do judiciário que demanda muito tempo no julgamento dos casos, perdendo assim no item celeridade, e no caso do executivo que deixa de governar e de executar as leis de forma apropriada. Ainda existe a problemática da impunidade e da corrupção, em todas as esferas de poder no Brasil. Essas situações exigem então, uma mudança de paradigma com relação ao processo de judicialização e que tragam então uma melhoria para vida dos cidadãos brasileiros.

4 A DESJUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

Guimarães (2021) relata que segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) relativos ao ano de 2010 para mim tá no Brasil mais de 67 milhões de processos nos diversos níveis de várias de Justiça. No ano de 2019, esse número já era desse mais de 77 milhões de processos.

É nesse sentido que se dá o movimento da desjudicialização, que busca desafogar o judiciário trazendo uma diminuição do número de processos e também uma desburocratização de diversos procedimentos buscando facilitar a vida do cidadão. Esse movimento coloca os cartórios extrajudiciais como um importante instrumento de resolução de conflitos buscando assim a desoneração em tais situações (GUIMARÃES, 2021).

Hiar et al. (2018) por sua vez afirmam que os tabelionatos representam para o Brasil, um importante instrumento na de judicialização por conta da Excelência profissional e da administração disponíveis para a população brasileira. Pode ser citado ainda projeto de lei das duplicatas eletrônicas que tramita no senado federal. Pela legislação atual, as duplicatas devem ser protestadas em cartório antes de serem enviados à justiça. Nesse sentido, os cartórios promovem a desjudicialização, e consequentemente o desafogamento do Judiciário.

Está tramitando no senado na comissão de constituição e justiça (CCJC), projeto de autoria do senador Cidinho Santos, do Partido Republicano de Mato Grosso que visa a promulgação da PEC 108 de 2015 que determina a adoção de métodos extra juris para solução de conflitos por parte do estado brasileiro. Já se fala em aproximadamente 95 milhões de processos que correm nas diversas jurisdições brasileiras. Além de trazer o desafogamento ao judiciário brasileiro, o projeto de emenda constitucional (EC) busca não apenas reduzir o número de litígios, mas também tornar mais célere a resolução de conflitos, otimizando os recursos públicos (BRASIL, 2018**)**

Após a constituição federal de 1988, se iniciou no Brasil, a criação de uma cultura do litígio que ganhou espaço por conta da falta de instrumentos institucionais que buscassem a resolução do conflito de forma amigável. O direito à justiça deixou de se

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

tornar no instituto jurídico efetivo, para se tornar então um grande problema do ponto de vista social e jurídico. Assim se busca pelos meios extras judiciais que podem ser a conciliação mediação e arbitragem a solução de conflitos (BRASIL, 2018).

5 CONCLUSÃO

Como desenvolvimento histórico da sociedade e evolução natural do direito surge então o princípio de acesso à justiça. Tal princípio é consagrado no ordenamento pátrio brasileiro e pode ser lido na construção federal artigo quinto, inciso XXXV. Tal dispositivo contempla o acesso de qualquer brasileiro ou estrangeiro a justiça brasileira para dirimir causas de temática civil das mais variadas feições.

como resultado de tal dispositivo que preceitua o acesso a todos os brasileiros com relação à justiça deu-se um crescente processo de judicialização em praticamente todas as esferas da vida social. isso consequentemente trouxe mapa rota amento de processos no judiciário e combinou com a edição da lei 11441/2007 que completou 15 anos de promulgada em 2022. a norma trouxe mudanças dispositivos do Código de Processo Civil da Lei 5869/73 e assim possibilitou efetivação da partilha de inventário da separação consensual de divórcio por meio administrativo.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: ASPECTOS HISTÓRICOS. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 135-146, 2013.

BOBBIO, Norberto**. A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2004. 96 p

BRASIL. **Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3071, de 1 de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Proposta tenta desafogar o Judiciário, hoje com quase 100 milhões de processos.** Brasília: Agência Senado, 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/11/proposta-tenta-desafogar-o-judiciario-hoje-com-quase-100-milhoes-de-processos. Acesso em: 18 abr. 2022.

CASSETTARI, Christiano. **Divórcio, extinção de união estável e inventário por escritura pública**: teoria e prática. [S. l.]: Foco, 2022. 304 p.

COLTRO, Antônio Carlos M.; DELGADO, Mário L. **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais**, 2ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2010

FENSTERSEIFER, Tiago. **Defensoria Pública na Constituição Federal**. São Paulo: Grupo GEN, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo divórcio no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de A. **Código Civil Comentado e Anotado**. São Paulo: Manole, 2017.

GUIMARÃES, Frederico. **Estatuto da Desjudicialização**: Cartórios avançam no processo de solução de processos no Brasil. **Cartórios com você,** [s. l.], ed. 25, p. 1-92, 8 jun. 2021.

FOGAÇA, A. R.; GARCEL, A. A desjudicialização como alternativa à crise da jurisdição na área da saúde José. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, n. 17, p. 91–104, 2021.

HILL, Flávia Pereira. DESJUDICIALIZAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA ALÉM DOS TRIBUNAIS: PELA CONCEPÇÃO DE UM DEVIDO PROCESSO LEGAL EXTRAJUDICIAL. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, [s. l.], v. 22, n. 1, p. 379-408, 2021.

LUCCHESI, Érika Rubião et al. Desjudicialização do poder judiciário , função social dos cartórios e cartorização dos serviços. **Revista Reflexão e Crítica do Direito,** v. 1, n. 1, p. 87–98, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. São Paulo: Gen Forense, 2020. 2197 p.

PACIORNIK, Joel Ilan; CABRAL, Trícia Navarro Xavier; FUX, Luiz. **DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DODIREITO**. **Indaiatuba:** Foco, 2021. 516 p.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Contemporaneidade. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 241 -271, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

PINTO, Ruy Rebello. **Separação, divórcio e inventário em cartório:** aspectos jurídicos e práticos da nova Lei 11.441/2007. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 208 p.

RIBEIRO, D. V. H. Judicialização e desjudicialização Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. **Revista de informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 25–33, 2013. Disponível em: http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/502916.

SEABRA, GUSTAVO CIVES. **Defensoria Pública**. 9. ed. Salvador: Jus, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O SISTEMA CARCERÁRIO E A RESSOCIALIZAÇÃO: O SISTEMA CARCERÁRIO EM IMPERATRIZ – MA E A OPORTUNIDADE DE UM RECOMEÇO[1]

CLEONALDO PEREIRA DINIZ: Graduando em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA).

ERICK VINICIUS COSTA DE ANDRADE

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar as dificuldades e necessidades de serem implantados projetos de ressocialização na Unidade Prisional de Imperatriz – MA. Sabe-se que o processo de ressocialização visa reeducar as pessoas privadas de liberdade para que seadaptem às condições e às leis da sociedade. Nesse sentido, a criação e implementação de projetos e atividades laborais permite que o preso reduza sua pena e saia da prisão com habilidades que lhe trarão alguma renda. A ideia não parece funcionar na prática de forma ampla, já que a minoria dos presos faz algum trabalho. No que diz respeito à metodologia aplicada, trata-se de uma pesquisa exploratória, bibliográfica e de campo, pois foi realizada umaentrevista com o diretor da respectiva instituição objeto de estudo. Após a pesquisa, conclui-seque ainda existem alternativas ao sistema prisional brasileiro, muitas delas previstas na próprialegislação. Na verdade, o que falta é o empenho de todos em realizar ações que visem reduzir o nível de violência e ajudar na recuperação dos encarcerados.

Palavras-chave: Sistema prisional. Ressocialização. Imperatriz.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the difficulties and needs of implementing resocialization projects in the Prison Unit of Imperatriz. It is known that the process of resocialization aims to re-educate people deprived of their liberty so that they adapt to the conditions and laws of society. In this sense, the creation and implementation of projects and work activities allows the prisoner to reduce his sentence and leave prison with skills that will bring him some income. The idea does not seem to work broadly in practice, as the minority ofprisoners do some work. Regarding the applied methodology, it is an exploratory, bibliographicand field research, since an interview was carried out with the director of the respective institution object of study. After the research, it is concluded that there are still alternatives to the Brazilian prison system, many of them provided for in the legislation itself. In fact, what islacking is the commitment of everyone to carry out actions that aim to reduce the level of violence and help in the recovery of those incarcerated.

Keywords: Prison system. Resocialization. Imperatriz.

1.INTRODUÇÃO

A partir desse trabalho, pretende-se mostrar à sociedade a realidade do sistema carcerário em Imperatriz – MA, enfatizando as oportunidades ou não de ressocialização dos detentos. Demonstrando quais as condições que a lei impõe e as garantias para que os detentosparticipem de projetos de ressocialização.

Como fica evidente na Lei de Execução Penal que inicia seu texto apresentando o objetivo da execução penal, conforme reza o artigo 1º: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". A Lei de Execução Penal, em seu artigo 41, inciso V, afirma: "proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação".

Percebe-se ampla garantia legal para possibilitar esse processo de reinserção ao seio dasociedade. Reintegrar um indivíduo a sociedade é oferecer ao infrator, condições para que ele consiga se regenerar e, desta maneira, não voltar mais a cometer o mesmo crime ou outros.

É possível encontrar projetos de capacitação que deram certo, os seus efeitos na vida dos participantes e de suas famílias e as perspectivas que são abertas para aqueles que deles participam. No vizinho estado do Tocantins, observamos algumas experiências simples e exitosas, tais como: Projeto Ponto de Leitura e Cultura nas Prisões, Projeto Revitalização e Limpeza dos espaços públicos, Projeto Arte que Faz Crescer, Projeto Capacitação Continuadae outros.

Entende-se que a falta de projetos para a imensa maioria, apesar do baixo investimento nos projetos que dão certo, tornando tais iniciativas tão incipientes. O porquê dessas limitaçõesque tiram dessas pessoas a oportunidade de um reingresso mais humano, que garantiriam a geração de renda, a manutenção do sistema e o exercício do princípio da dignidade humana.

Compreende-se que são muitos os desafios e as perspectivas dos detentos, das suas famílias quando estes retornarem ao convívio com a sociedade, fora dos muros do sistema penal, suas expectativas, seus medos e angústias, suas possibilidades.

O trabalho apresenta a seguinte problemática: Quais as principais dificuldades e a importância de se implantar projetos de ressocialização no sistema prisional imperatrizense? Diante desse questionamento, verifica-se que a maioria das penitenciárias brasileiras ocorre uma promoção e o fortalecimento das relações marginais, gerando a reincidência e o retorno quase certo ao sistema prisional e em

muitos casos, o retorno ao mundo do crime. Tudo isso poderia ser evitado com a implantação de projetos de ressocialização.

Considera-se oportuno este trabalho que tem como objetivo geral analisar as dificuldades e necessidades de serem implantados projetos de ressocialização na Unidade Prisional de Imperatriz – MA. A partir disso, cita-se como objetivos específicos: Apresentar um histórico acerca da origem das prisões; Relacionar a importância da Lei de Execução Penalno processo de ressocialização e seu objetivo legal; Compreender como ocorre o processo de ressocialização na Unidade Prisional de Imperatriz, enfatizando a necessidade de mais projetose políticas voltadas para reintegração eficiente do preso à sociedade.

2. ORIGEM DAS PRISÕES

Há de se anotar que em Roma e na Grécia Antiga, a pena de prisão não tinha caráter decastigo, mas uma tendência reparatória de natureza civil, usada como forma de quitação de dívidas, já que as penas principais eram as corporais e as de morte, servindo a prisão apenas como um recurso para deter o acusado até o dia da execução de sua pena, geralmente a morte. Leal (2001) retrata o seguinte trecho:

> É sabido que em Roma, a prisão era desprovida do caráter de castigo, não constituindo espaço de cumprimento de uma pena, mesmo porque o rol de sanções se restringia quase unicamente às corporais e à capital. Este era um meio empregado para reter o acusado enquanto se aguardava o julgamento ou a execução da sentença. Já na Grécia, era de costume encarcerar os devedores até que saldassem suas dívidas, a custódia servindo para obstar-lhes a fuga e garantir a presença nos tribunais.

Nesse sentido, segundo Pimentel (1983), a pena em sentido lato, segundo relatos antropológicos, teve sua origem ligada à sacralidade dos dogmas religiosos, ambiente no qual a pena tinha uma função de castigar e a finalidade de aplacar a ira da divindade ofendida, sobressaindo a perda da paz e a vingança de sangue como as duas únicas e principais penas.

2.1 Prisões no Brasil

Durante muito tempo, sequer se cogitou privar alguém da liberdade como pena pelo cometimento de um delito. Tal privação servia apenas para separar aquela pessoa, deixá-la "guardada" para que não fugisse e a pena pudesse ser aplicada. Tratava-se da

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

"pena-custódia", de acordo com o autor e não da prisão-pena – que surge após a sentença penal condenatória (LOPES JÚNIOR, 2012).

Contudo, hodiernamente, a liberdade, após os pensamentos liberais e a Carta Magna daInglaterra – que limitou os poderes de João Sem-Terra, o rei; as revoluções e constituições americana e francesa; a Declaração Universal dos Direitos Humanos e até do Pacto de São José da Costa Rica; a liberdade se tornou um valor imprescindível e a prisão ou privação dela uma medida de exceção, apenas aplicável diante da mais extrema necessidade.

Ademais para que se proceda à prisão é preciso seguir uma série de formalidades que permitam o contraditório – o qual significa a possibilidade de contradizer, mostrando que o queestá sendo afirmado não é verdadeiro – e a ampla defesa – que é a chance de o indivíduo se utilizar de todos os meios de provas admitidos para demonstrar esse fato. Tudo isso é bem detalhado e assegurado pelo Código de Processo Penal Brasileiro.

> O processo penal visto como instituição estatal, é na realidade a única estrutura que se reconhece como legítima para a satisfação da pretensão acusatória e a imposição de pena, ao contrário do que ocorre no processo civil, em que se pode lograr extraprocessualmente a satisfação da pretensão sem que necessariamente se tenha queacudir ao processo (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 67)

Apesar de toda essa evolução: das regras do processo penal, da valorização dos direitoshumanos e da proibição de penas cruéis e degradantes, a situação dos presos nas cadeias públicas desse país é vergonhosa e assustadora. Presos são tratados como feras, enjaulados, amontoados, sem o mínimo de salubridade necessária à manutenção da sua dignidade humana.Tal é a situação da qual todos os dias se ouve falar nos meios de comunicação.

Assim, a superlotação, os tratamentos que não condizem com a dignidade humana são temas comuns nessas reportagens e notícias veiculadas pela mídia, e ao contrário do que se poderia esperar, a sociedade civil não reage a esse fato temeroso. Isso sem dúvida se deve ao sujeito passivo dessa relação, que é o preso.

Sabe-se que grande parte da sociedade, desconhecedora dos próprios direitos como serhumano, e também dos daqueles que estão encarcerados; considera a prisão como uma espéciede vingança e que os "castigos" que esses presos sofram ali não são mais que merecidos e justos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Entretanto, Lopes Júnior (2012, p.65) afirma que "a história do Direito Penal é uma longa luta contra a vingança". Assim, a pena não seria a vingança pelo ato cometido, e seu objetivo seria justamente impedi-la. Não deve ser, portanto, esse o fundamento das sanções penais.

Apesar disso, enfrenta-se um verdadeiro caos no sistema prisional brasileiro, especialmente diante da apatia da sociedade em relação ao fato; e esses problemas ainda podemse agravar se a reforma pretendida no Código Penal for implementada como se espera. Isso ocorreria porque haveria um endurecimento da Lei Penal, tornando a situação do detento pior do que já está. A ideia inicial seria a de reduzir a criminalidade, mas não é isso o que pensam inúmeros especialistas.

A pena, para ser aplicada no Brasil, em conformidade com o Processo Penal e com a Constituição Federal de 1988, fundamento de validade das demais normas, segundo Kelsen, eladeve obedecer a certos princípios, enumerados por Capez (2011, p. 385 e 386), quais sejam:

- Legalidade e anterioridade – a pena deve estar prevista em Lei anterior ao delito e ainda vigente ao período de seu cometimento, salvo leis temporárias de caráterespecial;

- Personalidade – a pena não pode passar da pessoa do condenado, mas deve seater a ele;

- Individualidade – a pena deve ser baseada não apenas na gravidade do delito, mas precisa ser feita levando-se em conta a pessoa que cometeu o delito, suapersonalidade e culpabilidade;

- Inderrogabilidade – não há discricionariedade, ela deve ser aplicada em conformidade com a Lei. Não pode o juiz decidir não implicar se sua motivação não for baseada em disposições legais. Nada impede o perdão judicial, mas repita-se, a pena que o juiz aplica deve estar conforme o que diz a Lei, do contrário estará extrapolando suas atribuições, o que pode gerar responsabilidade desse agente;

- Proporcionalidade – a pena deve ser proporcional ao delito praticado;

- Humanidade – penas cruéis e degradantes foram praticamente banidas do ordenamento brasileiro, salvo caso de guerra, em que o Código Penal Militar admite pena de morte.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Todos esses princípios são fundamentais para que se tenha um processo justo e conforme o ordenamento pátrio. Segundo Damásio de Jesus (2010, p. 563) a pena "é a sanção aflitiva imposta pelo Estado mediante uma ação penal, ao autor de uma infração (penal), comoretribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitarnovos delitos".

Para o autor, ela tem caráter preventivo, na medida em que sua atuação mostra ao infrator e à sociedade as desvantagens de se praticar um crime; e retributivo, posto que ameaçade um mal aquele que praticou um ilícito penal. Há quem veja também na pena um caráter pedagógico, educativo e ressocializador, que serão tratados mais adiante. Interessa agora quaissão os tipos de prisão passíveis de aplicação no Brasil.

2.2 Prisão especial

A "Prisão especial é só para quem estiver cumprindo prisão provisória e preventiva, não sendo deferida para quem seja condenado definitivamente com sentença com trânsito em julgado" (LEITE, 2012 on-line). Por outro lado, pode-se também observar o conceito de Marcão(2011, p. 136) quando se refere a prisão especial:

> Prisão especial é uma espécie de prisão provisória, na qual os presos que dela desfrutam, pela prerrogativa da função, pela formação em curso de nível superior e por serviços prestados ao poder público, permanecem afastados dos presos comuns até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O artigo 295 do Código de Processo Penal é o responsável por disciplinar o instituto daprisão especial, pode-se observar sua transcrição a seguir:

> Art. 295 - Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:
>
> I - os ministros de Estado;
>
> II - os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia;
>
> III - os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados;
>
> IV - os cidadãos inscritos no "Livro de Mérito"

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

V - os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios;

VI - os magistrados;

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;VIII - os ministros de confissão religiosa;

IX - os ministros do Tribunal de Contas;

X - os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quandoexcluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função;

XI - os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos einativos.

§ 1º A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consisteexclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

§ 2º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhidoem cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.

§ 4º O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Se for levado em consideração a parte final do caput do artigo supracitado é bem perceptível que o privilégio da prisão especial somente é concedido a alguém quando as pessoas elencadas no mesmo artigo forem recolhidas a prisão antes de sentença condenatória definitiva, em outras palavras, no decorrer do trânsito em julgado da sentença condenatória essas mesmas pessoas serão presas nos mesmos

estabelecimentos prisionais daqueles considerados presos comuns, exceto as exceções legais (LEITE, 2012).

Diante disso, a prisão especial atua simplesmente como uma forma de recolhimento emlocal diverso da prisão comum ou em uma cela diferentes dos demais presos, porventura não tenha um local específico para presos especiais. Assim, a mesma ainda poderá ser coletiva, poisterá em seu contingente, evidentemente, só com presos especiais.

> Para algumas autoridades ou classes de trabalhadores, inclusive elencadas nesse artigo295 do CPP, como os advogados, defensores públicos, membros do MinistérioPúblico e do Judiciário, a prisão provisória deverá ser efetivada em sala de Estado- maior, por disposição de lei específica, que difere da prisão especial geral, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, já que possui ainda como vantagens adicionais ser uma verdadeira sala, e não cela ou cadeia, devidamente instalada no Comando das Forças Armadas ou de outras instituições militares e, ainda sendo, um tipo heterodoxo de prisão, pois destituída de grades ou de portas fechadas pelo lado de fora (LEITE, 2012, p.1).

Portanto, cabe frisar nesse momento que, aquelas pessoas que ocupam determinados cargos que trabalham diretamente com o combate ao crime, podendo ser membros do MinistérioPúblico e Judiciário, poderão gozar do privilégio do recolhimento em separado mesmo após a sentença condenatória com trânsito em julgado, por disposição expressa em lei (MARCÃO, 2011).

3.LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Lei de Execução Penal, n.º 7.210/84, tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e oferecer condições harmônicas para o retorno do apenado a sociedade, pois ela também visa ressocializar o reeducando. Segundo o art. 10 da referida lei oEstado deve dar assistência a estes pessoas que ele afastou do convívio social, a saber: material,à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Para Marcão (2011, p.31):

> A execução deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar (MARCÃO, 2011, p. 31).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Vale lembrar que aquele que violou a lei penal, um dia voltará para o convívio social e ressocializá-lo é imprescindível para a sobrevivência da própria sociedade. A execução penal é atividade muito complexa e supõe previamente deveres e direitos envolvendo o Estado e o condenado, além das obrigações legais de responsabilidade do Estado, o preso é submetido a normas de execução da pena.

Na visão de Silva (2010, p.8) a finalidade da Lei de Execução Penal, nos termos do art. 1º da LEP, a mesma tem dupla finalidade: "a correta efetivação dos mandamentos existentes na decisão criminal e o oferecimento de condições para a readaptação social e moral do condenado".

> Ocorre, entretanto, que também a rede pública, que deveria prestar tais serviços, é carente e não dispõe de condições adequadas para dar atendimento de qualidade mesmo à camada ordeira da população que também necessita de tal assistência estatal. "O Estado não conseguiu efetivar tais direitos. Não os assegura, de fato, ainda hoje" (MARCÃO, 2011, p. 55).

A Lei de Execução Penal garante a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado, na tentativa de preparar o retorno à liberdade. Assim sendo, a tentativa é ajustar ao convívio no estabelecimento penal em que se encontram, e preparando-os para retornar ao convívio em sociedade mediante orientação e contato com os diversos setores da complexa atividade humana.

Prevê a Lei 7.210/84 a assistência ao preso e à presa como: saúde, material, jurídica, educacional, social e religiosa. Não obstante, ao contrário dos países desenvolvidos, que adotam posturas de respeito aos direitos humanos, o Brasil aparentemente prefere ignorar o presidiário.

> Os Direitos Humanos são fruto do entrelaçamento de vários veios, como os costumes de civilizações antigas, a produção jus-filosófica e a disseminação do cristianismo. Podem ser definidos como um conjunto de prerrogativas e garantias inerentes ao homem, cuja finalidade básica é o respeito à sua dignidade, tutelando-o contra os excessos do Estado, estabelecendo um mínimo de condições de vida. São direitos indissociáveis da condição humana (PENTEADO FILHO, 2009, p.15).

Com efeito, apesar de o artigo 12 da LEP se reportar ao fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas, o que se encontra é um número de presos excessivamente maior ao que cada cela comporta, além de insalubridade, e desrespeito à condição de ser humano.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No tocante à educação, se parte do que reza a lei fosse cumprida, com certeza haveria uma mudança significativa na expectativa de novos hábitos pelas detentos, uma vez que estariam assimilando novos conhecimentos. Diz a LEP (arts. 17 a 21), verbis:

> Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado".
>
> Art. 18. O ensino de 1° grau obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidadefederativa.
>
> Art. 19. O ensino profissional será ministrado e nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.
>
> Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.
>
> Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.
>
> Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de umabiblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos".

Em relação à assistência social, verifica-se, de igual modo, desrespeito aos direitos assegurados pela LEP.

> Art. 23. Incumbe-se ao serviço de assistência social:
>
> I – conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;
>
> II – relatar, por escrito, ao diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldadesenfrentadas pelo assistido;
>
> III – acompanhar os resultados das permissões de saída e das saídas temporárias;IV – promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
>
> V – promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e doliberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

VI – providenciar a obtenção de cumprimentos, dos benefícios da Previdência Socialе do seguro por acidente no trabalho;

VII – orientar e amparar, quando necessário, a família do preso do internado e davítima".

E, na forma o disposto no art. 27 da Lei n° 7.210/84, o sistema prisional deveria colaborar como o egresso na obtenção de trabalho. Na realidade, porém, depara-se com o abandono, que, muitas vezes, leva-o a unir-se a organizações criminosas em grave prejuízo dapaz social.

Quanto às peculiaridades da mulher presa a LEP reservou alguns dispositivos, dentre eles o art.14, § 3o, no qual a garantia à saúde da mulher inclui além do atendimento médico, farmacêutico e odontológico, o acompanhamento ao pré-natal e pós-natal, direitos esses que seestendem ao recém-nascido.

A Lei de Execução Penal é bem detalhista ao dispor de alguns dispositivos referentes ao pessoal que fará a vigilância e acompanhamento das presas. A LEP no art. 77 determina quea escolha do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância atenderáa vocação, preparação profissional e antecedentes pessoais do candidato; sendo esses agentes penitenciários regularmente recicláveis, não obstante, o § 2º exija que o tratamento das presas seja feito por pessoal do sexo feminino, in verbis: "No estabelecimento para mulheres somentese permitirá o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal técnico especializado."

O disposto no art. 82, § 1° prevê que a mulher e o maior de sessenta anos serão recolhidos em estabelecimento próprio à sua condição pessoal, havendo uma ressalva no parágrafo seguinte, no qual serão recolhidos em estabelecimentos do mesmo conjunto arquitetônico desde que devidamente isolados. Vê-se no texto legal o reconhecimento de que amulher presa detém uma condição pessoal – as próprias do gênero feminino.

3.1 Objetivo da Lei de Execução Penal

A Lei nº 7.210/84 estabelece em seu artigo primeiro a finalidade e o objeto da execução penal, *in verbis*: "A execução tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmoniosa integração social do condenado e do internado"; e prevê em seu artigo 4º, o dever do Estado em buscar a cooperação da comunidadena execução da pena, *in verbis*: "O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades da execução da pena e da medida de segurança".

Busca-se na pena a prevenção e a recuperação do delinquente. Alguns críticos, todavia,entendem que não deveria ser a pena o meio para esse fim. Indubitavelmente a pena, na maioriados casos, não tem cumprido a função pela qual foi imposta. Entretanto, a convivência social ea busca do bem comum, no atual estágio de evolução da sociedade, não comportam aautocomposição ou a autodefesa, atuando a pena, nos dias atuais, como um mal necessário. Nesse sentido escreveu Muakad (1998, p. 21):

> É bem verdade que não podemos perder-nos em pieguices, pois sabemos que cadeia é um mal, mas é necessária para que a ordem pública seja restaurada, se bem que, com o desenvolvimento dos substitutivos penais, haveria solução para o problema. O que se combate é a falta de condições para a resolução do problema.

Assim, a tutela do Estado na perseguição do bem comum por meio da jurisdição é extremamente necessária. Desta forma, ao ser condenado, o Estado ocupa-se da punição e readaptação do delinquente, cabendo-lhe reintegrá-lo à sociedade recuperado de sua "anormalidade" e capaz de conviver no meio social.

3.2 Princípios da Execução Penal

Mesmo a execução penal tendo caráter de natureza mista, pois em seu bojo está composta de episódios meramente administrativos, o art. 2º da Lei de Execução Penal tratou expressamente da "jurisdição penal dos Juízes", fazendo menção quanto a jurisdicionalidadeque persiste em praticamente todos os momentos. Logo, a jurisdição existe durante toda a execução penal (CAPEZ, 2011, p. 17).

3.2.1 Legalidade

O princípio da legalidade pode ser encontrado bem definido nos arts. 2º e 3º da Lei n.º 7.210/84, pois é exatamente ela que determina que a jurisdição precisa ser exercida na forma dela própria e do Código de Processo Penal. Em outras palavras, a restrição de direito deve decorrer da lei. Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu inciso II, do art. 5º, informa que"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988).

Além disso, a autoridade administrativa tem como obrigação executar o seu papel em obediência aos princípios do Direito Administrativo. Assim, esse mesmo dever de atender ao princípio da legalidade não necessariamente é atribuído somente ao Juiz, mas também do agenteda Administração Pública que encontra-se envolvido no processo de execução penal. Com efeito, o princípio da legalidade consta expressamente do texto constitucional.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Observemos a lição de Hely Lopes Meirelles (1991, p. 78):

> Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim.

É preciso destacar que a Administração Pública tem dentre os seus poderes, o de restringir a liberdade de outrem, mas para que o faça deve se pautar em inúmeros princípios taiscomo a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

> O sentenciado terá a execução de sua pena de acordo com o que a lei dispuser. Se ninguém pode ser privado da sua liberdade sem o devido processo legal, não se pode negar o acesso do preso à liberdade quando a lei autorizar. Caso permaneça preso por mais tempo do que for permitido, a prisão se tornará ilegal (CAPEZ, 2011, p. 117).

O princípio da legalidade é uma base sólida da execução penal em todos os seus momentos, fazendo menção a todas as autoridades que participam desse processo em demasiaimportante, independente se esta for administrativa ou judicial.

3.2.2 Humanidade

O princípio da humanização da pena está exposto na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, inciso LXVII, que "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados;

d) de banimento; e) cruéis"(MESQUITA JÚNIOR, 1999, p. 29).

Através do princípio da humanização da pena, a execução penal precisa obedecer aos parâmetros modernos que norteiam a humanidade, já que estão consagrados internacionalmente, tendo que zelar pela dignidade humana do condenado. Assim, todas as penas mencionadas têm interferência direta no estágio atual da civilização humana, tendo sido,portanto, abolidas do presente ordenamento jurídico (MESQUITA JÚNIOR, 1999).

3.2.3 Isonomia

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A Declaração de 1948, ao retomar os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignadoem seu artigo 1º "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadasde razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade".

Sendo proclamado nesse artigo três princípios fundamentais em matéria de direitos humanos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Esses princípios voltam a aparecer nos mais distintos dispositivos desta Declaração. O princípio da igualdade essencial do ser humano é afirmado no artigo 2º:

> Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Tal princípio aparece em seguida no artigo 7º: "Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".

3.2.4 Jurisdicionalidade

Este é um dos princípios garantidores do direito de defesa, uma vez que no Brasil é proibida a solução de conflitos através da autotutela – salvo alguns casos como, por exemplo, a legítima defesa -, sendo adotado o sistema de jurisdição, que segundo Nucci (2004, p. 179) jurisdição é "o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflito".

Neste mesmo pensamento entende-se que no direito penal do Estado denominado Democrático e de Direito, só terá a aplicação de uma sanção penal se existir ação penal, processo e jurisdição. Ocorre que não poderá haver ação,processo, jurisdição e pena, sem a acusação e, principalmente, sem a defesa do acusado.

Assim, estes elementos estão diretamente interligados, eis que são "constitutivos, complementares e essenciais para o processo penal democrático. A falta de qualquer destes elementos nulifica todo o procedimento, portanto, nulla culpa, nullapoena, sine judicio, sineaccusatione e sinedefensione" (SOUZA, 2011, p. 209).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Ocorre que na área penal o processo e a jurisdição, são o único e necessário caminho para que seja aplicada uma pena, tendo em vista o princípio da necessidade. Assim, a jurisdição,não pode ser entendida apenas enquanto poder do Estado da pura manifestação de dizer o direito, mas também deve ser entendida como o dever Estatal de prestar a jurisdição, pelo menos, desde quando a autotutela foi proibida. Devido a isso o direito a jurisdicionalidade deveser entendido como direito fundamental no Estado Democrático de Direito.

3.2.5 Individualização da Pena

O princípio da individualização da pena é de extrema importância, principalmente porque este é necessário e determinante quando se quer atingir os objetivos da Política Criminal,ou seja, para uma punibilidade ser feita de forma adequada ao delinquente e sua conduta criminógena (LOPES JÚNIOR, 2009).

Sendo assim, o legislador constitucional deixou bem claro o princípio da individualização da pena, como pode ser visto no art. 5º, inciso XLVI, quando afirma que a presente lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privaçãoda liberdade; b) perda dos bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos.

Diante disso, esse mesmo artigo supramencionado, no inciso XLVIII, entende que a pena será cumprida em estabelecimentos diferentes, levando em consideração a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.

Aliás, no que diz respeito ao tratamento desigual, em face da desigualdade do condenado, encontra-se previsto com relação ao sexo e ao estado das pessoas, preceituando o inciso L do art. 5º, que informa "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação" (LOPES JÚNIOR, 2012).

4.METODOLOGIA

A metodologia é o meio fundamental para a realização do trabalho científico, que tem por finalidade selecionar os métodos indispensáveis para a realização da pesquisa, sendo esta capaz de dirigir o espírito investigativo (TEIXEIRA, 2014).

A metodologia que foi utilizada nesse estudo baseia-se em uma abordagem mista, quantitativo, prevendo a objetividade, as técnicas e os instrumentos de coleta e armazenamento dos dados utilizados. Nesse sentido, os atores que integraram na pesquisa qualitativa estão submetidos a elaborar e produzir conhecimentos, colocando em prática ações que podem intervir nos problemas identificados. Para Elizabeth Teixeira (2014, p. 133):

> A opção pelo método e técnica de pesquisa depende da natureza do problema que preocupa o investigador, ou do objeto que deseja estudar. A utilização de técnica qualitativa e quantitativa depende também do domínio que o pesquisador tem no emprego destas técnicas.

De acordo com Triviños (1987), a pesquisa qualitativa manuseia os dados procurando asua significação, havendo como base a compreensão do fenômeno dentro do seu ambiente. A utilização da abordagem qualitativa procura compreender não só o exterior do fenômeno, mas bem como o seu fundamento, a sua essência, buscando esclarecer sua origem, relações e transformações, procurando presumir os seus resultados.

Os dados obtidos são principalmente descritivos, e todos os dados coletados são de grande importância para a pesquisa, portanto, os materiais adquiridos nestas pesquisas possuemdescrições de algo determinado, como por exemplo, a descrição de um fato, de pessoas, situações, etc.

A escolha pela abordagem qualitativa ocorre pelo seu significado como perspectiva de interação, devido à sua adaptabilidade, dinamicidade e a orientação para o futuro.

Parte-se então dos questionamentos constante nesse trabalho, que demonstram anecessidade de investigar, testar hipóteses teóricas e práticas, relacionando-as com a realidade e, mais que testar buscar compreender como acontecem fenômenos, descrevendo sua trajetória.Em uma pesquisa é necessário sempre pensar, isto é buscar ou comparar informações, nesse sentido esta pesquisa relacionada aos fins foi exploratória e descritiva. Descritiva, pois tem como ponto de partida a premissa de que os estudos exploratórios servem para o pesquisador se familiarizar com o fenômeno relativamente desconhecido, obter informações mais complexa acerca da temática, estabelecer prioridade para a investigação e, posteriormente,construir novas afirmações. Este tipo de estudo é caracterizado pela flexibilidade dos métodos,bem maior que no estudo descritivo (SILVA, 2009). Gil (2011) menciona que numa pesquisa exploratória, são envolvidos levantamentos de bibliografias, entrevistas com componentes diretos do assunto, assim bem como, a análise e compreensão do problema abordado.

Ainda nessa linha metodológica, Gil (2010, p. 42) assim define o procedimento descritivo: "as pesquisas têm como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis".Essas características estão presente geralmente em pesquisas de problemáticas sociais, deste modo comungando com a pesquisa a ser realizada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Devido ao seu objetivo geral, bem como os objetivos específicos a investigação no quetange aos meios foi bibliográfica, documental e de campo. Bibliográfica, pois partiu de estudossistematizados de livros, artigos e monografias sobre a temática, documental em virtude da necessidade de estudo de documentos oficiais na Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI), de campo porque faz se necessário para buscar respostas adquiridas por meio das informações repassadas pelo Diretor Geral da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI) (GIL, 2010).

"A pesquisa de campo é usada para extrair dados e informações diretamente da realidadeatravés do uso de técnicas de coleta como entrevistas ou pesquisas para dar resposta a alguma situação ou problema abordado previamente" (GIL, 2010, p. 44).

A respeito dessa linhagem metodológica Gil (2010, p. 43) pontua "que a pesquisa bibliográfica é elaborada partindo com base em material já aplicado". Em se tratando em pesquisa documental o autor em questão enfatiza que é a mesma utilizada praticamente em todas as ciências.

Diante disso, a única diferença entre a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental está na natureza das fontes. De acordo com Fábio Appolinário (2004), entende-se por populaçãoou universo em uma pesquisa de natureza teórico-empírica, realizada com um grupo de pessoas, objetos ou eventos que possui um conjunto de características comuns que o definem. No que serefere a amostra, pode-se conceituar como subconjunto de sujeitos extraído de uma populaçãopor meio de alguma técnica de amostragem.

Diante disso, a população foi compreendida como a Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI), e no que se refere a amostra, essa foi compreendida como o diretor dessa instituição, pois atua na parte interna e conhece o monitoramentoeletrônico e consequentemente os resultados advindos dessa lei.

Foi feito a análise para analisar as dificuldades e necessidades de serem implantados projetos de ressocialização na Unidade Prisional de Imperatriz – MA

Dessa forma foi realizada uma entrevista com o diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI). Essa entrevista foi mediante aplicação de um questionário, com perguntas abertas e fechadas, a um público direcionado, para medir o grau de orientação relacionado a este fato. De acordo com Marconi e Lakatos (2010, p.184)questionário é:

> [...] uma série ordenada de perguntas, que deve ser respondidas por escrito e sem presença do entrevistador. Em geral, o pesquisador envia o questionário ao informante, pelo correio ou por um

portador; depois de preenchido, o pesquisador devolve-o do mesmo modo.

O mesmo tem como objetivo levantar dados para uma pesquisa. Portanto o questionário foi elaborado visando facilitar, ao máximo, as respostas. E por fim, foi apresentada mostrandoos resultados obtidos na pesquisa.

5.RESULTADOS E DISCUSSÕES

Sabendo da importância de analisar as dificuldades e necessidades de serem implantadosprojetos de ressocialização na Unidade Prisional de Imperatriz – MA, foi aplicada uma entrevista com o diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI).

No primeiro questionamento feito na entrevista com o diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI), foi solicitado que o mesmo explicasse sua função dentroda Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI).

Acompanhamento dos processos (Diretor da Unidade Prisional de Ressocialização deImperatriz (UPRI).

Entende-se que este é responsável pela Unidade de uma maneira geral, fiscalizando, dando aval em relatórios, supervisionando também os agentes, enfim, tudo passa pelo olhar doDiretor.

Logo em seguida foi questionado sobre quantos presos existem na Unidade Prisional deRessocialização de Imperatriz (UPRI)?

Média de 370 a 375 internos (Diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI).

Sendo o limite de 268, entende-se que existe uma superlotação. O sistema penal brasileiro tem dificuldades gigantes em vista da superlotação carcerária e do alto índice de reincidência de egressos do sistema penal. As políticas públicas pertinentes ao sistema prisionalsão insignificantes e não apontam para um comprometimento mais eficaz por parte das autoridades para obter um resultado mais expressivo de ressocialização do apenado (BITENCOURT, 2012).

O estado além da função de punir aqueles que cometem crimes tem o dever de reintegra-los a sociedade, sendo muito importante a participação da comunidade na sua ressocialização. Possui também o dever de prevenir condutas criminosas e acompanhar o cumprimento ou o aguardo da sentença penal condenatória.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O Diretor também foi abordado sobre quantos presos estão em regime aberto, quantos estão em regime fechado e semi-aberto.

Não existe nenhum preso em regime aberto. Regime fechado só na unidade do ITAMARGUARÁ - UPRI, onde funciona como Triagem para depois decidir para onde eles irão. E semi-aberto, que são albergados uma média de 70 pessoas, eles saem para trabalhar e retornam as 19h00min as 07h00min (Diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI).

O regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do apenado. O condenado só permanecerá recolhido (em casa de albergado ou em estabelecimento adequado) durante o repouso noturno e nos dias de folga. O condenado deverá trabalhar, frequentar cursos ou exercer outra atividade autorizada fora do estabelecimento e sem vigilância(BITENCOURT, 2012).

O regime inicial fechado, portanto, é um regime de exceção, cuja aplicação exige motivação idônea, tendo em vista que a privação da liberdade, um bem tão precioso ao ser humano, não deve ser permitida, sem elementos que verdadeiramente a justifiquem.

No regime semiaberto não há previsão para o isolamento durante o repouso noturno. Nesse regime, o condenado terá direito de frequentar cursos profissionalizantes, de instrução de 2º grau ou superior. Também ficará sujeito ao trabalho em comum durante o período diurno,em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar (BITENCOURT, 2012).

A Prisão Albergue Domiciliar consiste na pena a ser cumprida em residência informadaao juiz, sendo o apenado obrigado a voltar ao local todas as noites até as 20 horas, a partir dissoele somente só poderá sair de novo às 6 horas da manhã. Aos sábados, domingos e feriados o apena pode permanecer em casa, ainda vale lembrar que o apenado não pode sair da cidade emque mora em hipótese alguma. Salvo em casos específicos (trabalho e/ou estudo), porém, tudoisso com autorização do juiz (RAESP, 2016).

O diretor foi questionado sobre quantos fazem uso da tornozeleira eletrônica.

Regime cautelar 300 usando tornozelieras (Diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz - UPRI).

Se por um lado o uso da tornozeleira eletrônica tem como principal objetivo promover o desafogamento do sistema prisional, por outro a sua utilização ainda desperta um constante estigma social, uma marca que é carregada pelo apenado enquanto estiver cumprindo a sua pena, que não servirá de lembrança tão somente a ele,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mas que deixa claro a todos que estão a sua volta que este possui um dispositivo eletrônico.

Todavia, o preço estigmatizatório que se paga com o uso da tornozeleira ainda é bem menor que os estigmas que a falta de monitoramento dessas pessoas gera, tanto de ordem pessoal e interna quanto sociais, de uma temporada dentro do sistema prisional. Indiscutivelmente a medida é menos saudável ao apenado e mais propícia ao que todos esperamque é a ressocialização.

O diretor foi abordado sobre como ele enxerga a função do Estado na ressocialização do preso de uma maneira geral? E na Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI) de fato existe esse suporte do Estado?

Diante do cenário do sistema carcerário o Estado se preocupa em apoiar as medidas de ressocialização visando melhores condições para que o apenado não se influencie com presos de maior periculosidade, o processo de ressocialização através da tornozeleira se faz justamente para a volta do convívio em sociedade (Diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz - UPRI).

A ressocialização traz à tona a necessidade de promover ao preso condições ideais paraque ele possa se reestruturar e, com isso, retornar ao convívio social para que não torne mais adelinquir, propiciando o livre exercício de direitos, tal como a dignidade da pessoa humana. Ressalta Mirabete (2002, p. 87):

> Exalta-se seu papel de fator ressocializador, afirmando-se serem notórios osbenefícios que da atividade laborativa decorrem para a conservação da personalidade do delinquente e para a promoção do autodomínio físico e moral de que necessita e que lhe será imprescindível para o seu futuro na vida em liberdade.

Os projetos tanto de educação quanto de trabalho dentro dos presídios são imprescindíveis para que ao sair das penitenciarias o egresso tenha condições de voltar ao mercado de trabalho mais capacitado e não retorne ao crime, o trabalho vem como um resgateda dignidade humana, o artigo 28 da LEP como já mencionado anteriormente trata do direito do preso ao trabalho.

O diretor foi questionado sobre qual a maior dificuldade encontrada pela administraçãoda Unidade Prisional de Imperatriz, no que diz respeito ao monitoramento dos internos?

A maior dificuldade encontrada pela administração da Unidade Prisional de Imperatriz-MA está no recebimento de recursos materiais, então existe a dificuldade na

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

disponibilidade do material para a Unidade (Diretor da Unidade Prisional de Ressocializaçãode Imperatriz - UPRI).

A Lei de Execução Penal, n.º 7.210/84, tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e oferecer condições harmônicas para o retorno do apenado a sociedade, pois ela também visa ressocializar o reeducando.

Segundo o art. 10 da referida lei o Estado deve dar assistência a estes pessoas que ele afastou do convívio social, a saber: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

O diretor precisou falar se ele considera o número de profissionais atuando na segurançae monitoramento dos internos é suficiente?

Como o monitoramento é feito pela central em São Luís o servidor responsável pela manutenção da tornozeleira eletrônica no interior do Estado consegue desenvolver o trabalho,contudo o ideal seria ter mais servidores para melhor aplicabilidade da medida (Diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz - UPRI).

Por fim, ele falou sobre a parceria com empresas como alternativa para aumentar o proceasso de ressocialização dos apenados da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz (UPRI) tem funcionado nessa unidade? Foi solicitado que ele comenta-se os resultados alcançados a partir dessa medida.

A parceria tem funcionando dentro das limitações de pessoal e material (Diretor da Unidade Prisional de Ressocialização de Imperatriz - UPRI). No entanto, a pandemia interferiu consideravelmente e comprometeu o bom andamento das atividades laborais realizados no interior da unidade.

Portanto, a implementação de ações, projetos e parceria com empresas, surgiu não só com o fim de resolver o grave problema da superlotação dos presídios, mas também, como forma de deixar o serviço prisional mais humanizado, com relação ao cumprimento da pena, o que, de fato, não ocorre dentro das unidades prisionais brasileiras, pela forma degradante que os presos são tratados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história das prisões constrói-se a cada dia, nesse processo de evolução o sistema prisional se mostra cada vez mais relevante. Verifica-se que esse crescimento carcerário populacional não vem acompanhado de planejamentos. Há, na verdade, uma divergência entreas garantias asseguradas e a sua eficácia. No plano fático são assegurados aos presos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

numerosos direitos baseados em sua constituição biológica, no plano real, como demonstrado na pesquisade campo, o caminho traçado é outro.

Diante da pesquisa bibliográfica, conclui-se que embora o ordenamento jurídico pátrio,especificamente o texto Constitucional, indique que "... a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, conforme previsto em lei" (Art. 5º, inciso XLVIII, CF), o sistema penitenciário brasileiro é singular, inadequado e apresenta inúmeras falhas e pontos obscuros.

É notório que as penitenciárias se encontram superlotadas e sem estrutura, cujo resultadoproduzido pela privação da liberdade não é o mesmo almejado pela Lei, além de provocar maisprejuízos à sociedade na medida em que esses condenados voltarão ao nosso seio sem que nadaou muito pouco tenha sido feito para tentar ressocializá-los enquanto estiveram sob a tutela estatal.

Aqueles que cometeram crimes ilícitos de forma isolada ou pequenos ilícitos são os maisprejudicados, haja vista não terem as autoridades a preocupação de separá-los dos presos considerados mais perigosos, pois tal ambiente leva estes cidadãos que pouco risco oferecem àsociedade a se sujeitarem, na intimidade do cárcere, à sevícias, corrupção e perda paulatina daaptidão para o trabalho, sem falar do abominável estigma que a eles será imposto pela sociedadeque procura se manter distante dos "ex-presidiários".

A reinserção se mostra como um dos temas delicados, pois para que haja o equilíbrio entre a sanção penal e o princípio da dignidade humana é necessário uma mudança extraordinária em todo o sistema penal. Procura-se não apenas meios para ilidir essa questão penitenciária abalada, procura-se por políticas públicas mais eficientes, e por uma sociedade envolvida nos problemas sociais.

Como resultado obtido junto a UPRI em Imperatriz–MA, conclui-se que a maior dificuldade encontrada pela administração da Unidade Prisional de Imperatriz – MA está no recebimento de recursos materiais, como por exemplo, uma tornozeleira eletrônica. Vale ressaltar que em tempos de pandemia, muitas empresas deixaram de atuar dentro do presídio, mas aos poucos as parceiras estão voltando, como também a Pastoral católica e a visita de pastores e outros líderes religiosos.

De acordo com as informações obtidas, entende-se que o trabalho desenvolvido no interior do presídio, não é garantia de que os apenados não voltem a delinquir, pois ocomportamento dos internos pode ser influenciado por terceiros, porém, a condição de reincidência ou não na criminalidade é algo subjetivo, tendo o apenado o poder de escolher o que deve seguir. Certamente, uma mente ocupada com ações e projetos faz com que o apenadotenha uma habilidade e mais expectativas de futuro são gerados

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

quando voltar a liberdade. Todotrabalho dignifica o homem e permite ao mesmo exercer plenamente o direito de cidadania.

REFERÊNCIAS

APPOLINÁRIO, Fábio. **Metodologia da ciência**: filosofia e prática da pesquisa. São Paulo:Thomson, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 17ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Lei nº 7.210, **Lei de Execução Penal**, 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso 15/05/2019.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 15. edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.GIL, A. C. **Metodologia do ensino superior**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. São Paulo: 7ª Edição. Atlas, 2010.

LEAL, César Barros. *Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos*: viagens pelos caminhos da dor. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1. v. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo - SP: Saraiva, 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

MUAKAD, Irene Batista. **Prisão albergue**: reintegração social, substitutivas penais, progressividade do regime e penas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O Crime e a Pena na Atualidade.** 1 ed. São Paulo: Revistas dosTribunais, 1983.

SILVA, Polyanna da. Projetos e ações públicas como instrumento de melhoria ao sistemacarcerário brasileiro. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 2010. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590947&seo=1>. Acesso em: 16 set.2018.

SILVA, Antônio Carlos Ribeiro. **Metodologia da pesquisa**: orientações de estudos, projetos,artigos, relatórios, monografias, dissertações, teses. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUZA, José Alves de. O princípio da dignidade da pessoa humana e o monitoramento eletrônica de presos. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2011.

TEIXEIRA, Elizabeth. **As três metodologias**: acadêmica, da ciência e da pesquisa. 8º Edição.Editora Vozes: São Paulo, 2014.

TRIVIÑOS, Augusto. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa emeducação. São Paulo: Atlas, 1987.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL: A POSSIBILIDADE DE LESÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA POR PARTE DO ESTADO

JOÃO VICTOR MASCARENHAS OLIVEIRA: Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).[82]

DANILO BEZERRA DE CASTRO[83]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo envolve o direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988 como um preceito fundamental e a efetividade durante a pandemia da corona vírus, sob o viés das políticas públicas implementadas pelo Estado. O objetivo geral do trabalho e a problemática relacionam-se as políticas públicas instituídas pelo Estado, que mesmo ofertando à sociedade informações e medidas de isolamento contra a Covid-19, surgem questionamentos em relação a efetivação do direito à saúde para toda população, conforme os parâmetros definidos pelo princípio da dignidade da pessoa. O método utilizado é o dedutivo, com a técnica exploratório-bibliográfica que engloba entendimento doutrinário, jurisprudencial e legislação, para maior embasamento sobre o tema. Conclui-se que o direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal de 1988, e merece ser respeitado para fins da comunidade, por conseguinte, verificou-se que houve lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana por parte do Estado diante da ineficiência das políticas públicas implementadas para o combate a Covid-19.

Palavras-chave: Políticas públicas; Covid-19; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The present study involves the right to health provided for in the Federal Constitution of 1988 as a fundamental precept and effectiveness during the corona virus pandemic, under the bias of public policies implemented by the State. The general objective of the work and the problem are related to public policies instituted by the State, which even offering society information and isolation measures against Covid-19, questions arise regarding the realization of the right to health for the entire population, according to the parameters defined by the principle of the dignity of the person. The method used is the deductive, with the exploratory-bibliographic technique that encompasses doctrinal, jurisprudential and legislation understanding, for a better

82 E-mail: joao2i@hotmail.com

83 Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: danilo@advocaciabezerradecastro.adv.br

foundation on the subject. It is concluded that the right to health is guaranteed by the Federal Constitution of 1988, and deserves to be respected for the purposes of the community, therefore, it was found that there was an injury to the principle of human dignity by the State in the face of the inefficiency of policies public policies implemented to combat Covid-19.

Keywords: Public policies; Covid-19; Dignity of human person.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A PANDEMIA DO CORONA VÍRUS E AS ALTERAÇÕES NO CONTEXTO SOCIAL E JURÍDICO. 3 A SUPREMACIA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL. 4 A POSSIBILIDADE DE LESÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PANDEMIA DO COVID-19. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho aborda o direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988 como premissa fundamental inerente a pessoa humana e sua efetividade durante a pandemia da corona vírus, analisando os efeitos das políticas públicas implementadas pelo Estado como forma de inibição do vírus.

O objetivo geral é analisar se as políticas públicas instituídas pelo Estado no período do Pandemia do Covid-19 promovem a efetivação do direito à saúde para toda população atendendo ao princípio da dignidade da pessoa. Sendo os objetivos específicos: a) identificar as políticas públicas e sua aplicabilidade frente ao cenário da pandemia do Covid-19; b) demonstrar o direito à saúde como uma questão de ordem suprema; e, c) descrever se as políticas públicas implantadas foram eficazes para concretizar a garantia constitucional que é o direito à saúde.

A pesquisa se justifica pela classificação do direito à saúde como direito fundamental previsto na Constituição Federal, que em tempos de crises como a pandemia da Covid-19, merece maior atenção do Estado, pois o indivíduo que não possui uma saúde integra, consequentemente, não usufrui de uma vida digna, o enfermo não tem dignidade para cuidar de si e da prole.

Nesse contexto, a problemática a ser respondida com a pesquisa é: O direito à saúde foi efetivado durante a pandemia do Covid-19 para toda população?

O método utilizado é o dedutivo, com a técnica exploratório-bibliográfica, traçando o entendimento de autores renomados como Daniel Sena, Ingo Sarlet, Ana Flávia Messa, dentre outros, acerca da dignidade da pessoa humana, e o direito à saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O primeiro capitulo versa sobre a origem da corona vírus no contexto mundial, a imersão do vírus no Brasil, exemplificando ainda as Medidas Provisórias, Leis, e Decretos editados no ordenamento brasileiro para contenção da Covid-19, que funcionam como políticas públicas de combate a propagação da doença. O segundo capítulo aborda a saúde como direito inerente ao princípio supremo que é à vida, a qual decorrem todos os outros direitos, adentrando na saúde como premissa de órbita internacional e também no cenário brasileiro como garantia fundamental. Por fim, no terceiro capitulo é analisada a problemática do trabalho, quanto a efetividade ou não das políticas públicas impostas pelo Estado como garantias intrínsecas ao direito à saúde no período pandêmico ante a ameaça de lesão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto exemplificativo, a pesquisa é relevante, diante da carência de artigos científicos ou monografias que analisem as políticas públicas implementadas para o combate aos efeitos da Covid-19, pelo viés do princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, não há dúvidas da necessidade de elaboração desse trabalho, tanto para o campo acadêmico como a sociedade.

2 A PANDEMIA DO CORONA VÍRUS E AS ALTERAÇÕES NO CONTEXTO SOCIAL E JURÍDICO

Este primeiro capítulo é dedicado a abordagem da corona vírus em sentido geral, como a sua origem no âmbito mundial e nacional e implicações na vida cotidiana da população, devido a imposição de medidas sanitárias pelo Estado no ordenamento jurídico brasileiro.

A Covid-19 é uma doença infectocontagiosa causada pela corona vírus (ocasiona ao contaminado sintoma similar a um resfriado). Quanto a origem em contexto mundial, os casos iniciais aos quais se tem conhecimento, surgiram na cidade de Wuhan da China no final de dezembro de 2019. (BRITO *et al*, 2020)

Embora o primeiro caso de corona vírus em humanos tenha ocorrido na década de 1960 e durante muito tempo associado a quadro gripal leve, devido ao surgimento da SARS-CoV em 2002, a corona vírus passou a fazer parte da lista da Organização Mundial da Saúde de potenciais ameaças à saúde do ser humano. (GRÄF, 2020)

As doenças infecciosas afetaram a humanidade no decorrer do processo evolutivo da civilização, como se conta que epidemias tenham atingido o antigo Egito, bem como os impérios Romano e Grego também foram alvos de doenças contagiosas. Durante muito tempo a sociedade interrogou-se sobre a origem dessas doenças, que eram comumente associadas a punições divinas. (SANTOS, 2021)

Voltando para a atualidade, a Covid-19 (nomeada de SARS-COV-2) foi declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020 como uma pandemia (termo utilizado para exprimir a distribuição geográfica do vírus em caráter mundial). (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2022)

Deste modo, a Covid-19 havia rompido as fronteiras da China e os primeiros casos em outros países começaram a ser reportados. Assim, na data de 26 de fevereiro de 2020 é informado o primeiro caso de corona vírus do Brasil (e da América do Sul). A primeira morte em território nacional pela doença ocorreu em 16 de março de 2020. A partir de então, medidas sanitárias para contenção da doença foram implementadas no ordenamento brasileiro, fazendo com que várias pessoas se isolassem em suas residências, emergindo assim, o chamado isolamento social, e em caso de contaminação pelo corona vírus, a pessoa era submetida a uma quarentena (período de isolamento social definido pelo médico). (MARQUES *et al*, 2020)

Com efeito, em 06 de fevereiro de 2020, foi implementada a Lei nº 13.979/2020 que instituiu normas para o enfrentamento da Covid-19 em território nacional, tendo vigência restrita ao estado de calamidade pública. (BRASIL, 2020a])

O Ministério da Saúde apresentou o Plano de Contingência contra a Covid-19. Entretanto, diferentemente de medidas impostas por outros países, o documento não fazia qualquer referência aos direitos humanos e as liberdades individuais pertencentes ao indivíduo desde o seu nascimento, conforme os pilares constitucionais (ASANO *et al*, 2020). Ressalta-se que as garantias e direitos constitucionais direcionados a saúde serão tratados em capítulo específico.

Além disso, ações de ampliação do Sistema Único de Saúde foram tomadas, incluindo intervenções para o aumento da infraestrutura, aumento de pessoal qualificado, orientação para protocolos de saúde e prestação de serviços, com o fulcro de impedir o aumento do número de contaminados. (CIMINI; JULIÃO; SOUZA, 2020)

Frente a isso, o Congresso Nacional decretou Estado de Calamidade Pública em todo o território brasileiro através da edição do Decreto Legislativo nº 06/2020, visando a preservação das atividades do Poder Público e a redução dos impactos na econômica do setor privado. (BRASIL, [2020b])

O Estado de Calamidade Pública é estatuído em situações de crises, mesmo que há anos os hospitais brasileiros já venham sofrendo com episódios de superlotação, a crise instituída pela corona vírus ultrapassou a esfera pública, e atingiu os hospitais particulares. (KANAGUCHI; FELIX, 2020)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, é editada a Medida Provisória nº 926/2020 que alterou Lei nº 13.979/2020, visando simplificar e agilizar as compras públicas, a referida norma permite a dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços destinados ao combate da corona vírus (BRASIL, [2020c]). A Medida Provisória nº 926 foi convertida na Lei Ordinária nº 14.035/2020 (BRASIL, [2020d]).

Em seguida, a Medida Provisória nº 934/2020, sendo transformada em Lei Ordinária nº 14.040/2020, suspendeu a obrigatoriedade de escolas e universidades cumprirem a quantidade mínima de dias letivos em razão da pandemia do Covid-19 (BRASIL, [2020e]). Já a Medida Provisória nº 936/2020 (convertida na Lei nº 14.020/2020) editou o Programa Emergencial destinado a Manutenção do Emprego e Renda, ou seja, o pagamento do auxílio emergencial para aqueles indivíduos que preenchessem os requisitos impostos, instituindo ainda o regime de teletrabalho para serviços não essenciais (BRASIL, [2020f]).

Já a Medida Provisória nº 938/2020, convertida na Lei Ordinária nº 14.041/2020, criou o auxílio financeiro para União, Estados, Municípios e Distrito Federal de até R$ 16 bilhões de reais de modo a evitar grandes impactos econômicos diante da necessidade de isolamento social (BRASIL, [2020g]).

Atualmente, a Medida Provisória nº 1.047/2021 que foi transformada na Lei nº 14.217/2021, é a norma que autoriza a administração pública a fazer compras públicas com dispensa de licitação de insumos, bens e serviços para o combate contra a pandemia do Covid-19. (BRASIL, [2021a], não paginado)

Conforme dito, a corona vírus possui elevado teor de contaminação, em razão disso, medidas tiveram que ser adotadas para o enfretamento da pandemia por partes dos chefes do Poder Executivo (Prefeitos, Governadores, e Presidente da República). De modo a reduzir a superlotação dos hospitais, o isolamento da população de suas funções cotidianas fora implementado. Todavia, essas modificações implicam também em efeitos econômicos para sociedade. (SARLET; ZANETI JÚNIOR, 2020)

Nesse sentido, também há a edição da Medida Provisória nº 966/2020 que dispunha sobre a responsabilidade de agentes públicos por ação ou omissão de atos praticados durante a pandemia do Covid-19. (BRASIL, [2020h])

No entanto, a Medida Provisória nº 966/2020 foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS. ATOS RELACIONADOS À

> PANDEMIA DE COVID-19. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020. DEFERIMENTO PARCIAL DA CAUTELAR. 1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de "erro grosseiro" e de "dolo", com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia. **2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas.** (STF-ADI 6421 MC/DF, Relator: Min. Roberto Barroso, Julgamento: 21/05/2020, Publicação: 12/11/2020, Tribunal Pleno) (Grifo nosso)

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, com base no julgamento acima disposto, a responsabilização civil e criminal dos agentes públicos por ações e omissões durante o enfretamento do Covid-19, devem observar critérios técnicos e científicos estabelecidos por entidades médicas e sanitárias.

Em sede da Emenda Constitucional nº 106, com entrada em vigor a partir de 07 de maio de 2020, instituiu-se o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para o enfrentamento da Covid-19, sendo denominado na Proposta de Emenda à Constituição de "orçamento de guerra". Dentre as medidas impostas por essa Emenda, destaque-se o disposto no artigo 2º da normativa legal:

> Art. 2º Com o propósito exclusivo de enfrentamento do contexto da calamidade e de seus efeitos sociais e econômicos, no seu período de duração, o Poder Executivo federal, no âmbito de suas competências, poderá adotar processos simplificados de contratação de pessoal, em caráter temporário e emergencial, e de obras, serviços e compras que assegurem, quando possível, competição e igualdade de condições a todos os concorrentes, dispensada a observância do § 1º do art. 169 da Constituição Federal na contratação de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, limitada a dispensa às situações de que trata o referido inciso, sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. Nas hipóteses de distribuição de equipamentos e insumos de saúde imprescindíveis ao enfrentamento da calamidade, a União adotará critérios objetivos, devidamente publicados, para a respectiva destinação a Estados e a Municípios.(BRASIL, [2020i], não paginado).

Perante a disposição do artigo 2º da Emenda Constitucional nº 106/2020, com vistas ao enfrentamento de uma situação excepcional como é o caso da pandemia do Covid-19, o Estado autorizou a simplificação de procedimentos para contratação de médicos, enfermeiros, técnicos de enfermagem e demais profissionais que atuaram na linha de frente contra a corona vírus.

Os efeitos drásticos causados pelo rastro de doentes e óbitos em decorrência da corona vírus resultaram na elaboração de uma vacina contra a Covid-19. Os primeiros imunizantes ficaram prontos no final de 2020, diante do grande investimento feito por outros países como China, Estados Unidos, Reino Unido e índia, aliado as pesquisas e aos avanços científicos. (INSTITUTO BUTANTAN, 2020)

Em meados de janeiro de 2021 ocorre a primeira imunização contra a Covid-19 no Brasil, a pessoa a receber a vacina foi uma enfermeira do estado de São Paulo. Atualmente, o Plano Nacional de Imunização contra a Covid-19 no Brasil, conta com quatro imunizantes, a Coronavac, AstraZeneca, Pfizer e Janssen, com aplicação em todo território nacional (NINOMIYA, 2021). O legislador brasileiro foi obrigado a editar a Lei nº 14.125/2021 que dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19, tutelando ainda a aquisição e distribuição dessas vacinas (BRASIL, [2021b], não paginado).

Observa-se ainda que, inúmeras medidas sanitárias foram impostas pelo Estado (Medidas Provisórias que posteriormente foram transformadas em Leis Ordinárias, Emendas Constitucionais e Decretos Legislativos), sendo a maioria para instituir o isolamento social para população e autorizar compras públicas, destinadas a redução de contaminação pela Covid-19.

3 A SUPREMACIA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Neste capitulo será abordado à saúde como um direito e garantia instituído no ordenamento jurídico brasileiro, adentrando ainda na questão da saúde como relevante no cenário mundial, e o direito à saúde como ramificação do direito à vida.

Na órbita internacional o direito a saúde está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humano de 1948, a qual estabelece que:

> Artigo XXV - 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948, não paginado)

Assim, o direito a saúde é indispensável para fruição do direito à vida, com base no estipulado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, visando manter intocável a dignidade da pessoa humana. Seguindo os ideais protetivos a saúde, houve a proclamação do Pacto de San José da Costa Rica em 1969, o seu artigo 4º trata da proteção ao direito à vida, enquanto o artigo 5º que se refere ao direito de integridade pessoal, inclui o direito à saúde dispondo que toda pessoa tem direito a que respeitem sua integridade física, psíquica e moral (STIBORSKI, 2015). Ainda que o Brasil fosse signatário do Pacto de San José da Costa Rica e da Declaração Universal dos Direitos Humanos demorou a tomar providencias legislativas direcionada a proteção do direito à saúde. (STIBORSKI, 2015)

No contexto brasileiro o direito à saúde é uma conquista do movimento Reforma Sanitária que refletiu na criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição Federal de 1988, regido também pela Lei nº 8.080/1990. Vale ponderar que o direito à saúde não se limita apenas ao direito de ser atendido em um hospital, o acesso a serviços de saúde, tem relevância de direito fundamental. (MARTA; ROSTELATO, 2020)

É sabido que a Constituição Federal de 1988 é importante instrumento jurídico, nessa perspectiva, os direitos sociais ganharam maior ênfase após a promulgação da atual Carta Magna, no rol do artigo 6º encontra-se um copilado de direitos sociais básicos, como educação, alimentação, trabalho, transporte, segurança, lazer, proteção a maternidade e à infância, assistência aos desamparados, e por último o enfoque o trabalho que o direito à saúde. (BRASIL, [2021c], não paginado)

O direito à saúde também se encontra previsto no artigo 196 da Carta Constitucional, *in verbis*:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> (BRASIL, [2021c], não paginado).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Como consequência, os direitos sociais são classificados pela doutrina como direitos de segunda geração, tendo como objetivo garantir a igualdade por meio de prestações de natureza positiva em virtude da necessidade de intervenção do Estado para redução das desigualdades sociais, com o investimento de recursos financeiros. (SENA, 2021)

Isto implica dizer ainda que os poderes públicos realizem políticas públicas em detrimento dos cidadãos e em benefício da dignidade destes, especialmente nas políticas públicas direcionadas para a saúde. (BITENCOURT, 2019)

Em resumo, os direitos sociais são poderes de exigir, reivindicar algum direito ao poder público, embora a legislação os regulamente, qualificam-se como norma constitucional de eficácia contida (limitada). (FUTTERLEIB, 2012)

Logo, a saúde tem como garantia constitucional, estabelecido no artigo 196, o acesso universal e igualitário de seus serviços a todo cidadão:

> Para o direito à saúde se fazer efetivo é necessário a criação de políticas públicas, ou seja, um conjunto de atos normativos, devendo ter como objetivo não apenas o tratamento das doenças, mas também a redução de riscos, por meio de serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde de todos. (CORREA, 2016, p. 5)

Por consequência, o direito à saúde está estritamente umbilicado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, sem a tutela adequada ao direito à vida não há como exercer outros direitos dela decorrentes. O direito à vida, é um dever do Estado em assegurar uma vida digna para todos os cidadãos (NUNES JÚNIOR, 2019). O direito à vida é por assim dizer, "o direito de nascer e permanecer vivo, de defender a própria vida e de não ter a vida interrompida, a não ser pela morte natural e inevitável" (MESSA, 2018, p. 389). Sem sombras de dúvidas o direito à vida, pode ser entendido como o mais profundo dos direitos fundamentais, pois é pressuposto de existência humana, estando atrelado ainda ao exercício dos demais direitos previstos no ordenamento brasileiro. (FUTTERLEIB, 2012)

O Título II da Constituição Federal de 1988 trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu primeiro capítulo dispõe sobre a tutela jurídica aos direitos individuais e coletivos. A maioria dos direitos individuais e coletivos estão concentrados no artigo 5º da Constituição (BRASIL, [2021c], não paginado). A vida humana que é projeto do direito assegurado no artigo 5º, integra-se aos elementos materiais e imateriais e se constitui como uma fonte de todos os outros bens jurídicos. (SILVA, 2006)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Dentro do bojo normativo do artigo 5º, o direito à vida se desdobrará em várias normas protetivas, protegendo não somente o direito de estar vido como também a integridade, a moral e a dignidade do indivíduo. Esse direito individual impõe ao Estado o dever de máxima efetividade das normas jurídicas no caso concreto, em prol do coletivo, garantindo uma vida com qualidade para toda população (SENA, 2021).

Nessa conjuntura, é necessário colacionar julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que consolidam o direito à saúde como ordem suprema interligada ao direito à vida:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATOS DO PODER PÚBLICO. RESTRIÇÃO À DIVULGAÇÃO DE DADOS RELACIONADOS À COVID-19. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA DIVULGAÇÃO DIÁRIA DOS DADOS EPIDEMIOLÓGICOS RELATIVOS À PANDEMIA. MEDIDAS CAUTELARES REFERENDADAS. 1**. ALÉM DE PREVER A SAÚDE COMO DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, GARANTINDO SUA UNIVERSALIDADE E IGUALDADE NO ACESSO ÀS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 CONSAGROU EXPRESSAMENTE O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE COMO UM DOS VETORES IMPRESCINDÍVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONFERINDO-LHE ABSOLUTA PRIORIDADE NA GESTÃO ADMINISTRATIVA E GARANTINDO PLENO ACESSO ÀS INFORMAÇÕES A TODA A SOCIEDADE**. (STF-ADPF 690 MC/DF, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento: 23/11/2020, Publicação: 19/03/2021, Tribunal Pleno) (Grifo nosso)

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE. **1. A SAÚDE É DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS E DEVER DO ESTADO (ARTS. 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). DEVER QUE É CUMPRIDO POR MEIO DE AÇÕES E SERVIÇOS QUE, EM FACE DE SUA PRESTAÇÃO PELO ESTADO MESMO, SE DEFINEM COMO DE NATUREZA PÚBLICA (ART. 197 DA LEI DAS LEIS).** (STF-RE 580264/RS, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Julgamento: 16/12/2010, Publicação: 06/10/2011, Tribunal Pleno). (Grifo nosso)

É nítida a proteção constitucional e jurisprudencial do direito à saúde no ordenamento brasileiro. Desta forma, o direito à saúde é derivado do direito supremo de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

existência que é à vida a uma existência digna, com assistência social e lazer, pertencente aos chamados direitos de segunda geração.

Com o novo cenário da saúde brasileira, imersa na problemática da Covid-19 ocorreu a discussão da supremacia da saúde pública e consequentemente do direito à vida com os demais direitos, dentre estes a liberdade de locomoção. A restrição do direito de ir e vir do cidadão foi limitada conforme os ditames do interesse público, ou seja, prevalecia de direitos coletivos sobre os direitos individuais, todas as medidas impostas tinham como objetivo a efetivação do interesse público, especialmente no que corresponde a salvaguarda do direito à saúde previsto na Constituição Federal como dever do Estado e direito de todos, garantindo ao mesmo universalidade e igualdade. (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020).

Nesta senda, diversos direitos fundamentais foram limitados, pois poderiam convergir com o direito à saúde e consequentemente no direito à vida. Cabe destacar que os direitos, mesmo que sobre uma ordem fundamental não são absolutos. Tornou-se recorrente a premissa dos direitos fundamentais como direitos que podem sofre limitações, não sendo assim absolutos quando enfrentam outros direitos de órbita constitucional, inclusive aqueles considerados também como fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2021)

Em situações de emergência como é o caso da pandemia do Covid-19, o Estado tem seus poderes ampliados, podendo até mesmo suspender direitos e impor outros destinados a proteção de um bem coletivo, principalmente na ausência de normas especificas que tratem sobre a matéria. (SERRANO, 2020 apud LIMA; ARAÚJO; SOTTILI, 2020)

Conforme já explanado no capítulo anterior, a Portaria do Ministério da Saúde nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, declarou o estado de emergência em saúde pública como questão de importância nacional em razão da Covid-19 constitucionais (ASANO et al, 2020). Do mesmo modo, a Lei nº 13.979/2020 dispôs sobre as medidas de enfrentamento da pandemia como o isolamento social e outras determinações. (BRASIL, [2020c])

Todavia, o direito à saúde deve gozar de proteção legal e administrativa, para que possa produzir efeitos e ser capaz de enfrentar os liames que decorrem de sua proteção integral e universal e deste modo promova uma aplicação eficiente e igualitária aos que dela precisarem, sendo capaz ainda de incorporar os objetivos descritos na Constituição Federal. (CASIMIRO; SOUZA, 2020)

Diante do cenário da Covid-19 que provocou um período de excepcionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, medidas excepcionais foram instituídas visando a redução da contaminação pela corona vírus que podem ser consideradas políticas públicas, resta

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

saber se as mesmas tiveram a eficácia perante a proteção do direito à saúde, como será analisado no capítulo a seguir.

4 A POSSIBILIDADE DE LESÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE A OMISSÃO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA PANDEMIA DO COVID-19

No primeiro capítulo abordou-se os aspectos introdutórios acerca da origem da Covid-19, à chegada do vírus ao Brasil e as medidas tomadas pelo ordenamento para contenção do vírus. Em seguida. No segundo capítulo, discorreu-se sobre as tratativas envolvendo a tutela jurídica do direito à saúde no Brasil como premissa fundamental que deve ser efetivada por parte do Estado. Por fim, neste capítulo será analisado a efetivação das políticas públicas editadas pelo Estado em prol do direito à saúde em tempos de pandemia do Covid-19 e a possibilidade de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Antes de discorrer sobre um assunto, é necessário entender seu conceito e características, bem como a importância do mesmo dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expresso no texto na Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> (BRASIL, [2021c], não paginado).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, é definido perante a Constituição Federal de 1988 como um dos Princípios Fundamentais Da República Federativa do Brasil. (BRASIL, [2021c], não paginado)

A dignidade da pessoa humana, trata-se na verdade de fonte de todos os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, decorrente do direito à vida, pois o ser humano é titular de direito e garantias. (NUNES JÚNIOR, 2019)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O princípio da dignidade da pessoa humana é conhecido como um o mais importante princípio constitucional, ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios e por via de consequência, a dignidade. (NUNES, 2018)

Dessa forma, o princípio em comento está atrelado ao copilado de direitos inerentes ao ser humano desde o seu nascimento, isto quer dizer que a dignidade da pessoa humana deve ser valorada, ter qualidade, sendo irrestrita e cabe ao Estado provê-la para toda população (BARBOSA, 2019).

Finalizando essa breve contextualização do princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, cita-se:

> A Constituição de 1988 plasmou, a guisa de fundamento da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana enquanto instrumento de subsídio para a consecução do direito à saúde, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primordial da ordem jurídica. Firmado enquanto fundamental princípio cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção, destacando-se aqui o Direito à Saúde (MARTINI; STURZA, 2017, p. 38).

Na visão do autor, falar em saúde é sinônimo de reconhecer a dignidade da pessoa humana, e remete a ideia de implementação da consolidação dos direitos das pessoas enquanto seres humanos, dignos de exercer seus direitos civis, políticos e sociais, onde se encontram o direito à vida e à saúde. (MARTINI; STURZA, 2017)

Logo, dentre os preceitos estabelecidos na Constituição está o direito de todos os cidadãos brasileiros de terem acesso à saúde pública de qualidade, sendo o Estado responsável pela implementação de políticas públicas eficazes na promoção da saúde pública. (CORREA, 2016)

Além disso, conforme visto no primeiro capítulo diversas políticas públicas foram implementadas no ordenamento brasileiro em prol da contenção da pandemia do Covid-19, como Medidas Provisórias, Leis Ordinárias, Emendas Constitucionais e Decretos Legislativos, cuja a maioria impunha o isolamento social. Em contrapartida, houveram situações prejudiciais a promoção da saúde por parte do Estado. Frente as omissões do Estado, está a responsabilidade sobre a vacinação contra a Covid-19. O Poder Público é

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

responsável pelas ações envolvendo a saúde, na medida em que a Constituição Federal de 1988 fala em atuação nas ações e no serviço públicos de saúde, de modo a diferenciar da iniciativa privada. (ROMANO, 2021)

Vale ressaltar que o contemporâneo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, manifestou descrença na eficácia das vacinas contra a Covid-19 e nos seus efeitos colaterais. Atualmente, é permitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária a aplicação no território brasileiro das vacinas da Coronavac produzida pelo Instituto Butantan, Pfizer do laboratório da Pfizer/BioNTeck, AstraZeneca produzida pela Fiocruz em acordo com Universidade de Oxford, e a Janssen do laboratório Johnson e Johnson. (FIOCRUZ, 2021)

Em sentido contrário, a Organização Mundial da Saúde (OMS) garante que as vacinas foram testadas em grande escala antes de serem aplicadas nos seres humanos, tendo elevado grau de confiabilidade, embora algumas pessoas provoquem questionamentos quanto a sua eficácia e os efeitos adversos. No Brasil, a responsabilidades pelos efeitos adversos da vacina é regulamentada pela Lei nº 14.125/2021. (AMARANTE, 2021)

Outro embate relaciona a Covid-19 é a responsabilidade do Estado acerca da saúde pública no Brasil, como cita os casos da falta de respiradores no Acre, ocorridos no começo de 2021. Devido ao número insuficiente de leitos de Unidade de Terapia Intensiva e de respiradores, as equipes médicas acabaram obrigadas a optar por pacientes com prioridade (que não tenham nenhuma doença preexistente), tendo em vista que não há protocolos definidos pelo Ministério da Saúde de como agir nesses casos. (SUAREZ, 2020)

É evidente a existência de corrupção frente a questão da saúde pública brasileira ante a pandemia do Covid-19. Diversas notícias veiculadas apontam inúmeras operações do Ministério Público, da Policia Federal e dos Tribunais de Contas para investigação de irregularidades em operações e contratos pactuados entre a Administração Pública e particulares, eivados de possíveis vícios de nulidade, diante do superfaturamento de compras públicas. (ARAÚJO; LUCAS, 2020)

Observou-se ainda, que no período de pico da pandemia do Covid-19, houve completa desarmonia entre os chefes do Poder Executivo: Prefeitos, Governadores e o Presidente da República. Outro destaque foram as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, insurgindo batalhas judiciais sobre a matéria que revelam a falta de gestão da crise sanitária e econômica, tornando as políticas públicas ineficientes (BOSELLI; SANTOS, 2020). Embora conste na lista da Organização Mundial da Saúde o distanciamento social como medida suprema contra a Covid-19, no Brasil este elemento é caracterizado como um entrave nas batalhas entre os Poderes Executivo e Judiciário (OLIVEIRA; PIRES, 2021)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A atuação do Poder Judiciário como garantidor do direito de acesso à saúde de qualidade e digna, enfrenta controvérsias, tendo em vista que esta incumbência deveria ser promovida pelo Poder Público por meio da implementação de políticas públicas de incentivo a construção de unidades hospitalares, um maior fornecimento de exames, consultas e medicamentos, para toda população. (SANTOS, 2018)

A judicialização do direito à saúde é resultado da omissão do Poder Público (o Estado) ante a falta de acesso facilitado ou ausência de serviços de saúde, não restando outra alternativa além de reivindicar tais direitos perante o Poder Judiciário. (SOARES, 2017)

Por consequência, o investimento em saúde pública (criação e implementação de políticas públicas voltadas à saúde) é uma das melhores formas que coibir a futura ação judicial que desestabilize as contas públicas, uma vez que o Estado conta com um sistema de saúde despreparado para gerenciamento de crises, ao fortalecer a saúde pública, o Estado tornará efetivo o previsto na Constituição Federal. Nessa linha de defesa, as políticas públicas direcionadas a saúde irão se esquematizar melhor, inibindo possíveis ataques epidêmicos que possam driblar as orientações estatais. (SELES; ROSA; RODRIGUES, 2021)

De certo, a crise provocada pela corona vírus apenas amplificou anos de superlotação hospitalar e má prestação da saúde pública, agravando ainda mais a questão da judicialização da saúde.

Como política pública inserida no ordenamento em decorrência da corona vírus, está a Lei nº 13.979/2020 que pode ser enumerada como uma garantia do direito à vida e à saúde pública em tempos de pandemia do Covid-19:

> Foi editada a lei 13.979/2020 como forma de combate ao vírus e de proteção ao direito a saúde e a vida, estabelecendo o isolamento, quarentena e a realização de exames para combate a pandemia. A lei mudou a rotina da vida dos brasileiros e da saúde pública, levando ao judiciário ações para resolver as questões relativa à saúde pública. É importante entender a lei, como forma de garantia de vida e saúde, mas também para evitar que se tenha a saturação da saúde, mas também como uma forma de garantir o acesso do cidadão e de quem precisa a saúde (SALES, 2020, não paginado).

Conforme a mencionada autora, infelizmente, a luta contra a corona vírus no Brasil, vai além de fatores interligados a doença em si, interfere também no sistema políticos, com o comprometimento das políticas públicas e trocas de farpas ideológicas entre governos federal, estadual, e municipal que refletem exclusivamente no sistema de saúde pública, matando vidas juntamente com a propagação do vírus (SALES, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O diálogo entres os chefes do Poder Executivo é essencial para efetivação do interesse público, visando a efetivação de mecanismo de execução de políticas públicas, devendo estas serem guiadas pelos preceitos constitucionais da racionalidade e da priorização dos direitos fundamentais. Além do mais, tem-se que durante o período de elevado número de contaminações, houve o direcionamento dos recursos da saúde para outras coisas ou até mesmo desvio de dinheiro, ante a ausência de fiscalização pela faculdade do Poder Público em realizar processo licitatório para realizar compras públicas direcionadas ao combate da corona vírus. (SANTOS, 2020)

Assim, o Estado tem o dever de assegurar a saúde de todos que dela necessitam, viabilizando a construção de uma garantia segura, almejando o bem-estar social. Quanto a omissão do Estado na efetivação deste direito, não há que se falar em desrespeito a tripartição de poderes, o Poder Judiciário adentra na questão como mero garantidor de um direito já inerente ao ser humano desde sua concepção. (CORREA, 2016)

Verifica-se que embora tenham sido implementadas diversas políticas públicas para enfretamento da corona vírus no Brasil, as mesmas não resultaram nos efeitos para os quais foram criadas, acarretando na ineficiência do Estado como garantidor da saúde pública prevista no bojo da Constituição Federal de 1988. Com isso, há possibilidade de lesão a preceito fundamental, no presente caso, o princípio da dignidade da pessoa humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da situação de calamidade pública que todo o mundo vinha enfrentando, e com o avanço assustador da Covid-19 no Brasil, as pessoas tiveram que paralisar suas vidas, ficando trancadas dentro de suas próprias casas, sem ao menos ter momentos de lazer. Assim, o governo brasileiro viu a necessidade de implementação de políticas públicas para que a população tivesse acesso a saúde, com a finalidade de reduzir o estresse causado pela tensão da corona vírus.

Desta forma, à saúde constitui um direito de todo o cidadão e um dever do Estado, devendo este estar plenamente integrado às políticas governamentais, sendo de maior importância a efetivação do direito à saúde, pois é garantidor do direito à vida. Vale ressaltar que, a saúde sendo um direito público subjetivo representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à todas as pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) e se traduz como uma exigência quando se analisa o princípio da dignidade humana. Tendo em vista que o próprio texto constitucional, ao mencionar saúde pública, lembra-se do papel do governo, seus poderes e deveres na ocorrência da pandemia do Covid-19. Discutiu-se que o governo tomou providências para acelerar as medidas de combate ao vírus e implementou medidas de formas estratégicas para promover políticas públicas na saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, direitos fundamentais foram limitados, considerando a supremacia da saúde no ordenamento pátrio, em decorrência da Covid-19, houve a restrição de direitos individuais em detrimento dos direitos coletivos, dentre estes a liberdade de locomoção (direito de ir e vir), com base na efetivação do interesse público, tendo em vista que o direito à saúde é dever do Estado e direito de todos os cidadãos brasileiros, intrínseco ao direito à vida. Em situações de emergência em saúde pública, como é o caso da pandemia da Covid-19, o Estado poder suspender direitos individuais e impor outras garantias em prol da proteção de um bem coletivo.

Constatou-se que a saúde é o componente da vida que está ligada a dignidade da pessoa humana, desse modo é possível dizer que o direito à vida e a saúde estão correlacionados com a dignidade humana, desta maneira, como tal deve ser respeitado e efetivado pelo Estado sob pena de serem acionados os meios judiciais.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser interpretado como uma garantia das necessidades primordiais de cada indivíduo. É um direito fundamental abrangido pelo Estado Democrático de Direito e possui amparo no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Entretanto, a dignidade da pessoa humana não se estende apenas ao acesso à educação, lazer, moradia e saúde, mas também abrange as inúmeras formas de liberdade, como exemplo, temos o emprego, a política entre outros. Por fim, é de grande importância que o legislador usufrua da interpretação das leis para operar o direito da maneira cabível no caso concreto.

Assim, o direito a saúde, é de extrema importância para a vivência dos indivíduos em sociedade, pois uma população cuidada através das políticas públicas desenvolvidas pelo governo, só tem a ganhar uma melhor qualidade de vida.

Apesar dos percalços pelo caminho, o Estado tentou desempenhar seu papel com notório saber, conforme estabelece a Constituição, o sistema nacional de saúde no Brasil, mesmo com a existência de algumas deficiências, editou as políticas públicas para combater a Covid-19.

Conclui-se, que mesmo com a instituição de políticas públicas direcionadas a saúde no Brasil, observou-se que houve omissão do governo na aquisição de materiais, vacinas, má distribuição de recursos com direcionamento para outras áreas ou até mesmo desvio de dinheiro da saúde, além de ausência de fiscalização de procedimentos com dispensa de licitação.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Suely. **Mitos e verdades sobre a vacina contra a Covid-19.** Fundação Oswaldo Cruz, em 08 de junho de 2021. Disponível em:

http://www.iff.fiocruz.br/index.php/8-noticias/756-mitoseverdadescovid19. Acesso em: **22 mar. 2022.**

ARAUJO, Inaldo Da Paixão Santos; LUCAS, Elisa Dias. **Corrupção e covid-19.** Instituto Rui Barbosa, Brasília, 15 jun. 2020. Disponível em: https://irbcontas.org.br/artigo/corrupcao-e-covid-19/. Acesso em: 29 mar. 2022.

ASANO, André Lissa; Ventura, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamara; REIS, Rossana Rocha; RIBEIRO, Tatiane Bomfim. Boletim n. 10. **Direitos na Pandemia.** Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à covid-19 no Brasil. São Paulo, 20 de janeiro de 2021. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2021/01/boletim-direitos-na-pandemia.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

BARBOSA, Carlos de Corrêa. **Há dignidade da pessoa humana no SUS.** Jusbrasil, 2019. Disponível em: https://cracb01.jusbrasil.com.br/artigos/732565627/ha-dignidade-da-pessoa-humana-no-sus#:~:text=O%20Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20e%20a%20Dignidade%20da%20Pessoa%20Humana.&text=O%20Princ%C3%ADpio%20da%20Dignidade%20Humana,%2Dla%20e%20assegur%C3%A1%2Dla. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 04 jun. 2021.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020.** Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2020a]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Brasília, DF: Senado Federal, [2020b]. Não

paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020.** Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.035, de 11 de agosto de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para a aquisição ou contratação de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, [2020d]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Medida provisória nº 934, de** 1º **de abril de 2020.** Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020e]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv934.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.040, de 18 de agosto de 2020**. Estabelece normas educacionais excepcionais a serem adotadas durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020; e altera a Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Brasília, DF: Presidência da República, [2020e]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14040.htm#view. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. **Medida provisória nº 936, de** 1º **de abril de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020f]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis n os 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020f]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Medida provisória nº 938, de 2 de abril de 2020.** Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos entes federativos que recebem recursos do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (**covid-19**). Brasília, DF: Presidência da República, [2020g]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv938.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.041, de 18 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a prestação de apoio financeiro pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios com o objetivo de mitigar as dificuldades financeiras decorrentes do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, [2020g]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14041.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20presta%C3%A7%C3%A3o%20de,de%20sa%C3%BAde%20p%C3%BAblica%20de%20import%C3%A2ncia. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Medida provisória nº 1.047, de 3 de maio de 2021.** Dispõe sobre as medidas excepcionais para a aquisição de bens e a contratação de serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia da **covid-19**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1047.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.217, de 13 de outubro de 2021.** Dispõe sobre medidas excepcionais para a aquisição de bens e de insumos e para a contratação de serviços, inclusive de engenharia, destinados ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. Brasília, DF:

Presidência da República, [2021a]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14217.htm. Acesso em: 23 fev. 2022.

BRASIL. **Medida provisória nº 966, de 13 de maio de 2020.** Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da **covid-19**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020h]. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm. Acesso em: 22 fev. 2022

BRASIL. **Lei nº 14.125, de 10 de março de 2021.** Dispõe sobre a responsabilidade civil relativa a eventos adversos pós-vacinação contra a Covid-19 e sobre a aquisição e distribuição de vacinas por pessoas jurídicas de direito privado. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Não paginado. **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm**. Acesso em: 22 fev. 2022.**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6421- Distrito Federal.** Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Roberto Barroso, 201 de maio de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 12 de novembro de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436268/false. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 690 - Distrito Federal.** Requerentes: Rede Sustentabilidade, Partido Socialismo E Liberdade (P-Sol), Partido Comunista Do Brasil. Relator(a): Min. Alexandre De Moraes, 23 de novembro de 2020. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 19 de março de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur442588/false. Acesso em: 11 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário nº 580264 - Rio Grande do Sul. Recorrente: Hospital Nossa Senhora Da Conceição S/A, Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, 16 de dezembro de 2010. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 06 de outubro de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199639/false. Acesso em: 11 mar. 2022.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Direito constitucional:** teoria e prática. São Paulo: Rideel, 2019.

BRITO, Flávio Breno Pires; BRAGA, Isaque Oliveira; CUNHA, Carolina Coelho; PALÁCIO, Maria Augusta Vasconcelos; TAKENAMI, Iukary. Pandemia da Covid-19: o maior desafio do século XXI. **Revista Vigilância Sanitária em Bebate, Sociedade, Ciência e**

Tecnologia. 2020; 8(2): 54-63. Disponível em: https://doi.org/10.22239/2317-269x.01531. Acesso em: 22 fev. 2022.

BOSELLI, André; SANTOS, Rafa. Epidemia da Covid-19 obriga Justiça a mediar batalha por respiradores

Revista Consultor Jurídico, 30 de março de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/pandemia-obriga-justica-mediar-batalha-respiradores. Acesso em: 29 mar. 2022.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo; SOUSA, Thanderson Pereira. A tutela do direito à saúde pela Administração Pública: delineando o conceito de tutela administrativa sanitária. Revista de Investigações Constitucionais, v. 7, n. 2. May-Aug, 2020. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71320. Acesso em: 05 mar. 2022.

CIMINI, Fernanda; JULIÃO, Nayara; SOUZA, Aline. **A estratégia brasileira de combate à covid-19:** como o vácuo de liderança minimiza os efeitos das políticas públicas já implementadas. Observatório de Política e Gestão Hospitalar, 2020. Disponível em: https://observatoriohospitalar.fiocruz.br/conteudo-interno/estrategia-brasileira-de-combate-covid-19-como-o-vacuo-de-lideranca-minimiza-os#:~:text=Uma%20semana%20depois%2C%20pol%C3%ADticas%20importantes,a%C3%A7%C3%B5es%20estrat%C3%A9gicas%20para%20impedir%20a. Acesso em: 23 fev. 2022.

CORREA, Karina Ambrozio. **Direito à saúde: a responsabilidade do estado e a judicialização da saúde.** Facnopar, 14 março de 2016. Disponível em: https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2017-06-14-14974729091845.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

FIOCRUZ - FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Vacina covid-19 Fiocruz tem eficácia geral de 82%.** Texto atualizado em 03 de junho de 2021**. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/noticia/vacina-covid-19-fiocruz-tem-eficacia-geral-de-82. Acesso em: 22 mar. 2022.**

FUTTERLEIB, Ligia Leindecker. **Fundamentos do direto constitucional.** Curitiba: Saberes, 2012.

GRÄF, Tiago. **Diversidade dos coronavírus, origem e evolução do SARS-COV-2.** In: BARRAL-NETTO, M.; BARRETO, M. L.; PINTO JUNIOR, E. P.; ARAGÃO, E. (org.). Construção de conhecimento no curso da pandemia de COVID-19: aspectos biomédicos, clínico-assistenciais, epidemiológicos e sociais. Salvador: Edufba, 2020. v. 1. Disponível em: https:// doi.org/10.9771/9786556300443.001. Acesso em: 20 fev. 2022.

INSTITUTO BUTANTAN. **A velocidade com que foi criada a vacina da Covid-19 é motivo de preocupação?** especialista do Butantan responde. Publicado em 2020. Disponível em: https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/a-velocidade-com-que-foi-criada-a-vacina-da-covid-19-e-motivo-de-preocupacao-especialista-do-butantan-responde#:~:text=A%20ci%C3%AAncia%20correu%20para%20criar,bra%C3%A7os%20das%20pessoas%20em%20meses. Acesso em: 23 fev. 2022.

KANAGUCHI, Lucas Iosicazo; FELIX, Rafael. Estados de exceção e o covid-19: estado de sítio, estado de defesa, calamidade pública e estado de emergência. Publicado em 27 de março de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/constituicao-na-escola/322829/estados-de-excecao-e-o-covid-19-estado-de-sitio-estado-de-defesa-calamidade-publica-e-estado-de-emergencia. Acesso em: 23 fev. 2022.

LIMA, Amanda Carolina Ferreira; ARAÚJO, Fabiane da Silva; SOTTILI, Luciana Adélia. Colisão de direitos fundamentais durante a pandemia causada pela covid-19. **Revista Eletrônica da ESA/RO**, 01 de agosto de 2020. Disponível em: https://revistaesa.oab-ro.org.br/gerenciador/data/uploads/2020/10/Amanda-Carolina-Ferreira-de-Lima_Fabiane-da-Silva-Arau%CC%81jo_Luciana-a.-Sottili.pdf. Acesso em: 08 mar. 2022.

MARQUES, Rita de Cassia; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres; PIMENTA, Denise Nacif. **A pandemia de covid-19 e desafios para história da saúde e do tempo presente.** Coleção História Do Tempo Presente: Volume III, 2020. Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid-19_intersecoes-e-desafios-para-a-historia-da-saude-e-do-tempo-presente.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022.

MARTA, Taís Nader; ROSTELATO, Telma Aparecida. **Direito à saúde coletiva versus dever individual: qual é o limite da obrigação estatal.** Âmbito Jurídico, em 1 de maio de 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direito-a-saude-coletiva-versus-dever-individual-qual-e-o-limite-da-obrigacao-estatal/#:~:text=No%20contexto%20brasileiro%2C%20o%20direito,e%20econ%C3%B4micas%20que%20visem%20%C3%A0. Acesso em: 05 mar. 2022.

MARTINI, Sandra Regina; STURZA, Janaina Machado. A dignidade humana enquanto princípio de proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais: o direito à saúde. **Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanit.,** Brasília, 6(2):25-41, abr./jun, 2017. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/367/453. Acesso em: 29 mar. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

MELLO, Cecilia; GERVITZ, Luiza; FERREIRA, Maria Amélia. Direito à saúde prevalece sobre direito de ir e vir em tempos de Covid-19. **Revista Consultor Jurídico,** 22 de abril de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/opiniao-direito-saude-prevalece-ir-vir. Acesso em: 10 mar. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MESSA, Ana Flávia. **Direito constitucional.** 5. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

NINOMIYA, Vitor Yukio. **Vacinação covid-19:** variante delta e as vacinas no Brasil. Secretaria do Estado de Saúde de Minas Gerais, 09 de setembro de 2021. Disponível em: https://coronavirus.saude.mg.gov.br/blog/335-vacinacao-covid-19-variante-delta-e-as-vacinas-no-brasil. Acesso em: 23 fev. 2022.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Nelson; PIRES, Yolanda. Falta de normas claras e de ações coordenadas para distanciamento social prejudica combate à covid. **Agência Senado,** 09 de abril de 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/04/falta-de-normas-claras-e-de-acoes-coordenadas-para-distanciamento-social-prejudica-combate-a-covid. Acesso em: 22 fev. 2022.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos (1948).** Não paginado. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm#:~:text=Toda%20pessoa%20tem%20direito%20a%20um%20padr%C3%A3o%20de%20vida%20capaz,casos%20de%20perda%20dos%20meios. Acesso em: 08 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da pandemia de Covid-19.** Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19. Acesso em: 19 fev. 2022.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A vacinação e a responsabilidade civil do Estado**. Jusbrasil, 2021. Disponível em: https://rogeriotadeuromano.jusbrasil.com.br/artigos/1108209279/a-vacinacao-e-a-responsabilidade-civil-do-estado. Acesso em: 29 mar. 2022.

SALES, Ana Paula Dias Messias. **A Lei nº 13.979/2020:** uma garantia do direito à vida e a saúde pública em tempos de covid-19. Âmbito Jurídico, 01 de julho de 2020. Disponível

em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-lei-13-979-29-uma-garantia-do-direito-a-vida-e-a-saude-publica-em-tempos-de-covid-19/ . Acesso em: 29 mar. 2022.

SANTOS, Fernanda Marinela Sousa. **Conflitos de competência na execução das políticas públicas de saúde em tempos de covid-19.** Conselho Nacional do Ministério Público. Revista de direito sanitário da Comissão da Saúde: saúde e Ministério Público: desafios e perspectivas, n. 1 / Conselho Nacional do Ministério Público; Sandra Krieger Gonçalves (org.). Brasília: CNMP, 2020.

SANTOS, Marcella Lobo Arruda de Oliveira. **Judicialização da saúde**: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-marcella-lobo-arruda-de-oliveira-santos. Acesso em: 29 mar. 2022.

SANTOS, Daniela da Cunha. O direito à saúde em tempos de pandemia: os desafios e as perspectivas no âmbito da saúde e da economia. **Revista Cientifica Intr@cieência,** Edição 21 maio/junho 2021. Disponível em: https://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20210618131053.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

SANTOS, Vanessa Prado. O desafio da pandemia da COVID-19: o que podemos aprender com a história?. **Jornal Vascular Brasileiro,** 2021; 20: e 20200209. Disponível em: https://www.scielo.br/j/jvb/a/nVYtC3TRh5BNrpmzXHFCTZw/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 22 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZANETI JUNIOR, Hermes. Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e Justiça.
Revista **Consultor Jurídico,** 5 de abril de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii. Acesso em: 20 fev. 2022.

SELES, Alan César. ROSA, Daniel Ribeiro. RODRIGUES, Welthon Cunha**. Direito à saúde: uma elucidação do processo de judicialização da saúde pública no brasil. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento.** Ano 06, Ed. 02, Vol. 05, pp. 05-22. Fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/elucidacao-do-processo. Acesso em: 20 mar. 2022.

SENA, Daniel. **Direito constitucional.** 1. ed. São Paulo: Rideel, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 26. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores Ltda., 2006.

STIBORSKI, Bruno Prange. **Direto à saúde – breve análise.** Jusbrasil, publicado em 2015. Disponível em: https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197456394/direito-a-saude-breve-analise. Acesso em: 10 mar. 2022.

SOARES, Andressa dos Anjos. Direito à saúde, escassez e judicialização: uma tríade de paradoxos. - João Pessoa, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/3053/1/AAS_CGMV30102017.pdf. Acesso em: 28 mar. 2022.

SUAREZ, Joana. **Dois doentes, um respirador e um médico para decidir.** A-Pública - Agência de Jornalismo Investigativo, 22 de abril de 2020. Disponível em: https://apublica.org/2020/04/dois-doentes-um-respirador-e-um-medico-para-decidir/. Acesso em: 29 mar. 2022.

Conforme a NBR 6023:2000 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto cientifico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma: OLIVEIRA, João Victor Mascarenhas; CASTRO, Danilo Bezerra. *A EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE EM TEMPOS DE PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL: a possibilidade de lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana por parte do Estado.* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 abr. 2022. Disponível em: Acesso em: 19 abr. 2022.

www.conteudojuridico.com.br

ATUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE NO ATENDIMENTO DE URGÊNCIA NA ATENÇÃO BÁSICA

CRISTIANE DE AZEVEDO CARSTENS: Bacharel em Direito. Pós-graduada em Auditoria em Enfermagem e Saúde Coletiva.

MARIA JOSÉ GUIMARÃES LOBO

(orientadora)

RESUMO: Objetivo: Avaliar a importância dos profissionais de saúde e a sua atuação frente a uma situação de urgência na Atenção Básica, bem como as facilidades e dificuldades nessa atuação. **Metodologia:** Esta pesquisa caracteriza-se como uma revisão bibliográfica do tipo integrativa (RIL), método de pesquisa apontado como ferramenta de grande relevância no campo da saúde por proporcionar a busca, a avaliação crítica e a síntese de evidências sobre um tema não investigado. **Resultados e Discussão:** No grupo de profissionais, alguns informam que já realizaram treinamento prévio. Tornando natural a interpretação de que a capacitação não teria impacto sobre o desempenho dos profissionais. Não foram investigadas as condições de capacitação prévia, as técnicas utilizadas, ou o tempo decorrido desde a última capacitação. Todas essas variáveis interferem na retenção de conhecimentos e habilidades. **Considerações Finais:** Conclui-se que embora os profissionais de saúde realizem o melhor que possam ofertar dentro do serviço, ainda há uma carência no estímulo aos trabalhadores, onde a oferta da capacitação profissional no âmbito da urgência ainda é inexistente, o que seria excepcional para a melhora na prestação do serviço desses profissionais

PALAVRA CHAVES: Atenção Básica; profissionais de saúde; urgência.

ABSTRACT: Objective: To evaluate the importance of health professionals and their actions in the face of an emergency situation in Primary Care, as well as the facilities and difficulties in this performance**. Methodology:** This research is characterized as an integrative literature review (RIL), a research method pointed out as a tool of great relevance in the health field for providing the search, critical evaluation and synthesis of evidence on an uninvestigated theme. **Results and Discussion**: In the group of professionals, some report that they have already undergone previous training. Making it natural to interpret that training would not have an impact on the performance of professionals. The conditions of prior training, the techniques used, or the time elapsed since the last training were not investigated. All these variables interfere in the retention of knowledge and skills. **Final Considerations:** It is concluded that although health professionals perform the best they can offer within the service, there is still a lack in

encouraging workers, where the provision of professional training in the context of urgency is still non-existent, which would be exceptional for the improvement in the provision of the service of these professionals.

KEYWORDS: Primary Care; health professionals; Urgency**.**

1. INTRODUÇÃO

A Atenção Básica caracteriza-se por um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde coletivamente (SILVA, 2016).

A APS, caracterizada como ordenadora do cuidado, organiza e racionaliza o uso de todos os recursos básicos e especializados direcionados para a promoção, manutenção e melhora da saúde. Assim, as dificuldades começam com uma APS voltada prioritariamente para atendimentos programáticos, em detrimento ao acolhimento e atendimento das pessoas acometidas por quadros agudos de baixa complexidade (PERES et al., 2018).

Uma Unidade de Atenção Básica que tenha uma equipe com ações planejadas poderia ser capaz de oferecer atendimento nas ocorrências de urgência, seguindo o nível de complexidade suportado. Entende-se que quando a atenção à saúde do indivíduo deve ser o objetivo principal da assistência pública, o atendimento das urgências não pode ter função apenas das Unidades Hospitalares, mas sim compartilhada com os demais setores que compõe o SUS, incluindo a Atenção Básica (GARCIA, 2019).

Além disso, as Unidades precisam estar organizadas com área física e materiais adequados para os atendimentos de urgência, como, também, amparadas com fluxos e protocolos de encaminhamentos para os demais níveis de complexidade. Em detrimento dessa necessidade, enfatiza-se a respeito da formação insuficiente e o despreparo dos profissionais da Atenção Básica para atuar frente às urgências, ressaltando a importância e a garantia de qualificação para esse enfrentamento, com vistas à efetividade da assistência prestada (FREITAS et al. 2020).

Os profissionais da área da saúde, tem o dever de realizar o primeiro atendimento, mas para que possuam condições de realizá-lo, faz-se necessário ter o conhecimento teórico/ prático que os possibilite reconhecer a situação de urgência, com vista a atuação correta nessas situações. Contudo, observa-se frequente o despreparo de alguns profissionais, bem como déficit de infraestrutura nos cenários de Atenção Básica para atender os casos de urgência (OLIVEIRA et al. 2020).

Nesse sentido, frente às múltiplas e distintas necessidades de saúde expressas pelos usuários na Atenção Básica, é preciso considerar que os cuidados relacionados a urgência envolvem o compartilhamento e a socialização de práticas e saberes de todos os membros da equipe de saúde, dada a importância do trabalho articulado, de assistência e gestão da situação (SANTOS et al. 2017).

Logo, a categoria de urgência no âmbito da Atenção Básica pode ser compreendida como a ocorrência imprevista, que proporciona agravo à saúde com ou sem risco potencial de morte, o usuário necessita de assistência à saúde imediata, em virtude da sua importância para a cura, reabilitação ou morte do paciente. Porém, com a realização incompleta do atendimento é incapaz de contribuir para a melhora do paciente, pois esse tipo de assistência precisa ser bem-sucedida, a fim de garantir a melhor evolução possível do paciente (LAURINDO et al. 2019)

Por ser uma das portas de entrada dos usuários do SUS e referência constante para o primeiro contato, a equipe pode deparar-se em sua prática diária de atenção com uma população de usuários em situações de risco imediato. Nestas situações os profissionais devem estar preparados para reconhecer sinais e sintomas de diferentes origens. Torna-se então pertinente aos profissionais, não somente a formação em promoção da saúde e prevenção de doenças, como também a qualificação e aproximação com o primeiro atendimento de eventos inesperados.

Diante disso, acredita-se que este estudo poderá contribuir para fornecimento de subsídios aos profissionais da Atenção Básica, para promover ou favorecer as condições necessárias para responder as demandas relativas as questões de urgências na Atenção Básica. Este estudo pode contribuir para a reflexão sobre as potencialidades da Atenção Básica para atuar no atendimento de ocorrências de urgência de baixa complexidade.

Objetivou-se avaliar a importância dos profissionais de saúde e a sua atuação frente a uma situação de urgência na Atenção Básica, bem como as facilidades e dificuldades nessa atuação.

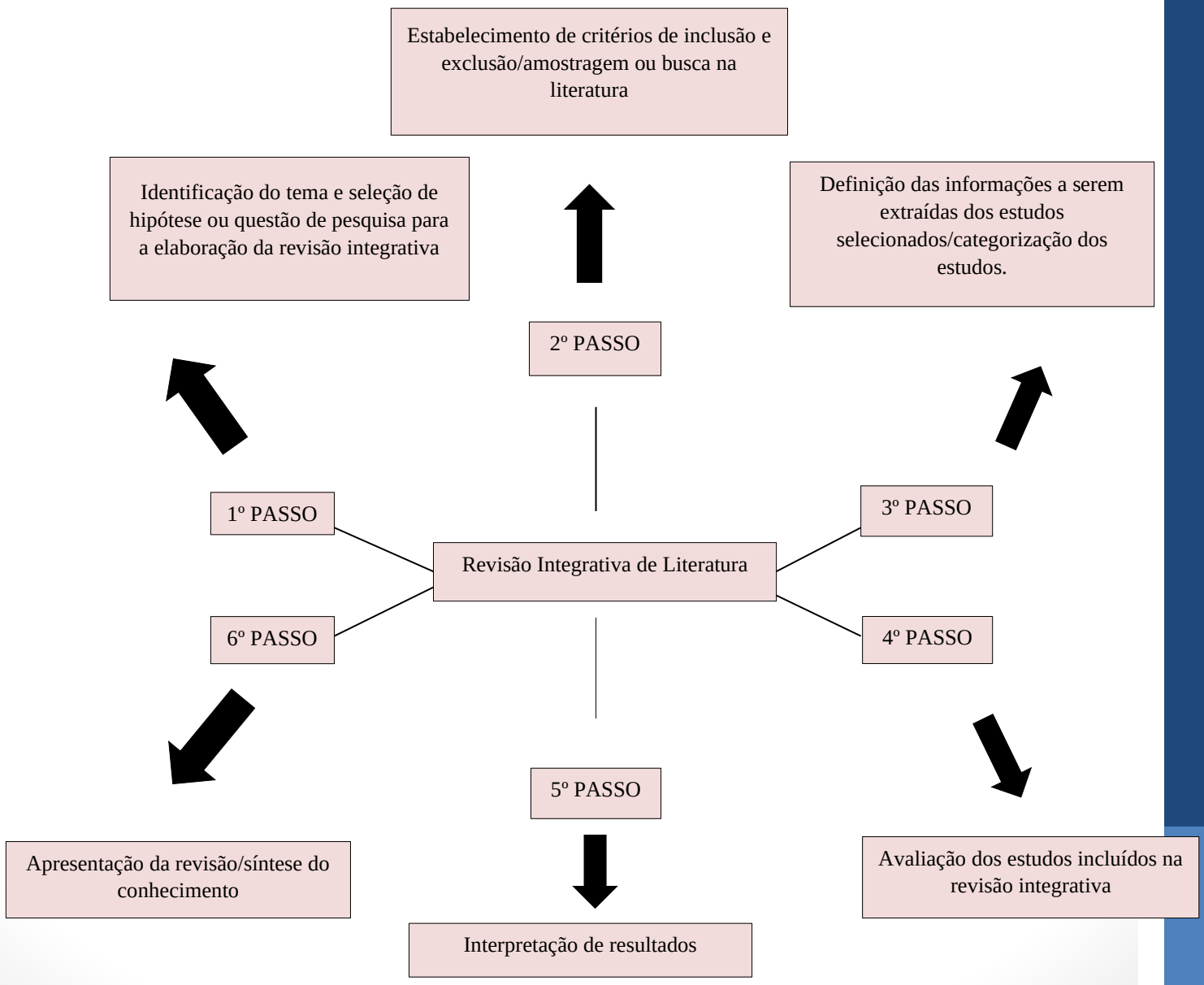
2. METODOLOGIA

Esta pesquisa caracteriza-se como uma revisão bibliográfica do tipo integrativa (RIL), método de pesquisa apontado como ferramenta de grande relevância no campo da saúde por proporcionar a busca, a avaliação crítica e a síntese de evidências sobre um tema não investigado. Esses aspectos facilitam a identificação dos resultados, de lacunas que direcionam para o desenvolvimento de futuras pesquisas e auxiliam o profissional a escolher condutas e a tomar decisões, proporcionando um saber crítico (ALMEIDA, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A RIL é composta por 6 etapas (Fluxograma 1), sendo: a identificação do tema e seleção de hipótese ou questão de pesquisa para a elaboração da revisão integrativa; estabelecimento de critérios de inclusão e exclusão e amostragem ou busca na literatura; definição das informações a serem extraídas dos estudos selecionados e categorização dos estudos; avaliação dos estudos incluídos na revisão integrativa; apresentação da revisão e síntese de conhecimento (SILVA, 2017).

Fluxograma 1 - Etapas da revisão integrativa da literatura (RIL).



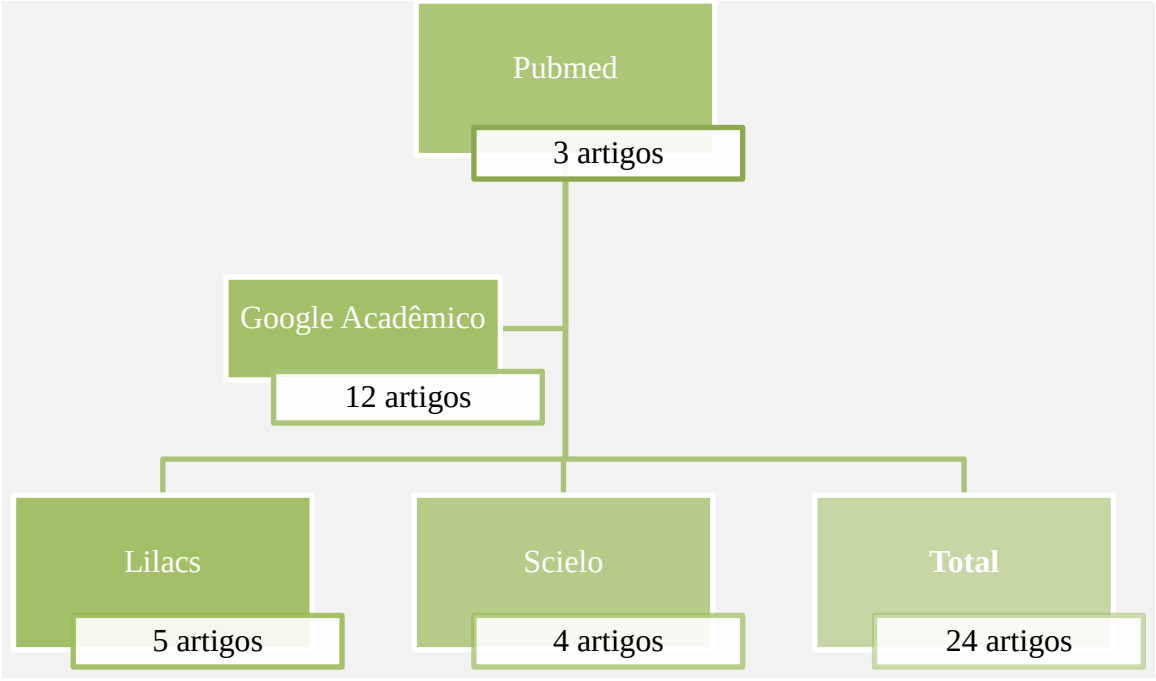
Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A coleta de dados foi realizada utilizando-se as bases de dados eletrônicas (Internet): *Scientific Electronic Library Online* (SCIELO), Literatura Latino-Americana em Ciências da Saúde (LILACS), Google Acadêmico, *National Library of Medicine and the National Institute of Health* (Pubmed).

Nos critérios de inclusão: foram selecionados artigos originais e estudos de caso, monografias disponibilizadas *online*, repositórios, dissertações, trabalhos de conclusão de curso, em língua portuguesa, com os descritores "atenção básica", "profissionais de saúde", "urgências" publicados no período entre 2016 a 2021, que tratam do tema pesquisado. Critérios de exclusão: artigos com texto incompleto, resumos, trabalhos em línguas estrangeiras, e outros materiais repetidos com uma ou mais base dados.

Somando-se todas as bases de dados, foram encontrados 50 artigos, sendo selecionados os que mais se identificam com os objetivos dessa pesquisa. Após a leitura do título dos artigos notou-se que alguns deles se repetiram nas diferentes bases e outros não preenchiam os critérios deste estudo.

Fluxograma 2- Pesquisa nas bases de dados.



Fonte: Dados da Pesquisa (2020).

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Atendimento de Urgência na Atenção Básica

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No que diz Oliveira e Trindade (2017), em decorrência dos serviços de atendimento de urgências, especificamente, na implantação da Política Nacional de Atenção às Urgências pretende-se alcançar todos os níveis de prestação de assistência do SUS, organizando desde os serviços prestados nas UBS até os atendimentos de maior complexidade. Atua de forma a ampliar os acessos e meios de promoção de saúde a partir de um planejamento de ação ágil, voltado às necessidades da população.

A AB (Atenção Básica), como componente dessa rede, objetiva garantir o primeiro cuidado às urgências e emergências em ambiente adequado até que seja realizada a transferência/encaminhamento a outros pontos de atenção, se necessário, com implantação do acolhimento junto com a avaliação de riscos e vulnerabilidades (HERMIDA et al., 2016).

Apesar dos esforços em orientar a população para a escolha adequada da porta de entrada do sistema de saúde, invariavelmente muitos usuários procuram os serviços de APS para situações de urgência e emergência. As situações de urgência que frequentemente ocorrem nos serviços de APS são crise hipertensiva, crise convulsiva, diabetes descontrolado, quedas, fraturas ou a suspeita de fraturas, crise asmática e desidratação (AMARAL et al., 2018).

Diante disso, segundo o autor Laurindo et al. (2019), as Unidades Básicas de Saúde assim como as unidades não hospitalares devem estar estruturadas para atender adequadamente as urgências de baixa complexidade e executar os primeiros cuidados e ações para o suporte de vida a casos graves. Nesse sentido, espera-se que a população acometida por agravos agudos seja acolhida em todos os níveis de atenção do sistema de saúde, de modo que tanto a atenção básica quanto os serviços especializados deverão estar preparados para o atendimento e encaminhamentos desses pacientes.

3.2 Atuação dos profissionais de saúde em serviços de urgência na Atenção Básica

O tempo em situações de urgência e emergência pode ser determinante para salvar a vida do paciente e reduzir as possibilidades de sequelas graves, por essa razão as Unidades Básicas de Saúde devem realizar o acolhimento e o atendimento deste tipo de situação. Porém, é comum nos depararmos com profissionais deste setor encaminhando o paciente para setores de maior complexidade, muitas vezes sem realizar sequer uma avaliação de estado geral do usuário, nem a estabilização do mesmo (AUGUSTO, 2016).

Costa et al. (2016), aborda que os profissionais das equipes de saúde que atuam nos serviços de urgência são peças fundamentais no processo de cuidar. Para tal, atributos como competência, habilidade motora, criatividade, e sensibilidade são exigidos. Em termos críticos, o cuidar em urgência exige mais do que conhecimento técnico, ou seja, conta também com a experiência de seus profissionais, o seu "saber-fazer".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No estudo realizado por Freitas et al. (2020), com 70 profissionais da atenção primária a saúde procurou analisar a percepção dos profissionais da Estratégia Saúde da Família sobre o atendimento de urgência e emergência. A pesquisa evidenciou que os profissionais atuantes na ESF perceberam a atenção primária como uma estratégia baseada em ações de promoção e prevenção e proteção da saúde realizando grupos operativos, visitas domiciliares e consultas ambulatoriais com vistas a cumprir as metas dos programas de atenção à saúde.

Para Andrade et al. (2019), os profissionais de saúde devem ser dotados de conhecimento científico e técnico acerca de sua área de atuação, neste caso a Atenção Básica. Porém, este mesmo profissional deverá estar preparado para possíveis atendimentos de urgência e emergência, como, partos naturais, infarto agudo do miocárdio, acidente vascular encefálico, crises convulsivas e até mesmo a parada cardiorrespiratória. Sendo esta, considerada uma das urgências mais graves e de maior importância na área e poderão ocorrer em qualquer nível de atenção, dentro da Unidade, em domicílio ou até mesmo em via pública.

Considerando a deficiência de atendimento às urgências na Atenção Básica, para garantir uma assistência de qualidade, deve haver o aprimoramento da prática profissional, a partir do estímulo da competência técnico-científica dos trabalhadores. A equipe de profissionais precisa adquirir um conhecimento amplo relacionado às situações de urgências, visto que a atuação deve ser rápida. Assim, é imprescindível que a enfermagem desenvolva habilidades técnicas e científicas suficientes para detectar e desempenhar um plano de assistência imediata nessas situações (RODRIGUES, 2019).

3.3 Educação Permanente no atendimento de urgência na Atenção Básica

O redirecionamento do modelo de atenção básica impõe claramente a necessidade de transformação permanente do funcionamento dos serviços e do processo de trabalho das equipes, exigindo dos profissionais maior capacidade de análise, intervenção e autonomia para o estabelecimento de práticas transformadoras, a gestão das mudanças e o estreitamento dos elos entre concepção e execução do trabalho no SUS (BEZERRA, 2019).

No estudo de Gabatz et al. (2020), realizado sobre a qualidade da assistência de enfermagem ressalta a necessidade de haver capacitações para que os profissionais consigam desenvolver um raciocínio crítico, reflexivo e uma rápida tomada de decisão. A realização de cursos de atualização, antes e após o ingresso no serviço, favorece a ampliação do conhecimento para promover uma assistência mais qualificada.

Ressaltando que as estratégias da EPS nos atendimentos de urgência, os treinamentos, as capacitações e as trocas de experiências devem passar por um processo de reflexão, cuja esta promoverá a identificação dos problemas encontrados na realidade

e assim será traçado meios de trabalhar e transformar o serviço. Assim, enfatizando também a importância desta transformação para os profissionais bem como para a população que será melhor assistida em termos de qualidade no atendimento (SILVA et al. 2018).

Tabela 1- Variáveis relacionadas à capacitação em urgência/emergência para profissionais da Estratégia Saúde da Família; Montes Claros (MG), 2016.

Variáveis	**Nº**	**%**
Capacitação prévia em urgência e emergência		
Sim	12	37,5
Não	20	62,5
Sentimento prévio em relação ao curso		
Tranquilo	7	21,9
Preocupado/ansioso	19	59,4

É relevante observar que no grupo de profissionais, alguns informam que já haviam realizado treinamento prévio, mas essa variável não se mostrou associada a melhor desempenho. Esse resultado, em princípio, torna natural a interpretação de que a capacitação não teria impacto sobre o desempenho dos profissionais. Entretanto, não foram investigadas as condições de capacitação prévia, as técnicas utilizadas, a carga horária do treinamento ou o tempo decorrido desde a última capacitação. Todas essas variáveis interferem sobre os resultados, incluindo a retenção de conhecimentos e habilidades, a curto e a longo prazo (JÚNIOR et al. 2016).

3.4 Condições infraestruturais da Atenção Básica para atender casos de urgência

Ainda que o atendimento da urgência seja atribuído a todos os níveis da assistência conforme os recursos disponíveis, sabe-se que isso não ocorre de fato. Em decorrência de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

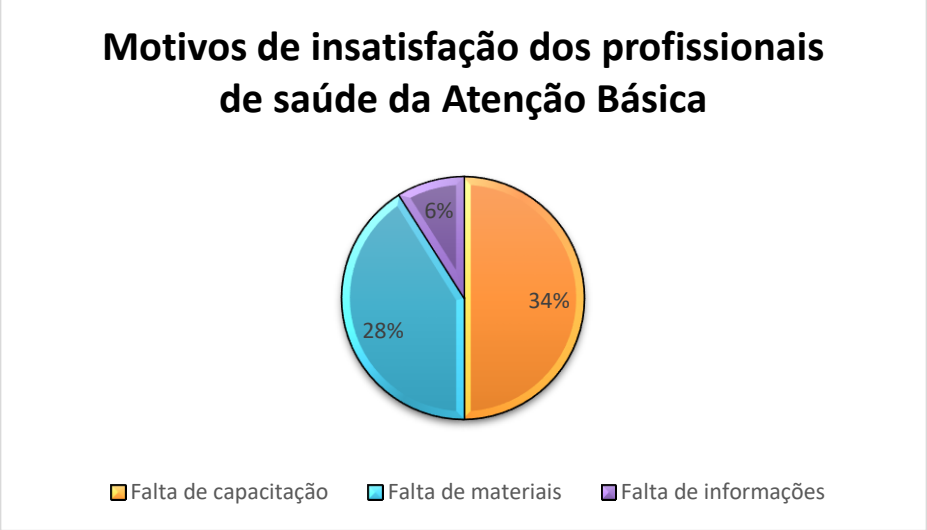
recursos estruturais, tecnológicos e mão-de -obra precários, o paciente acaba sendo o maior prejudicado nessas situações (FREITAS et al., 2020).

Dentre as ações e desafios da APS persiste a questão do atendimento conforme o grau de necessidade do usuário, pois, muitas vezes, estes chegam simultaneamente e com necessidades distintas. Para otimizar e garantir o atendimento à demanda espontânea, conforme o grau de necessidade, surge a avaliação de risco como ferramenta para este processo, possibilitando identificar as diferentes classificações de risco e situações de maior urgência (COSTA et al., 2018).

Neste contexto, nos estudos de Lima et al. (2018), o despreparo dos profissionais de saúde atuantes na APS em reconhecer as urgências no âmbito da Atenção Básica (AB), ainda apresentam dificuldades em descrever e diferenciar os sinais e sintomas de situações de urgência na APS, ocasionando assim o referenciamento inadequado a outros pontos de atenção o que acaba por ocasionar um congestionamento nos atendimentos nos demais níveis de atenção à saúde.

Destaca-se então a importância da elaboração de protocolos de materiais e equipamentos, bem como a manutenção da conferência e funcionamento dos mesmos para melhor padronização pela equipe de enfermagem. A organização dos recursos necessários ao atendimento de urgência possibilitará um atendimento eficaz, com segurança e qualidade, e consequentemente aumentarão as chances de sobrevivência. Favorecendo a transformação efetiva da Atenção Básica como porta de entrada principal do sistema de saúde (CASSINELI et al. 2019).

Gráfico 1- Identificação dos motivos de insatisfação dos profissionais de saúde na Atenção Básica.



Fonte: CEPEIN (2020).

Para Peres et al. (2018), a dificuldade de ampliar o acesso está relacionada ao excesso de demanda, à forma de organização do processo de trabalho e à falta de profissionais na UBS, o que evidencia dificuldades em combinar a capacidade da equipe em oferecer consultas com a demanda dos usuários no diariamente. Recomendou-se que para melhorar o acesso e atender às necessidades dos usuários, os enfermeiros, médicos e demais profissionais da Unidade de Saúde, devem dispor de agendas abertas durante todo o turno de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa apresenta aspectos sobre a atuação dos profissionais de saúde em casos de urgência que aparecem nas Unidades de Saúde. Contudo, ao longo do trabalho, foram apontadas fragilidades e deficiências que dificultam o atendimento das ocorrências na Atenção Básica. Além disso muitas barreiras são encontradas aos processos de trabalho para garantir que a Atenção Básica tenha condições de atender com resolutividades as demandas registradas.

A ausência de materiais, espaço físico adequado são evidenciados como principais entraves, posto que, sem uma infraestrutura básica acabam encaminhando para outros serviços de saúde de maior complexidade. Portanto, são barreiras que impedem tornar as Unidades de atenção básica como referência para atendimento de urgência de baixa gravidade, sem que os usuários necessitem se deslocar para outras localidades. Isso tornaria o sistema mais eficaz, resolutivo, capaz de oferecer um atendimento de qualidade a população.

A falta de preparo dos profissionais na prestação do atendimento às urgências a nível primário associado à falta de equipamentos, também são apontadas como fatores que influenciam na dificuldade apresentada por eles. E que o desconhecimento da diferença entre triagem e atendimento com classificação de risco também são determinantes para dificultar a prática no atendimento às demandas de caráter emergencial.

Conclui-se que embora os profissionais de saúde realizem o melhor que possam ofertar dentro do serviço, ainda há uma carência no estímulo aos trabalhadores, onde a oferta da capacitação profissional no âmbito da urgência ainda é inexistente, o que seria excepcional para a melhora na prestação do serviço desses profissionais, principalmente aos técnicos de enfermagem e condutores, que são os que mais têm o contato direto com o paciente em situação de urgência.

Assim, o estudo indica necessidade de melhorias na atenção básica para que a assistência aos usuários em situações de urgência seja segura e proporcione o encaminhamento adequado dos usuários. Nessa perspectiva, este estudo contribui ao

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mostrar as fragilidades e potencialidades da atenção básica para o atendimento das urgências, o que possibilita vislumbrar avanços e desafios para a rede de atenção às urgências e consequente integralidade do cuidado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA N.GN. A importância da metodologia científica através do projeto de pesquisa para a construção da monografia. **Revista de Biblioteconomia e Ciência da informação**, v.2, nº, 57-66; 2016.

AMARAL C.S et al. Situações de urgência e emergência na atenção primária reguladas pelo Samu. **Journal Health**, v.3, n.1, 2018.

ANDRADE P.D et al. A importância do conhecimento do enfermeiro no atendimento de urgência e emergência na Atenção Básica. **Eixo Saúde**, 2019.

AUGUSTO E.M.S. Urgência e emergência: a capacitação do profissional enfermeiro da Unidade de Saúde da Família. **Unasus**, 2016.

BEZERRA R.S. Projeto de intervenção local: oficinas de educação permanente com ênfase na implantação do acolhimento à demanda espontânea na Atenção Básica. Caicó, 2019.

CASSINELI F et al. Avaliação da Estrutura na Atenção Primária em Saúde para o Suporte Básico de Vida. **Saúde e Pesquisa**, 2019.

COSTA A.B et al. Percepção dos enfermeiros sobre o acolhimento e classificação de risco na Atenção Primária à Saúde (APS). **Enfermería Actual**, n.35, 2018.

COSTA R.C.B et al. Desafios enfrentados pelos enfermeiros no atendimento de urgência e emergência na Estratégia da Saúde da Família. **Revista Interdisciplinar de Estudos em Saúde**, v.5, nº 1, 2016.

FREITAS T.C.C et al. A Atenção Primária como parte integrante da rede de atendimento as urgências e emergências: à luz da literature. **Revista Eletrônica Acervo Saúde**, nº 38, 2020.

GABATZ R.I.B et al. Atualização dos profissionais e atuação do núcleo de educação permanente no serviço de urgência. **Revista Brasileira Pesquisa em Saúde**, v.22, n.3, 2020.

GARCIA J.A.C.L. Atuação em urgência e emergência na Atenção Básica: percepção dos enfermeiros. Maceió, 2019.

HERMIDA P.M.V et al. Percepção das equipes de saúde da família sobre a Atenção Básica na Rede de Urgência. **Revista de Enfermagem UFPE online,** abr, 2016.

JÚNIOR L.E.M et al. Avaliação do treinamento em Suporte Básico de Vida para medicos e enfermeiros na Atenção Básica. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade,** 2016.

LAURINDO M.V. A importância de adaptar as Unidades Básicas de Saúde para o atendimento de urgências e emergências de menor complexidade. **Brazilian Journal Of Health Review,** v.2, nº 3, 2019.

LIMA C.M et al. Atendimentos de enfermagem a casos agudos de baixa complexidade na atenção primária à saúde: uma análise bibliométrica**. Enfermagem Brasil**, v.17, n.3, 2018.

OLIVEIRA M, TRINDADE M.F. Atendimento de urgência e emergência na Rede de Atenção Básica de Saúde: Análise do papel do enfermeiro e o processo de acolhimento. **Revista Hórus**, v.5, nº 2, p. 160-171, 2017.

OLIVEIRA P.S et al. Atuação do profissional nas urgências e emergências em Unidades Básicas de Saúde. **Revista Online de Pesquisa**, 2020.

PERES A.M et al. Atenção Primária à Saúde: ordenadora da integração assistencial na rede de urgência e emergência. **Revista Mineira de Enfermagem**, 2018.

RODRIGUES M.S. Intervenção educativa no conhecimento dos profissionais de enfermagem em suporte básico e avançado de vida pediátrico. Florianópolis, 2019.

SANTOS E.C et al. Capacitação em primeiros socorros para equipes de saúde da atenção básica: relato de experiência. **Ciência, Cuidado e Saúde**, 2017.

SILVA A.B et al. A Educação Permanente em Saúde no serviço móvel de urgência. **Revista Sustinere**, Rio de Janeiro, v.6, nº 1, p. 63-83, 2018.

SILVA V.B. Trauma pediátrico Grave- análise da prevalência em Hospital Terciário do Distrito Federal, período de 2013 a 2015. **Programa de pós-graduação em Enfermagem,** Brasília 2017.

SILVA V.M.S. A importância da capacitação no atendimento a parada cardiorrespiratória da equipe de uma Unidade Básica de Saúde. Florianópolis, 2016.

SILVA Z.G.A. Análise da Gestão da Rede de Atenção a urgência e emergência na Atenção Primária à saúde. Diamantina, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL NA VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

JONAS VEPRINSKY MEHL: Advogado. Pós-graduado pela Escola Superior de Advocacia Pública e Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente artigo visa analisar temas atinentes à responsabilidade civil ambiental e à aplicação da teoria do risco integral. Para tanto, são examinados assuntos como: espécies e tipos de responsabilidade, individualização dos causadores do dano, elemento subjetivo, nexo de causalidade, formas de reparação e ônus da prova. Em seguida, a fim de consolidar o arcabouço teórico desenvolvido, apresenta-se, de forma descritiva e explicativa, recente e emblemático precedente do Superior Tribunal de Justiça. Por derradeiro, destaca-se o importante entendimento das cortes superiores quanto à imprescritibilidade do dano ambiental.

Palavras-chave: Responsabilidade civil ambiental. Risco integral. Dano. Imprescritibilidade.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A teoria do risco integral. 3. Aplicação da teoria ao caso concreto. 4. Imprescritibilidade do dano ambiental. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1.Introdução

O direito ao meio ambiente foi alçado pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) à categoria de direito fundamental. Diferente dos direitos fundamentais clássicos, que têm origem em direitos civis ou em direitos sociais, esse direito tem natureza difusa e seu titular é toda a coletividade.

Tais características geraram a emancipação do direito ambiental em relação a outros ramos do direito, inclusive com institutos jurídicos próprios. Um dos temas mais importantes neste campo, até por sua repercussão prática, é a responsabilidade civil pelo dano ambiental.

O modelo desenvolvimentista vigente na sociedade globalizada impõe ônus ao meio ambiente, gerando, inevitavelmente, danos. Atentos a essa realidade o legislador, a doutrina e a jurisprudência vêm se preocupando com a questão e têm sedimentado estândares que visam à proteção ambiental e a um modelo de desenvolvimento pautado na sustentabilidade.

Nota-se que há uma crescente influência do sistema da *comonn law* no cenário nacional, de modo que o estudo da jurisprudência vem se tornando imprescindível para

uma satisfatória compreensão do tema. Por essa razão é que o principal objeto de investigação deste artigo será a análise de entendimentos dos tribunais superiores.

Ao final, o que se espera é que o presente trabalho contribua para a compreensão de temas que se apresentam como da mais alta relevância no âmbito do Direito Ambiental. Busca-se, ainda, auxiliar na constante formação dos operadores do Direito, seja de modo a fomentar reflexões acerca de temas imbricados, seja como ferramenta útil para a constante atualização dos estudos jurídicos.

2.A teoria do risco integral

São diversas as teorias que tratam da responsabilidade civil do Estado. A doutrina costuma distinguir as seguintes: (i) irresponsabilidade civil do Estado; (ii) responsabilidade em situações expressas na lei; (iii) responsabilidade subjetiva; (iv) teoria da falta do serviço ou culpa anônima; (v) teoria do risco administrativo e (vi) teoria do risco integral.

Como o presente trabalho tem como objeto o Direito Ambiental o foco será voltado a esta última teoria, por ser aquela aplicada no âmbito dos tribunais superiores. Com efeito, é consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que a responsabilidade civil por dano ambiental é objetiva e pautada na teoria do risco integral.

Importante referir que não há um fundamento legal expresso para a incidência de tal teoria na seara ambiental. Desse modo, o Tribunal da Cidadania alude ao art. 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, que prevê a responsabilidade objetiva, combinado com o princípio do poluidor pagador, previsto no art. 4º, VII, 1ª parte, da mesma lei, bem como ao próprio art. 225 da CF/8884.

---

84 Lei nº 6.938/81. Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: (...)VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

CF/88. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Além desses dispositivos legais é possível mencionar ainda o disposto no art. 4º da Lei nº 6.453/77, que versa sobre a responsabilidade civil por danos nucleares, e no art. 20 da Lei nº 11.105/05, que dispõe sobre biossegurança85.

Ao aplicar a teoria do risco integral basta que a vítima comprove o dano e o nexo de causalidade (fator aglutinante da responsabilidade), não sendo possível que o autor alegue excludentes de responsabilidade, como caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro.

De forma minoritária, Paulo Affonso Leme Machado: admite o caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil por danos ambientais, mas ressalta que quem alegar deverá "produzir a prova de que impossível evitar ou impedir os efeitos do fato necessário – terremoto, raio, temporal, enchente"86.

No que tange à responsabilidade civil, também é relevante aludir aos possíveis causadores do dano. O poluidor direto é aquele responsável diretamente pelo dano ambiental. Já o poluidor indireto é aquele se beneficia da atividade poluente, ou quem cria os elementos necessários para que a poluição ocorra, conforme se extrai do art. 3º, IV, da Lei nº 6.938/8187. O conceito extensivo de poluidor também pode ser identificado na previsão do art. 2º, §4º, da Lei nº 11.105/0588.

Esse também é o entendimento do STJ, que assim afirmou em elucidativo trecho de julgamento: "Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não

85 Lei nº 6.453/77. Art. 4º - Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear: (...)

Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa.

86 LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 21. ed. 2015, pp. 424-425

87 Lei nº 6.938/81. Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: (...)IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

88 Lei nº 11.105/05. Art. 2º (...)§ 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no **caput** deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

se importa que façam, quem financia para que façam, e quemse beneficia quando outros fazem. " (REsp 650.728/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, 23.10.2007).

Em situações concretas nas quais o Estado se omite no dever de fiscalização que venha a ser determinante para a degradação ambiental, é possível afirmar que o ente público age como poluidor indireto, já que acaba contribuindo – com a sua omissão – para que a poluição ocorra.

Em casos como esse, o STJ entende que a responsabilidade do Estado será solidária, mas de execução subsidiária, na condição de devedor-reserva89. Recentemente a conclusão foi consolidada no texto da Súmula 652 do referido tribunal: A responsabilidade civil da administração pública por danos ao meio ambiente, decorrente de sua omissão no dever de fiscalização, é de caráter solidário, mas de execução subsidiária.

Para delimitar a responsabilidade civil do ente fiscalizador em um caso como o descrito, é necessário se socorrer das diretrizes da responsabilidade civil do estado por atos omissivos, tema estudado no Direito Administrativo. Enquanto nos atos comissivos não há maiores dúvidas de que se adota a teoria do risco administrativo a desaguar na responsabilidade objetiva do estado, nos atos omissivos STJ e Supremo Tribunal Federal (STF) divergem.

Para aquele a responsabilidade é subjetiva, fundada na teoria da culpa administrativa90, enquanto que para este seria hipótese de responsabilidade objetiva quando o Poder Público tinha o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não cumpriu essa obrigação legal91.

Diante de tal controvérsia, questão intrigante a ser dirimida seria quanto à definição da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil do estado por omissão no dever de fiscalização de ato que resulta em dano ambiental.

Ainda no que concerne ao elemento subjetivo, a responsabilidade civil ambiental não se confunde com a responsabilidade ambiental administrativa e penal. Enquanto naquela, como se viu, a responsabilidade é objetiva, nas duas últimas a responsabilidade é subjetiva92, adotando-se a teoria da culpabilidade e da intranscendência das penas. No

89 STJ. 2a Turma. AgInt no REsp 1362234/MS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 05/11/2019.

90 STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1345620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 24/11/2015.

91 STF. Plenário. RE 677139 AgR-EDv-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/10/2015.

92 Sobre a responsabilidade administrativa ambiental: STJ. 1ª Seção. EREsp 1318051/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 08/05/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

campo da responsabilização também é possível aplicar a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, consoante o disposto no art. 4º da Lei nº 9.605/9893.

Considerando o até aqui exposto, extrai-se a insuficiência da tradicional teoria da causalidade direta e imediata, prevista no art. 403 do Código Civil (CC), para delimitar o nexo de causalidade94. Por isso a doutrina e a jurisprudência também têm acolhido teorias complementares, tais como: teoria da causalidade alternativa e *market share liability*.

Aquela se manifesta quando um grupo de agentes está implicado, sem que seja possível a individualização da autoria, havendo solidariedade. Nesta, a vítima prova relação entre o dano e a atividade industrial e cada empresa responde segundo sua participação de mercado.

Ademais, uma vez identificado o dano ambiental esse terá natureza *propter rem*, conforme preleciona o art. 2º, §2º, da Lei nº 12.651/12, que assim prevê: "As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural". No mesmo sentido prescrevem os arts. 7º, §2º e 66, §1º, também do Código Florestal95.

Em relação à reparação do dano, a prioridade é da reparação *in natura* e *in situ*, sendo apenas subsidiária a solução pela via da compensação e da indenização pecuniária. Além disso, é plenamente possível a cumulação entre obrigação de fazer e indenização pecuniária. Nesse sentido dispõe a Súmula 629 do STJ: Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar.

Saliente-se que também será viável a inversão do ônus da prova. Tal poderá ocorrer com base em três possíveis fundamentos: (i) aplicação da teoria da carga dinâmica prevista

93 Lei nº 9.605/98. Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

94 CC. Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

95 Lei nº 12.651/12. Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. (...) § 2º A obrigação prevista no § 1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

Art. 66. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal em extensão inferior ao estabelecido no art. 12, poderá regularizar sua situação, independentemente da adesão ao PRA, adotando as seguintes alternativas, isolada ou conjuntamente: (...)§ 1º A obrigação prevista no caput tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

no art. 373, §1º, do Código de Processo Civil96 (CPC); (ii) incidência do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)97 e (iii) com amparo no princípio da precaução, pelo qual entende-se que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza. O STJ editou a Súmula 618 acerca do tema: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental.

3.Aplicação da teoria ao caso concreto

Uma vez abordadas as premissas teóricas acerca da responsabilidade civil ambiental, cabe examinar como tais institutos são aplicados na prática. Com esse intuito, destacar-se-á um recente julgamento prolatado pelo STJ em que o manejo de diversos aspectos desenvolvidos anteriormente foi necessário para a solucionar o caso concreto.

Na situação enfrentada uma sociedade empresária, após obter licença ambiental da autarquia estadual com atribuição para tanto, construiu um posto de gasolina. Para a construção do empreendimento, foi necessário o corte de 3 ampla área de vegetação, o que estava autorizado na licença concedida.

Ocorre que, depois de certo período, o Ministério Público ajuizou ação de indenização contra a empresa alegando que o corte das árvores foi indevido, pois fora realizado em vegetação integrante da Mata Atlântica, área ambiental protegida. O *Parquet* alegou que a licença não deveria ter sido concedida, razão pela qual a obra foi irregular.

A sociedade empresária se defendeu alegando que agiu amparado pela licença ambiental que acreditava ser legítima e que, por conseguinte, foi vítima de erro do órgão ambiental, que deve ser considerado exclusivo responsável pela reparação do dano98. Veja-se como decidiu o STJ:

---

96 CPC. Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...)§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

97 CDC. Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

98 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *O erro na concessão de licença ambiental não configura fato de terceiro capaz de interromper o nexo causal na reparação por lesão ao meio ambiente*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ad8d3a0a0f0a084a97fad357c649438c>. Acesso em: 15/04/2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. (...) . DANO AMBIENTAL. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. EXONERAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. NEXO CAUSAL. ROMPIMENTO. ALEGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 1. Ação civil pública por meio da qual se requer a indenização de dano ambiental decorrente do corte indevido de vegetação para a instalação de um posto de combustíveis em área de Mata Atlântica e a proibição da concessão de licenças ambientais em condições semelhantes. 2. Recurso especial interposto em: 28/09/2015; conclusos ao gabinete em: 1º/07/2019; aplicação do CPC/73. 3. O propósito recursal é determinar se: (...) ; b) nos danos ambientais, é possível arguir causas de exoneração da responsabilidade; c) as licenças ambientais foram concedidas de acordo com as normas pertinentes; d) havia utilidade pública ou interesse social que autorizassem a supressão de vegetação da Mata Atlântica; e (...). **5. A exoneração da responsabilidade pela interrupção do nexo causal é admitida na responsabilidade subjetiva e em algumas teorias do risco, que regem a responsabilidade objetiva, mas não pode ser alegada quando se tratar de dano subordinado à teoria do risco integral. 6. Os danos ambientais são regidos pela teoria do risco integral, colocando-se aquele que explora a atividade econômica na posição de garantidor da preservação ambiental, sendo sempre considerado responsável pelos danos vinculados à atividade, descabendo questionar sobre a exclusão da responsabilidade pelo suposto rompimento do nexo causal (fato exclusivo de terceiro ou força maior)**. Precedentes. 7. Na hipótese concreta, **mesmo que se considere que a instalação do posto de combustíveis somente tenha ocorrido em razão de erro na concessão da licença ambiental, é o exercício dessa atividade, de responsabilidade da recorrente, que gera o risco concretizado no dano ambiental, razão pela qual não há possibilidade de eximir-se da obrigação de reparar a lesão verificada**. (...) 12. Recurso especial PARCIALMENTE CONHECIDO e, no ponto, DESPROVIDO. (REsp 1612887/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 07/05/2020)

Nota-se, portanto, que a jurisprudência do STJ se mantém firme quanto à aplicação da teoria do risco integral, em prestígio aos princípios da equidade intergeracional, da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador.

4.Imprescritibilidade do dano ambiental

Por derradeiro, cabe mencionar que, embora a regra geral no ordenamento seja a prescrição das pretensões, a busca pela reparação civil de dano ambiental é imprescritível,

de acordo tanto com o STF99 quanto com o STJ100. Para tanto é possível elencar os seguintes fundamentos: (i) o meio ambiente é patrimônio comum de toda a humanidade sendo necessária a sua integral proteção; (ii) a reparação do meio ambiente é direito fundamental indisponível; (iii) os danos ambientais se protraem no tempo.

5.Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que o tema da responsabilidade civil por danos ambientais tem recebido contribuições que vão ao encontro de uma análise econômica do Direito. O que se busca, a partir dos parâmetros que vem sendo traçados pela legislação, doutrina e jurisprudência, é a internalização das externalidades negativas. É dizer, intenciona-se endereçar ao poluidor o custo por ele criado e não à coletividade.

Em que pesem os avanços alcançados, bem como o esforço empreendido pela sociedade civil e pelos poderes instituídos, não são raras as notícias sobre desastres envolvendo o meio-ambiente. Tal circunstância denota a importância da consolidação tanto de mecanismos preventivos como daqueles de cunho reparatório.

6.Referências

AMADO, Frederico. *Direito Ambiental Esquematizado*. Salvador: Juspodivm, 12 ed., 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *O erro na concessão de licença ambiental não configura fato de terceiro capaz de interromper o nexo causal na reparação por lesão ao meio ambiente*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ad8d3a0a0f0a084a97fad357c649438c>. Acesso em: 15/04/2022.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 21. ed. 2015, pp. 424-425.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 654.883/AC*. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em:

99 STF. Plenário. RE 654833, Rel. Alexandre de Moraes, julgado em 20/04/2020.

100 STJ. 3ª Turma. REsp 1641167/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/03/2018.

https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077366. Acesso em: 15 abril 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 634.093-AgR/DF*. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9957279. Acesso em: 15 abril 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO MÉDICO: RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO MÉDICO PELAS CONDUTAS COMETIDAS CULPOSA OU DOLOSAMENTE

ANA IARA CAROLINA DO PRADO: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil, campus de Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA[101]

(orientador)

RESUMO: É indubitável que toda relação entre médico e paciente é guiada pela confiança e manutenção da vida, ocasião em que ocorrendo a falta de zelo e responsabilidade, surge para o paciente ou seus familiares, o sentimento de frustração e prejuízo, que se reduz à atribuição da culpa ao médico e à necessidade de justiça, restando ao Estado o múnus de aplicar penalidades, uma vez que perturbado direito de outrem, ainda que não intencionalmente, responde o transgressor da norma na medida de sua culpabilidade. É imprescindível expor que as modalidades de ações ou omissões têm impacto diferente na responsabilidade, podendo ser dolosa ou culposa. Erro médico é todo ato que causa danos à vida ou à saúde do paciente, seja por imperícia, negligência ou imprudência, quando assume a forma culposa e, por outra via, sendo concernente ao estado anímico do agente, ou seja, quando corresponde a propósitos racionais e intencionais do homem, ocorre a forma dolosa da conduta inadequada. Os médicos não estão excluídos do ônus de assumir consequências em razão do cometimento de erros que violem a integridade física alheia, quando no exercício de suas funções, não se eximindo, assim, da responsabilização penal, civil, ética e administrativa.

Palavras- chave: responsabilidade; responsabilidade-criminal; médico; erro médico; direito.

ABSTRACT: It is undoubtedthat every relationship between doctor and patient is guided by trust and maintenance of life, when when the lack of zeal and responsibility arises for the patient or his/her family members, the feeling of frustration and injury, which is reduced to the attribution of guilt to the doctor and the need for justice, leaving the State the right to impose penalties, since it disturbed the right of others, even if not intentionally, responds to the transgressor of the norm to the extent of its culpability. It is essential to state that the modalities of actions or omissions have a different impact on responsibility, and may

101 CV: http://lattes.cnpq.br/4428702481856069

be criminal or culpable. Medical error is every act that causes damage to the patient's life or health, whether due to malpractice, negligence or recklessness when it takes the wrongform and, on the other hand, being concerning the animic state of the agent, that is, when it corresponds to rational and intentional purposes of man, the intentional form of inappropriate conduct occurs. Physicians are not excluded from the burden of assuming consequences due to the commission of errors that violate the physical integrity of another, when in the performance of their duties, not restraining themselves from criminal, civil, ethical and administrative liability.

Keyword: responsibility; criminal liability; doctor; life; medical error; right.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITO E MEDICINA. 2. RESPONSABILIDADE. 3. IMPERÍCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA. 3.1. Responsabilidade pelas condutas culposas. 3.2. Responsabilidade Civil do Médico. 3.3. Obrigação de meio e de resultado nas cirurgias estéticas. 4. RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO. 5. HOMICÍDIO CULPOSO. 6. HOMICÍDIO DOLOSO. 7. CASO VIRGÍNIA HELENA SOARES DE SOUZA (DOUTORA MORTE). 8. MÉDICOS NO CÓDIGO DE HAMURABI. 9. RESPONSABILIDADE ÉTICA E ADMINISTRATIVA. 10. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A sujeição a escolhas ruins, escolhas boas, livres ou forçadas, estão trivialmente fora do controle humano, decisões são necessárias para a vida em sociedade, omissão é uma escolha, cabe ao ser humano, objeto de falhas e erros, saber agir quando não é possível escolher, suportando assim, o ônus pela alternativa escolhida, lidando com a felicidade ou infelicidade do resultado, inexistindo, na maioria das vezes, culpa alheia por escolhas próprias, uma vez que compete unicamente à própria pessoa defrontar-se com as consequências do caminho que escolheu.

Ademais, não existe imunidade na sequela em tomar coragem de se omitir ou agir em situações corriqueiras ou inabituais, quanto maior a força empregada, mais é preciso suportar. A responsabilidade existe em diferentes escalas e na profissão não é diferente, quanto mais próximos estamos das pessoas e seus sentimentos mais íntimos, em posição superior encontra-se a responsabilidade. Quando se escolhe lidar com uma vida, o encargo não é baixo, o que nos torna potencialmente autores e vítimas de um crime contra o bem mais supremo e delicado que o direito protege, a vida.

Lado outro, são diversos os fatores na medicina que podem levar a uma falta grave que custe a vida ou integridade física, estarão eles especificados no decorrer deste artigo,

mas, os expondo brevemente, um homicídio pode ser resultante de negligência, imperícia ou imprudência, quando não há a intenção de produzir o resultado, caracterizando a forma culposa do delito ou restar conceituado em sua modalidade dolosa, quando há conhecimento e vontade de realizar o fato.

1.DIREITO E MEDICINA

O direito médico é um elemento de ordem pública, relacionando-se com a gestão da saúde coletiva, em que pese ser aplicável às relações privadas, mais essencialmente e corriqueiramente às relações contratuais. Convém destacar que a medicina sempre ocupou e ainda ocupa uma posição de grande valoração em termos sociais, sendo uma das profissões de mais apreço. Na tentativa de conciliação do ofício com a legislação pátria, é que o direito surgiu como forma de amenizar e impedir as consequências desastrosas das relações interpessoais, se mostrando como uma ciência cada vez mais presente em todos os polos de trabalho.

O médico é um profissional de suma importância e eminência, é um exemplo de solidariedade e empatia, devido a submissão e a exposição à doenças que vão de simples e curáveis a complexas e incuráveis, dedicando-se integralmente aos cuidados de pessoas desconhecidas, salvando vidas e restabelecendo a saúde, não devendo valorar o individual de cada um, ou seja, mesmo que seja um assassino é dever do médico aplicar todas as técnicas de conhecimento lhe integradas, além de ser imparcial, deve ponderar a vida humana como fator objetivo de peso máximo e em posição ascendente de essencialidade.

O juramento de Hipócrates trata da relação entre a medicina e o direito, vejamos abaixo o conteúdo:

> " Eu juro, por Apolo, médico, por Esculápio, Higeia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue: estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes. Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> darei por comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam. Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça." (CREMERS, 2020)

No trecho ''nunca para causar dano ou mal a alguém'', verifica-se uma passagem de direito, constituindo uma alusão aos princípios da bioética, ''Princípio da Beneficência'' e ''Princípio da Não Maleficência'', o que significa dize que é regra fazer o bem, e que não se deve fazer o mal a alguém (FILHO, 2016).

No prosseguimento do texto, encontra-se ''A ninguém darei por comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda.'', o que significa dizer que não é permitida a promoção do óbito, vulgo eutanásia e nem o auxílio ao suicídio, uma vez que são crimes tipificados no Código Penal, tratando-se dos artigos 121, parágrafo primeiro (homicídio privilegiado), e do artigo 122 ''instigação, induzimento ou auxílio'' para a prática do suicídio (FILHO, 2016).

O aborto, encontra-se proibido, de modo a configurar crime previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal, sendo impunível apenas nos casos de permissões legais. Trecho do juramento que dispõe acerca da referida proibição e dever de manutenção da vida ''Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva'' (FILHO, 2016).

Além da obrigação de prudência, o sigilo médico é imprescindível para a boa relação entre o médico e seu paciente, sendo, precipuamente, um dever, na passagem ''àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.'', é possível extrair a base de todo sigilo médico., podendo ser quebrado apenas quando houver justa causa e extrema necessidade. (FILHO, 2016).

Por fim, se o juramento for cumprido, o médico será digno de toda honra e glória, sendo merecedor de todo o prestígio a ele dirigido, em contrapartida, será indigno e deverá ser punido se dele se desviar, ''se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça. "Este último fragmento expõe a ideia e o dever de punição (FILHO, 2016).

O médico é um profissional que precisa estar sempre atualizado em seus estudos e buscar sempre as táticas mais modernas, aprimorando-se, participando de congressos, estudando e buscando mecanismos de aproximação entre a cura e o surgimento das fatalidades biológicas. O Direito médico e o trabalho conjunto do advogado com o profissional da saúde têm o condão de instrumentalizar a viabilidade da punição, ou se for o caso, da não culpabilidade pelo evento danoso, criando um laço que estrutura a relação médico-paciente, trazendo segurança jurídica, atendendo à realidade de que tudo o que está escrito em um papel traz mais confiabilidade para ambas as partes. O objetivo de uma consultoria jurídica, ante a assinatura de termos (como o de responsabilidade) e outros documentos que tenham relação com a área médica e possam ensejar uma possível ação, colocando o médico mais comumente no polo passivo da relação jurídica, é justamente evitar uma ação judicial, não obstante a atuação repressiva do advogado, objetivando minimizar efeitos nocivos.

A defesa das prerrogativas e direitos dos médicos devem ser objeto de preservação mesmo diante de situações que o coloquem como infrator, nesse viés, ainda que condenados à penas ou julgamento, faz-se necessário procurar alguém que possa lhe instruir no âmbito forense, de modo a transportar os códigos positivados no Brasil, bem como jurisprudências e decisões análogas aos casos efetivamente ocorridos, como o direito e a medicina estão interligados, a melhor assistência é de um profissional credenciado, com capacidade postulatória e notável saber jurídico, em outras palavras, podemos usar o termo ''advogado''. Na realidade, a conduta correta seria consultar um profissional jurídico de confiança previamente à prática do ato para que houvesse um controle preventivo, embora ainda haja total possibilidade de repreender consequências por meio de um núcleo de defesa eficaz, o qual será exercido por um operador do direito.

2.RESPONSABILIDADE

O Código Penal é extremamente farto de artigos que têm aplicabilidade imediata e eficaz ao tratar da transgressão de uma norma que viole o direito à vida e a qualquer aspecto a ela inerente, já que trata em seu bojo das referidas situações. Pode se afirmar

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

que, um homicídio, por exemplo, tem seu preceito primário aplicável a todos indistintamente, devendo apenas ser avaliado de forma individual na aplicação do preceito secundário, que nada mais é do que a retirada da pena da abstração para a concretude. Tais artigos, ao serem aplicados aos profissionais da pesquisa exibida, podem ter reflexos diretos ou indiretos, cumulativos ou não, em todas as quatro áreas possíveis, penal; civil; administrativa e ético-profissional.

Posto isto, verifica-se a independência entre as referidas responsabilidades. A autonomia de ambas pode restar uma ação frutífera ou infrutífera de forma a serem opostas em favor ou desfavor de um mesmo autor ou réu, isto é, se um autor X ajuíza uma ação penal e cível contra um réu Y, pode ter como resultado o deferimento de sua pretensão no cível e indeferimento no âmbito do juízo penal, no tempo em que o processo está tramitando e o juiz forma suas convicções, os processos estão sendo analisados em autos apartados, com a possibilidade de designar uma punição em juízo que não tem obrigação de ter coerência com a decisão proferida pelo outro.

3.IMPERÍCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA

3.1 Responsabilidade pelas condutas culposas

As três modalidades são formas de ensejar uma eventual responsabilidade do profissional. Todas representam a forma culposa das infrações penais, o que abre margem à uma interpretação mais branda quando na aplicação de penalidades pelo julgador.

Haja vista que um médico negligente é um médico omisso, que age com desleixo no cumprimento de diligências médicas, do Código de Ética profissional e falta ao juramento feito para exercício da profissão, a negligência pressupõe sempre uma falta, uma abstenção de dever, como, por exemplo, um médico que abandona seu paciente.

> ‘’Willie King precisou amputar uma de suas pernas em 1995, na Flórida, nos EUA, porém uma sucessão de erros levou a perna errada a ser preparada para cirurgia e os cirurgiões perceberam o terrível engano no meio do procedimento, quando já era tarde demais.Como resultado a licença médica do cirurgião foi suspensa por seis meses e ele foi multado em U$ 10 mil. O University Community Hospital de Tampa, local da cirurgia, pagou U$ 900 mil para Willie e o próprio cirurgião pagou mais U$ 250 mil.’’ (IBSP, 2015, on-line)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Um caso de negligência envolvendo uma gestante foi julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no processo nº: 0024.02.664272-8. O ocorrido é de uma gestante que perdeu seu nascituro. Uma denúncia feita no dia 12 de julho de 2001 que versava sobre a internação da gestante na maternidade narra que ela ficou mais de sete horas em trabalho de parto, momento em que o médico decidiu por romper a bolsa. Ao examiná-la, o médico constatou ausência de líquido amniótico e havia mecônio, a inalação deste último pode vir a causar crise respiratória por obstrução e inflamação das vias aéreas. Posteriormente, foi realizado o parto normal que, no entendimento do Ministério Público, deveria ter sido substituído por uma cesárea de caráter emergente, em razão da inalação pelo feto do referido líquido amniótico que continha a presença de mecônio, não tendo o profissional operado à aspiração do líquido meconial e ao tratamento da depressão respiratória. O tratamento adequado às vistas do Ministério Público seria a intubação, ocasião que fora descartada pelo médico que julgou o procedimento desnecessário. Posto isto, o desfecho da história é de que o bebê veio a óbito no dia 5 de outubro. Os médicos foram denunciados por homicídio culposo em razão da atitude negligente (TJMG, 2009).

Por outro lado, diferentemente da negligência que é reconhecida pelo desprezo a uma ação, a imprudência é outra forma de conduta culposa, mas que exige uma conduta ativa, ou seja, imprudente e impensada, nesta modalidade o médico não deixa de agir, pelo contrário, o profissional age de forma errada, com excesso, dispensando todo cuidado necessário à segurança e saúde da vítima, a exemplo de um médico que autoriza intervenção cirúrgica tendo o perfeito conhecimento de que não existem condições para que a mesma seja bem-sucedida e até mesmo uma alta precoce não recomendada.

Um médico anestesiologista deve antever todos os atos que possam decorrer da aplicação da anestesia, como vômitos, intubação emergencial, dentre outros riscos, se o médico não considera as possibilidades de perigo e mesmo assim inicia a técnica, a falta de observância de tais diligências implicará na caraterização de um médico imprudente.

Finalmente, na terceira e última modalidade culposa, temos a imperícia, ocorre sempre que o profissional ignora alguma prática científica que lhe fora integrada ao conhecimento pela grade curricular ofertada pelo curso de graduação ou especialização médica. Por alguma razão, o médico desconhece a forma de procedência de determinado procedimento ou o faz de forma incorreta, levando o paciente a óbito ou lhe causando alguma debilidade, um caso isolado seria de um profissional que exerce especialidade diversa daquela estudada.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Exemplificando, um clínico geral seria responsabilizado na modalidade imperícia, se mesmo sabendo desconhecer a técnica ousasse a efetuar cirurgia estética em um paciente e dela adviessem danos, uma vez que não possui habilidade cientifica para tanto, pois somente o médico especializado em cirurgias plásticas estaria apto a realizá-las.

3.2 Responsabilidade Civil do Médico

Tendo em vista que os médicos são profissionais que têm alto grau de confiança depositado em si, devem eles comprometer-se ao zelo e prudência no trabalho, não deixando com que fatores externos e pessoais interfiram no bom desempenho esperado. São inúmeros os relatos de erros médicos que causaram consequências extremas na vida de uma pessoa ou até fizeram com que muitas delas a perdessem.

A responsabilidade civil não se constitui se não exprimida a ânsia de receber o dano e restaurar o status normal em que as partes se encontravam (status quo ante), pressupõe que haja a vontade da parte prejudicada em atribuir o dever de indenizar a quem deva indenizar. O interesse engloba somente os ofendidos, não pode o Estado, de ofício, dar causa a um processo e fazer valer a pretensão de um sujeito perturbado.

O erro médico é um defeito da prestação do serviço, decorre de uma conduta praticada pelo médico ou de situação que devia ser comum ao seu controle, a consequência jurídica é a culpa em uma de suas três modalidades e o dever de reparar o dano quando possível, ou o dever de indenizar o paciente pelo ato ilícito cometido, em virtude de todo dano patrimonial ou extrapatrimonial constituir ato ilícito, logo, com cobertura jurídica tendente a tutelar os direitos básicos do consumidor. Todo erro médico é um precedente para aplicação do Código de Defesa do Consumidor, não é possível falar de um tema e silenciar o outro. O médico caminha ao lado do Código de Defesa de Consumidor. O paciente, na relação contratual-médica é considerado consumidor, extraindo-se daí sua posição de vulnerabilidade (SIMONELLI. 2019).

Como regra geral, o ônus da prova incumbe a quem alega, com raras exceções poderá o magistrado fazer a chamada inversão do ônus da prova, o que baliza a relação de hipossuficiência do consumidor, vítima que sofreu o dano, considerada carente de instrução probatória frente ao agente causador do dano, o médico. Portanto, por se tratar de relação de consumo o juiz aplicará a disposição do artigo 6º, VIII do CDC.

Por outra vertente, pautada na Teoria da Culpa, estendida aos profissionais liberais, o ônus de provar prejuízo seria do paciente, devendo este último provar que o médico agiu de forma a ensejar o resultado danoso e provando a existência do nexo de causalidade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

entre a conduta e o prejuízo. Ao afirmar que incube ao detentor do polo ativo da ação (autor) provar que o profissional liberal agiu culposamente, ratifica-se a responsabilidade subjetiva do médico, que só responderá civilmente caso reste provada sua culpa no caso concreto.

Embora haja uma relação de consumo ou contratual, o médico responderá caso seja provada sua culpa, uma vez que sendo profissional liberal, é cerceado pela responsabilidade subjetiva. O serviço ou produto deve ser adequado ao fim a que se destina, o que se resume na boa qualidade e na eficiência da utilidade fim e das boas técnicas dos meios empregados.

O direito à informação no âmbito da medicina se reduz ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). É o instrumento por meio do qual o médico se senta com seu paciente, intencionado a esclarecer quaisquer dúvidas e transparecer a técnica a ser adotada de forma clara, precisa e adequada ao conhecimento da pessoa a quem está atendendo. Para que a intervenção médica seja válida é imprescindível que a informação tenha sido auferida pelo paciente de forma suficiente quanto à quantidade e precisa quanto à qualidade, todo consentimento que não estiver embasado nesses pilares será desconsiderado. Será a partir da presteza da informação médica que o paciente escolherá dentre as alternativas, a melhor. Para a segurança da relação e a própria segurança do médico, o TCLE deverá ser materialmente documentado. O paciente previamente informado do risco a que submete e às reações ordinárias e extraordinárias do procedimento, decidirá se irá aceitar a intervenção, arcando com suas expectativas ínsitas advindas de um eventual resultado, lado outro, arcará o médico com toda informação quantitativa e qualitativa prestada, baseando-se na literatura médica, nas técnicas manuais e informatizadas (SOUZA e FERNANDES, 2018, p. 62-64).

Excepcionalmente não será possível colher o consentimento do paciente, ocorre em situações em que há risco de morte ou que comprometam transitoriamente o discernimento do paciente. Nessas situações de urgência em que não é possível a obtenção direta pelo paciente, o consentimento será subsidiário e suprido pelos representantes legais do paciente, familiares ou outras pessoas que possam por ele responder. A autonomia, isto é, a liberdade de escolha de submissão a intervenção médica deve ser respeitada, cederá apenas quando a não intervenção pelo profissional importar em um risco transindividual, fazendo sofrer a comunidade, respeitando assim o Princípio da Supremacia do Interesse Público, a exemplo de uma epidemia. O TCLE deve ser preciso quando à escolha, quanto às alternativas rejeitadas, sejam elas invasivas ou terapêuticas,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

quanto aos riscos assumidos, previsíveis ou imprevisíveis, quanto aos resultados esperados, quanto às orientações médicas e técnica acolhida (SOUZA e FERNANDES, 2018, p. 68-69).

3.3 Obrigação de meio e de resultado nas cirurgias estéticas

Inegável que a modernidade vem trazendo novos dogmas e impondo novos padrões, o que resultou em grande aumento da procura por cirurgias plásticas estéticas e grande avanço e aprimoramento da medicina a fim de atender toda a demanda que os consumidores trazem ao mercado da beleza.

Em se tratando de cirurgias estéticas reparadoras, reformadoras ou corretivas, aquelas destinadas essencialmente à saúde, e secundariamente a melhorar a aparência estética, mas sem a obrigação de buscar por um resultado satisfatório, a obrigação não será de resultado, será de meio, devendo em todo caso o médico agir de forma prudente.

Um exemplo de obrigação de meio no que tange à cirurgia plástica, seria o caso de um indivíduo que está em um churrasco de família, quando, de forma não intencional, tropeça sobre a churrasqueira, debruçando-se sobre a brasa e o fogo. Ao procurar o atendimento médico de emergência a intenção primária não é ter uma aparência perfeita ou até mesmo como a antiga, mas sim tratar as queimaduras e complicações supervenientes ao evento. A cirurgia estética será realizada, porém como obrigação meio, visando a ameniza as avarias, já que o resultado meramente embelezador não é o objeto principal da prestação de serviço.

Por outra vertente, quando o médico é procurado em seu consultório por um paciente saudável, mas insatisfeito com sua aparência, querendo mudar seu nariz por julgá-lo muito grande ou querendo aumentar os seios, o reflexo não é na saúde, mas é físico ou social. Apurada a inexecução da obrigação por técnicas não empreendidas diligentemente, surge o dever do médico de indenizar, somente havendo exoneração da obrigação quando o fim prometido é efetivamente alcançado.

O médico é responsável à medida em que assumiu o resultado, quando o resultado avençado é atingido, porém o paciente não se sente satisfeito por razões instauradas em seu íntimo, não poderá haver responsabilização do médico, visto que o resultado proposto foi atingido. Importante mencionar que não é possível sempre entregar um resultado satisfatório, ainda que se entregue aquilo que foi prometido pelo médico ao paciente.

As pessoas estão sujeitas a criarem expectativas elevadas em cima de uma cirurgia estética, cabe ao médico alertar que em certas ocasiões não será possível alterar

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

insatisfações originárias, salientando que a queixa deve ser analisada em um contexto harmônico com a figura do consumidor, inclusive, é recomendado que em alguns casos o médico se abstenha de realizar determinado procedimento por evidentes empecilhos, evitando, assim, dores de cabeça com potenciais processos e indenizações.

Quando o médico não aplica a eficiência necessária e falta com informações é evidente que restará configurado para o paciente o direito de ter seu dano reparado quando possível fazê-lo, ou de ser indenizado se impossível restaurar o status anterior ''status quo ante'', no caso do retoque por erro do médico não terá o paciente o dever de pagar novamente, da mesma forma que o médico não será incriminado quando ceder orientações à cerca do pós-operatório e o paciente vir a descumprir.

Nesse viés, é possível sumular que a autonomia de decidir a submissão ou não a procedimentos médicos e intervenções cirúrgicas, tal como a compreensão dos riscos e efeitos positivos ou negativos das referidas e o elemento volitivo lícito, são condições que só podem ser delegadas ao paciente ou a quem por ele responda, desde que transpassadas todas as informações de forma clara e com adaptações linguísticas e depois de sanadas todas as inquirições do paciente, sua família e responsáveis.

Nesse sentido, Iara Antunes de Souza e Josiene Aparecida de Souza na Obra Direito e Medicina, Autonomia e Vulnerabilidade no Ambiente Hospitalar (2018, p. 31):

> '' partindo da perspectiva de que os Comitês de Bioética Institucionais tem sido uma ferramenta útil para facilitar a tomada de decisão diante de desafios éticos referentes aos cuidados de um paciente, perquire-se: Como construir um espaço deliberativo diante de dúvidas sobre a capacidade decisória e autonomia dos pacientes ? Como determinar os limites de um tratamento médico diante dos conflitos de interesse religiosos? É possível garantir ao paciente o direito de recusa a um cuidado paliativo ? Essas e outras indagações que permeiam a intervenção médica tornaram-se relevantes por permitir questionamentos ético-morais, tendo em vista que as pessoas têm diferentes percepções da realidade, além de colocar em pauta a autonomia na relação médico-paciente que será exercida através do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, TCLE.''

4.RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Na responsabilidade penal o causador do dano responde de forma individualizada, não podendo, os efeitos penais ultrapassarem a pessoa do condenado, sendo a repressão da liberdade e o dever de reparar o dano, único e exclusivo daquele.

Para que a responsabilização reste efetivada no quesito "culpabilidade", terceiro pilar que constitui os elementos do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), o agente deve gozar da capacidade de ter uma pena a ele imputada, de forma a ter plena saúde mental, maioridade, potencial consciência da ilicitude, além do pressuposto de exigibilidade de conduta diversa.

Ser isento de pena em uma das esferas (penal ou civil), não significa dizer que quem lesionou ficará impune ou não será responsabilizado civilmente por ter sido absolvido na seara penal.

> ''Não obstante, casos há em que a irresponsabilidade criminal não significa irresponsabilidade civil, pois o agente que praticou o ato ilícito pode ser considerado irresponsável no campo criminal e responsável na esfera civil, como p. ex., se uma criança de dez anos matar alguém por usar arma de fogo que está ao seu alcance, crime não haverá, pois ela é considerada, pelo ordenamento jurídico brasileiro, absolutamente incapaz de responder pelos atos que vier a praticar, não podendo ser processada penalmente, e muito menos seus pais ou tutor, devido ao caráter pessoal, supramencionado, da norma penal. Contudo, caberá à pessoa a quem couber a guarda do menor o dever de indenizar os herdeiros do falecido pela morte ocorrida, configurando-se, dessa maneira, a responsabilidade civil. (...) É possível, entretanto, que o ato ilícito repercuta tanto na ordem civil como na penal, em virtude de sua gravidade e conseqüências. De um lado, porque ele infringe norma de direito público, constituindo crime ou contravenção, e de outro, porque acarreta prejuízo a terceiro.'' (SAAVEDRA, s.d. on-line).

Acarreta responsabilidade penal do médico a conduta que deixa de comunicar à autoridade pública doença de notificação compulsória, haja vista que o interesse aqui não se restringe ao particular, sendo uma norma de benefício erga omnes, isto é, para toda a comunidade.

O Ministério da Saúde é órgão responsável por listar e atualizar lista de doenças que devem ser notificadas sem discricionariedade. O intuito é universalizar as doenças que

precisam de intervenção estatal para que sejam controladas. Algumas doenças contidas na lista são: Botulismo, Cólera, Coqueluche, Dengue (casos e mortes), Doença de Chagas Aguda, Febre Amarela e seguintes. Importa em quebra de sigilo permissiva.

Outra situação que implica em responsabilidade penal do médico é a omissão de socorro: Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (SIMONELLI, 2019).

É importante esclarecer que apesar do encargo de salvar vidas é necessário que se faça de forma prudente, consoante com o artigo acima que impõe o dever de prestar socorro nos casos em que não implique risco pessoal à própria vida. O médico infrator do artigo supradito terá encaixe nos casos em que por mera liberalidade se recusa a prestar assistência médica, mesmo dispondo de meios peritos para fazê-la e de segurança pessoal.

O assunto da transfusão de sangue não consentida por motivos religiosos (testemunhas de Jeová) divide opiniões e por muito tempo deixou os profissionais da saúde em dúvida sobre como proceder diante da situação. O entendimento sedimentado é de que os adultos respondem por si e têm a escolha de realizar ou não a transfusão de sangue e não pode o Estado interferir em suas crenças religiosas de forma a forçar o paciente a realizar intervenção médica que seja contra sua vontade, pois assim como é garantido o direito à vida, o direito à liberdade de crença também encontra respaldo na constituição. Ademais, prescreve o Código Civil: art. 15 do Código Civil: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.''

Outrossim, no caso de crianças, já foi admitida atitude contrária. Em Goiás, pais seguidores da religião Testemunha de Jeová foram surpreendidos pelo juiz Clauber Costa Abreu, da 15ª Vara Cível e Ambiental, que concedeu liminar para autorizar procedimento de transfusão de sangue contrária à vontade dos pais à criança recém-nascida. O fundamento foi de que a crença religiosa não deve se sobrepor ao direito à vida (CURY, 2019).

Como desdobramento, o artigo 146 do Código Penal conceitua ser crime constranger alguém a fazer o que a lei não permite ou o que ela não manda, possuindo a seguinte redação: ''Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda''

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Portanto, em regra, tal atitude do médico que obedeceu à liminar do juiz constitui conduta ilícita e punível, mas a brecha se encontra no §3º, I que diz: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.'' Em suma, os profissionais atuantes no caso não incorreram em conduta típica punível.

Há ainda a possibilidade de o profissional atestar conteúdo diverso do que consta no relatório da consulta, como no caso em que o paciente solicita atestado médico para faltar voluntariamente ao trabalho por mais dias do que o necessário, inclusive podendo a empresa ajuizar ação indenizatória em face do médico, ou no caso de um amigo pedir o favor de um atestado médico sem nem mesmo ter se consultado. A ação de dar atestado médico tipifica o crime do artigo 302 do Código Penal.

O crime divide-se em dois grupos, será de falsificação de documento público se o médico trabalha no âmbito da administração pública e terá caráter de falsificação de documento particular se o atestado for fornecido na seara particular da relação consumerista.

Será o atestado médico revestido de falsidade material quando for providenciado por pessoa não médica, ou que não tenha habilitação legal para exercer a medicina. De outro lado, será o atestado médico ideologicamente falso (falsidade ideológica) quando for emitido por profissional apto legalmente a exercer a profissão.

Existem no próprio Código Penal e em leis esparsas uma infinidade de artigos potencialmente incriminadores da prática médica, dentre os exemplos citados, ainda é possível citar a Associação Criminosa (288 CP), que pode levar a reunião dos profissionais para a prática delituosa dentro da própria administração pública, amostrando um caso em que pelo fácil acesso, os órgãos humanos poderiam ser comercializados de forma mais descomplicada (SIMONELLI, 2019).

Há casos em que o médico estará acobertado por excludentes de ilicitude e não responderá pelos danos que causar, uma vez que age em exercício regular de um direito, como quando efetua uma incisão no paciente, por vias normais, responderia por lesão, entretanto, é prática permitida e necessária à prática médica, pois todas as cirurgias precedem de violação de um bem jurídico, a integridade física, violação que, na medicina, não configura nenhum ilícito penal, ao passo em que o estado de necessidade produzirá efeito na realidade quando, por exemplo, um médico no meio de uma selva, sem nenhum aparato médico, visando exercer sua função primordial de salvar vidas, assim o faz, conclui-

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

se que qualquer dano que possa advir de tal situação não merece responsabilização na seara penal, posto que a situação era de emergência e sem alternativa (SIMONELLI, 2019).

5 HOMICÍDIO CULPOSO

Como já transcorrido anteriormente, é possível que uma ação médica seja apoiada em um erro médico e traga consequências negativas para a vítima, como advento de uma lesão, incapacidade, ou até mesmo a mais séria e irreversível consequência da morte. É uma conduta culposa que advém de um equívoco comissivo ou omissivo e está inteiramente consubstanciada em três possíveis espécies, imprudência, imperícia e negligência. Sempre que um homicídio decorrer de uma dessas três espécies será culposo, hipótese que não ocorrerá se o médico seguir todo procedimento e agir com cuidado, mas em razão de circunstâncias alheias ao risco do procedimento, o paciente vier a falecer.

6. HOMICÍDIO DOLOSO

Não é esperado que um profissional com tanto zelo pela vida atente de forma dolosa contra o bem jurídico, não obstante, é nítido que nenhum ser humano está isento de agir pela emoção ou deixar com que fatores biológicos interfiram em suas ações, entretanto, em se tratando de médicos, a valoração e repreensão do dano causado é maior, dura e inquietante.

Cada ser humano é único e têm suas próprias crenças, convicções, paixões, aspirações, amigos, inimigos, características, formação pessoal, caráter, entre outras individualidades, não é surpresa que estão sujeitos a cederem ao desejo incutido em seu interior e ao pedido do emocional, colocando muitas vezes o interesse pessoal acima do interesse da coletividade ou do paciente, prevalência essa que tem repercussão na forma dolosa, ou seja, quando o profissional pratica o crime de forma intencional, apenas para satisfazer interesse próprio ou de outrem, o real motivo deve ser analisado de acordo com o caso concreto.

7.CASO VIRGÍNIA HELENA SOARES DE SOUZA (DOUTORA MORTE)

O programa de televisão Domingo Espetacular transmitiu a informação dos crimes que estariam sendo atribuídos à Virgínia Helena Soares de Souza, médica que após ter sido descoberta ficou conhecida como a ‘‘Doutora ‘Morte’’ depois da acusação de ter acelerado a morte de 7 pacientes que ficavam internados na UTI do Hospital Evangélico, na cidade de Curitiba (PR).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A médica foi acusada pelo Ministério Público de acelerar a morte dos pacientes que estavam sob sua guarda, segundo denúncias, as mortes teriam ocorrido entre 2006 e 2013. O caso veio à tona em 2013, momento em que prisões foram decretas e a apuração dos fatos iniciadas. Em sede de investigações policiais foram encontradas orientações da médica a seus subordinados para que alterassem o nível de oxigênio ou ainda injetassem medicamentos capazes de dificultar a respiração, levando ao óbito por asfixia.

O Inquérito Policial coletou bilhetes de pacientes, dentre eles um que dizia ''eu preciso sair daqui, pois hoje tentaram me matar desligando os aparelhos.'' Em declarações à jornais a médica disse: ''eu estou atônita, nunca exerci a profissão com o intuito de ser Deus, decidir quem vive e quem morre. Nossa luta diária é investir o possível e o máximo para resgate da vida em pacientes críticos. Infelizmente nesse trajeto perdemos vidas.

A médica teve sua prisão preventiva decretada, mais de 80 testemunhas foram ouvidas e mais de 40 médicos depuseram, entretanto, o juiz responsável pelo julgamento decidiu pela absolvição, com o fundamento de que as presentes provas não eram conclusivas quanto à culpa para e não podiam levar à uma condenação.

Para a promotoria de justiça as provas eram suficientes para a condenação de Virgínia, tendo perícias médicas do Instituto Médico Legal (IML) reconhecido que as prescrições medicamentosas foram feitas em dosagens e combinadas contrariando a literatura médica. Com a apelação do Ministério Público a médica e outros réus foram submetidos ao tribunal do júri pelos homicídios dolosos contra a vida.

> ''Em abril de 2019, o TJPR aceitou duas denúncias do MPPR contra a médica. O processo é diferente da primeira acusação contra Vírgina, julgada em 2017, quando ela e outras sete pessoas foram absolvidas em primeira instância também pelo Tribunal do Júri. Na nova denúncia, a médica é acusada de antecipar a morte de duas pacientes que estavam internadas na UTI do Hospital Evangélico em 2012. Uma delas, internada após cesárea na UTI do Evangélico, morreu no dia 12 de janeiro de 2012. A segunda paciente, com 16 anos, morreu em 29 de outubro de 2012, após ser internada no Evangélico transferida de Foz do Iguaçu, com queimaduras graves. Segundo a denúncia, Virgínia agiu nos dois casos por motivo torpe, decretando a morte das pacientes antes do correto para liberar leitos. A ação ainda tramita na Justiça.'' (RITZ, 2021)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Além de ser absolvida criminalmente, a médica também foi absolvida pelo Conselho Regional de Medicina (CRM), segundo este, Virginia não sofreu inabilitação profissional e pode voltar a praticar a medicina a qualquer tempo, pleiteou ainda direitos trabalhistas, tendo sido o hospital condenado no montante de R$ 4 milhões das verbas decorrentes de irregularidades trabalhistas.

8.MÉDICOS NO CÓDIGO DE HAMURABI

Nota-se que desde os primórdios a figura do médico sempre foi muito respeitada. O médico era conhecido como o "curandeiro, mago ou sacerdote" dotados de poderes curativos sobrenaturais. O código tratava com rigor aquele que matasse um homem livre, sendo que curandeiro tinha a mão cortada. E caso a cura não acontecesse, consequentemente a culpa recaia sobre o tal feiticeiro, acompanhada de acusação de imperícia e de incapacidade, havendo, já estabelecida uma punição desde os primórdios para os casos de culpa relativa ao insucesso profissional médico. (MACEDO, 2015).

O código era desumano e desproporcional, segue disposições à cerca do exercício da medicina:

> Art. 215 – Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o cura ou se ele abre a alguém uma incisão com a lanceta de bronze e o olho é salvo, deverá receber dez siclos (PARENTONI, 2012).
>
> Art. 218 – Se um médico trata alguém de uma grave ferida com a lanceta de bronze e o mata, ou lhe abre uma incisão com a lanceta de bronze e o olho fica perdido, dever-se-lhe-á cortar as mãos (PARENTONI, 2012).
>
> Art. 219 – Se o médico trata o escravo de um liberto de uma ferida grave com a lanceta de bronze e o mata, deverá dar escravo por escravo (PARENTONI, 2012).

9.RESPONSABILIDADE ÉTICA E ADMINISTRATIVA

O Código de Ética de Medicina é a ferramenta específica que regula internamente a prática médica, em tal é possível encontrar princípios, direitos e deveres da ocupação. O capítulo III do Código de Ética Médica (CEM) reforça o já exposto anteriormente ao usar os seguintes dizeres:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

''É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. '' A responsabilidade ética se aproxima da responsabilidade civil. O médico deve ser diligente, prudente e perito.

> ''Observa-se aqui, que a responsabilidade tanto no âmbito cível como no ético possuem praticamente as mesmas especificações, a diferença é que a primeira terá como órgão competente para julgamento o poder estatal na figura do judiciário, e o segundo será de competência dos Conselhos Regionais onde o médico possuir inscrição, e no caso de não ter inscrição no local onde se deu os fatos, este será julgado pelo conselho regional do local de onde partiu a denúncia.'' (SOARES, s.d. on-line)

As penas disciplinares a serem aplicadas pelos Conselhos Regionais aos seus membros são as seguintes: advertência confidencial em aviso reservado, censura confidencial em aviso reservado, censura pública em publicação oficial, suspensão do exercício profissional até 30 (trinta) dias, cassação do exercício. Em relação à última modalidade descrita, muito se questiona sobre a constitucionalidade dela, posto que a Constituição Federal coíbe sanções de caráter perpétuo, o que teoricamente se adequa ao caso, haja vista que uma vez imposta a penalidade de cassação do registro profissional e desde que o CFM a mantenha, o médico fica proibido de voltar a exercer a medicina em qualquer lugar do país, não sendo permitida prova de reabilitação profissional. A respeito da cassação perpétua do exercício da medicina:

> ''A inabilitação profissional, imposta administrativamente ao médico infrator do Código de Ética Médica, desprovida de possibilidade de reabilitação, transforma a sanção imposta em uma pena de caráter perpétuo, a qual é vedada por cláusula constitucional pétrea. A pena em apreço fere também os princípios da proporcionalidade, da preservação do núcleo essencial e da reserva de lei. Sobre esses princípios, vale ressaltar que as restrições impostas a um direito fundamental - como o da liberdade de escolha e exercício profissional previsto no art. 5º, XIII da CF/88 devem se mostrar adequadas, necessárias e proporcionais, além de resguardarem, pelo menos, uma porção mínima (núcleo essencial) suficiente para que o direito restringido possa desempenhar sua função. A inabilitação ad eternum se encaixa justamente nesse caso, além de não resguardar um espaço mínimo que empresta um sentido único ao direito

> fundamental de exercer a profissão escolhida, se mostra desnecessária e desproporcional.'' (LANDERS, 2022).

De modo geral, as punições apresentam sempre um caráter de perda, seja ela de liberdade ou direitos. É perfeitamente possível que em virtude de um ilícito cometido um médico venha a sofrer os efeitos extrapenais compreendidos no campo administrativo, como a perda do direito da função de médico sob a óbice do artigo 92 do código penal, que impõe a anunciada pena, aplicando-a aos médicos que fazem uso de seu registro médico perante o Poder Público.

Aludida posição de castigo para um ato danoso não é aplicável aos médicos que não exerçam sua profissão na alçada estatal, a julgar pela qualidade especial de exercer o especialista função pública, portanto, não sendo o médico agente público, poderá sofrer a suspensão ou cassação com fulcro em outro dispositivo de lei. É de primordial essencialidade compreender que o apontado artigo não tem o condão de cassar o registro profissional do médico devidamente licenciado de maneira que o inabilite de exercer a ocupação, às avessas, aplica tão somente um efeito para os ilícitos praticados no exercício da profissão ou fora dela, por quem seja ou não médico, mas exerça cargo ou função pública na Administração Direta ou Indireta.

10.CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mais vultosas soluções para grandes problemas são alicerçadas por grandes estudos, por grandes profissionais e por pesquisas metódicas e fabulosas. As maiores descobertas na medicina demandaram anos de pesquisa, estudo e prática. À medida em que práticas milenares se dissipam no tempo, novos esforços são realizados com designío de fazer da ciência não só uma arte, mas um instrumento de cura e prevenção, albergando eficiência e modernidade, de forma a contatar condição de paridade com as patologias existentes, potenciais, previsíveis e não previsíveis.

A ciência, embora tenha alto grau de empreendimento, contando com a prestabilidade de serviços e com vasta área de atuação, bem como descobertas históricas com satisfatórios resultados de um exame a priori, recentemente, descobrindo o genoma do Sars-CoV-2 (coronavírus ou covid-19) e sua respectiva imunização por intermédio das vacinas, ainda é uma tecnologia que está em evolução e, por consequência, inexata, concomitantemente servindo como um gabarito de respostas para indagações e abrindo margens à possibilidades, em que pese, às vezes, ter ausência de precisão.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É dever do médico ser prudente, diligente e perito no exercício da sua profissão, deve sempre visar ser o mais claro possível ao se comunicar com paciente sobre sua doença, sobre os tratamentos e riscos que dela poderão advir, sobre todas as opções e tratamentos alternativos, bem como apresentar as satisfações e insatisfações de um procedimento estético. A não obediência a quaisquer desses deveres jurídicos e éticos ensejarão uma conduta criminosa reduzida a um erro médico e seus desdobramentos.

Face todo o exposto, conclui-se que responsabilidade é incumbir ao médico um processo criminal judicial ou ético a fim de aplicar uma punição pela falta cometida. Uma vez que a conduta possua todos os elementos do fato típico e que as provas apresentadas em juízo sejam favoráveis a uma censura criminal, será o ocupante do cargo submetido às penalidades cabíveis, visto que causou danos a outrem.

Sobre esse prisma, o médico pode praticar ato que repercutirá em sua forma dolosa ou culposa, devendo a culpa ser apurada individualmente em cada caso concreto. O ofício de salvar vidas se apresenta como uma das mais dignas das profissões, sendo de grande mérito o resultado positivo de cada operação realizada, posto isso, a pressão exercida sobre o médico é custosa, portanto, em qualquer ocasião em que o médico se encontre deve ser lembrado e valorado como um ser humano que além de seus pacientes, tem a si mesmo e a outras pessoas que também os importam, familiares e amigos, ressaltando que muitas das vezes sacrifica sua saúde pela saúde dos seus pacientes.

11.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CURY, Lilian, Centro de Comunicação Social do TJGO. **Contra a vontade dos pais, seguidores da religião Testemunhas de Jeová, juiz autoriza transfusão de sangue à recém-nascida**, 2019. Disponível em: OAB Londrina. Acesso em: 19 fev. 2022.

CREMERS, Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul. **Juramento de Hipócrates**. Disponível em: Juramento de Hipócrates - Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (cremers.org.br). Acesso em 16 nov. 2021.

Domingo Espetacular. **Médica acusada de acelerar a morte de pacientes é absolvida pela Justiça**, 2017. Disponível em: Médica acusada de acelerar a morte de pacientes é absolvida pela Justiça - Bing video - YouTube. Acesso em 20 fev. 2022.

FILHO, Carlindo Machado. O Juramento de Hipócrates e o Código de Ética Médica, 2016. Disponível em: Residência Pediátrica - O juramento de Hipócrates e o código de ética médica (residenciapediatrica.com.br). Acesso em 02 de mar. 2022.

IBSP. **5 casos impressionantes de cirurgias feitas do lado errado,** 2015. Disponível em: IBSP – Instituto Brasileiro para Segurança do Paciente - O IBSP é uma organização que tem a missão de transformar a Segurança do Paciente em prioridade estratégica nas instituições de saúde. Capacitamos pessoas. Desenvolvemos soluções. Plantamos e cultivamos ideias capazes de transformar a realidade da SEGURANÇA DO PACIENTE. (segurancadopaciente.com.br). Acesso em 21 mar. 2022.

LANDERS, Patrícia Barbosa de Oliveira. **Cassação perpétua do exercício da medicina: inconstitucionalidade da letra "e", do art. 22, da lei 3.268/1957,** Disponível em: Cassação perpétua do exercício da medicina: inconstitucionalidade da letra "e", do art. 22, da lei 3.268/1957 (migalhas.com.br) Acesso em: 10 mar. 2022.

MACEDO, Viviane**. Erro médico: Consequências e responsabilidade civil,** 2015. Disponível em: Erro médico: Consequências e responsabilidade civil (jusbrasil.com.br). Acesso em: 16 fev. 2022.

PARENTONI, Roberto. **O Código de Hamurabi**, 2012. Disponível em: O código de hamurabi (jusbrasil.com.br). Acesso em: 03 mar. 2022.

RITZ, **Josianne. Justiça decide que médica Virginia Helena Soares de Souza vai a júri popular,** 2021. Disponível em: Justiça decide que médica Virgínia Helena Soares de Souza vai a júri popular - Bem Paraná (bemparana.com.br). Acesso em 10 fev. 2022.

SIMONELLI, Osvaldo. **Responsabilidade Civil do Médico. Direito Médico na prática. Youtube**, 2019. Disponível em: Responsabilidade Civil do Médico. Direito Médico na Prática. *Ep#1* - Bing video. Acesso em: 20 fev. 2022.

SIMONELI, Osvaldo. **Responsabilidade Penal do Médico,** 2019. Disponível em: Responsabilidade Penal do Médico. Direito Mèdico na Prática. *Ep.#5*. - Bing video. Acesso em: 12 fev. 2022.

SOARES, Enmanuely**. Responsabilidade Ética e Civil do Médico**, s.d. Disponível em: Responsabilidade civil e ética do médico - EAdvocacia - Defesa Médica. Acesso em: 21 mar. 2022.

SOUZA, Antunes Iara; FERNANDES, Rafaela Leite. **Direito e Medicina.** Cirurgias Plásticas Estéticas: Obrigação de Meio ou de Resultado X Responsabilidade Civil Médica. Coordenadores: Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves, Iara Antunes de Souza, 2018.

SOUZA, Marcus Valério Saavedra Guimarães. **Responsabilidade Civil e Penal.** Disponível em: Valério Saavedra - Responsabilidade Civil e Penal (valeriosaavedra.com)

TJMG. **Bebê é vítima de imperícia médica**, 2009. Disponível em: Bebê é vítima de imperícia médica (jusbrasil.com.br). Acesso em 07 fev. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA GARANTIA DE MEDIDAS PROTETIVAS NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

HONNEY DE MELLO ARAUJO: Graduando em Direito pela Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão (UNISULMA) [102]

DEISY SANGLARD DE SOUSA[103]

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo compreender a responsabilidade civil do Estado na garantia de medidas protetivas nos casos de violência doméstica. Sabe-se que mesmo que a vítima busque a justiça, pedindo a medida de segurança, ainda assim são comuns os casos de violência doméstica com ocorrências gravíssimas, levando até ao óbito as vítimas. As medidas protetivas são mecanismos criados pela lei para coibir a violência de gênero e claro, evitar que o agressor cause maiores danos à vítima no aspecto psicológico, físico e sexual. Nesse sentido, a eficácia na aplicação da medida torna-se essencial para que a vítima tenha garantido o direito à liberdade, à segurança e à vida, uma vez que a inércia do Poder Público podem afetar a mulher agredida no momento de buscar seus direitos fundamentais, seja pelo sentimento de descrédito nas instituições, seja por medo de represálias pelo denunciado. A violência contra a mulher amplia-se de diversas formas, desde agressão verbal à violência física, causando sofrimento a vítima e consequentemente aos familiares e pessoas próximas. Em relação aos aspectos metodológicos, destaca-se a pesquisa bibliográfica por meio de livros e artigos de autores renomados e especialistas na temática abordada. É fato que há ainda uma grande quantidade de mulheres vítimas de violência que não denunciam o companheiro ou acabam desistindo e, desprotegidas, estão a mercê de outras agressões.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil. Estado. Medida protetiva. Violência doméstica.

ABSTRACT: This work aims to understand the civil responsibility of the State in guaranteeing protective measures in cases of domestic violence. It is known that even if the victim seeks justice, asking for the security measure, cases of domestic violence with very serious occurrences are still common, leading to the death of victims. Protective measures are mechanisms created by law to curb gender violence and, of course, prevent

102 E-mail: admhonneyaraujo@hotmail.com

103 Advogada; Professora Mestra em Educação pela PPGFOPRED – UFMA; Especialista em Ciências Penais e Direito Público – Unisul. E-mail: deisysan@hotmail.com

the aggressor from causing greater damage to the victim in the psychological, physical and sexual aspects. In this sense, the effectiveness in the application of the measure becomes essential for the victim to have guaranteed the right to freedom, security and life, since the inertia of the Public Power can affect the abused woman at the time of seeking her fundamental rights. , either because of the feeling of discredit in the institutions, or because of fear of reprisals by the accused. Violence against women expands in several ways, from verbal aggression to physical violence, causing suffering to the victim and consequently to family members and close people. Regarding the methodological aspects, we highlight the bibliographic research through books and articles by renowned authors and specialists in the subject addressed. It is a fact that there are still a large number of women victims of violence who do not report their partner or end up giving up and, unprotected, are at the mercy of other aggressions.

Keywords: Civil Liability. State. Protective measure. Domestic violence.

1 INTRODUÇÃO

São muitos os desafios para o enfrentamento da violência contra mulher, em decorrência da falta de articulação dos serviços públicos e rede de atendimento, como a não atuação devida do Poder Público, órgãos e profissionais envolvidos no desenvolvimento desse trabalho, para garantir proteção às vítimas.

O desconhecimento da lei de proteção pelas vítimas e, o eventual envolvimento destas com o agressor acaba criando o temor ao denunciar, isto é, a complexidade dos casos de violência contra as mulheres tem gerado crescimento de ocorrências de violência doméstica em todas as regiões do país, elevando os riscos de feminicídio após a primeira denúncia no qual os agressores desrespeitam as medidas protetivas impostas pela Justiça.

A violência contra a mulher é qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. De acordo com Art. 7º da Lei n.º 11.340, "configura violência contra a mulher e qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Portanto, a violência doméstica é compreendida como uma espécie da violência de gênero.

Nesse contexto, o presente artigo apresenta como problemática: "Se existe responsabilidade civil do Estado na garantia de medidas protetivas nos casos de violência doméstica?" Dentre as justificativas para o questionamento, percebe-se que a violência contra a mulher continua a ocorrer diariamente em praticamente todas as regiões do país.

Na maioria das vezes camuflada a agressão tem deixado um estigma de dor, impunidade e principalmente de falta de segurança acerca das garantias que devem ser oferecidas as vítimas. O estudo sobre este tema é de grande relevância no cenário atual já que os índices de violência têm crescido a cada dia.

A partir do momento que cresce a violência contra a mulher em praticamente todas as regiões do Brasil, fica evidenciado que as medidas protetivas são desrespeitadas pelos ex-companheiros e mais vítimas surgem mesmo após a primeira denúncia. Cabe ao Estado ser responsabilizado civilmente, visto que não consegue aplicar na prática o que está prescrito de forma clara na legislação.

Considera-se pertinente este trabalho que tem como objetivo geral compreender a responsabilidade civil do Estado na garantia de medidas protetivas nos casos de violência doméstica. A partir disso, destacam-se como objetivos específicos: apresentação de um histórico da Lei Maria da Penha e seus mecanismos de proteção, assim como também, os tipos de violência contra a mulher. Identificação de medidas protetivas aplicadas nos casos de violência doméstica, bem como a dificuldade de garanti-las na prática de forma eficiente. Por último, a dimensão sobre a responsabilidade civil do Estado diante da ineficácia da aplicação das medidas protetivas nos casos de violência doméstica.

Em relação à metodologia, trata-se de uma revisão bibliográfica por meio de livros e artigos de autores especialistas na temática abordada. Assim, foram visitados sites de pesquisa como Scielo, Biblioteca Virtual e portais do Governo Federal como o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Utilizou-se os seguintes descritores: Responsabilidade Civil, Estado, medida protetiva e violência doméstica.

2 EVOLUÇÃO DOS ESPAÇOS OCUPADOS PELA MULHER NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Historicamente, as mulheres lutam pelo reconhecimento como sujeitos de direito em decorrência das condições estruturais e econômicas. A organização familiar foi regida por décadas pelas prerrogativas do patriarcalismo, cuja característica central é o homem como pilar exclusivo sobre as pessoas do seu grupo familiar.

> Com o advento de certas leis pode-se dizer que superamos alguns obstáculos diante desta vasta realidade violenta que nos consome a cada dia. Temos que nos unir em prol desta questão de direitos universais e juntos corroborarmos nesta causa nefasta. Ao realizar este projeto hipoteticamente tentaremos suprir aqui neste assunto

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> supra referido um enorme abrir de olhos desta população que é altamente machista que ao ver de muitos tentam atingir o escopo de se sobressair vitorioso e lutar sempre por um direito que se adquire desde nascituro (CABRAL, 2004, p.27).

Os movimentos sociais organizados pelas mulheres para o avanço das conquistas sociais estão relacionados com a intimidade e o reconhecimento face ao outro, o que faz com que se articulem para solucionar cada vez melhor os vários tipos de violência contra a mulher. O advento do século XXI e da globalização dos meios de comunicação social proporcionaram um avanço no contexto familiar, quando mulheres passam a se posicionar sobre essa desigualdade demonstrando que tem capacidade, competência, criatividade tanto quanto o homem, na maneira de encarar as dificuldades e desafios (CAMPOS, 2008).

Partindo, também, para outros momentos históricos, encontramos inúmeras desigualdades entre homens e mulheres, tais como também aos Jogos Olímpicos na Grécia Antiga, que não podiam ser vistos pelas mulheres, pois esse espetáculo era reservado aos homens, que possuíam a capacidade de apreciar o belo, ou seja, o corpo dos atletas, que competiam sem nenhuma veste, isto é, nus. Fato que denota à antiguidade já a desvalorização e exclusão das mulheres na sociedade.

> É impossível determinar o momento a partir do qual a mulher foi relegada a uma posição de inferioridade com relação ao homem, já que desde os primórdios existe a figura do primata arrastando sua fêmea pelos cabelos, após conseguir vencer sua resistência, obviamente, mediante uma pancada na cabeça (CABRAL, 2004, p.28).

Na sequência, a Igreja e o Estado determinaram o casamento como um ato indissolúvel como forma de garantir a ordem social, impedindo que os laços constituídos se rompessem, punindo principalmente mulheres que ousassem se separar com o banimento social, pois os homens praticamente não era penalizados em razão da posição que ocupavam. Desta forma, a mulher era considerada incapaz de seguir sua própria vida, estando em posição de inferioridade, quando na verdade não possuía mais condições de permanecer.

Sempre colocada como propriedade do homem, a mulher foi literalmente usada para gerar filhos e suprir as necessidades biológicas masculinas, podendo para tanto ser capturada, raptada, comprada, trocada ou recebida como uma recompensa. Por muitos séculos foi tido como reserva do homem (RAO, 1991).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Com o Cristianismo, a mulher ainda mantida em posição inferior, começou a ser vista como uma criação condicionada à vontade do homem. Somente a partir do século XVII encontra-se alguma documentação importante sobre as mulheres no Brasil. Nessa fase histórica, de base patriarcal, o homem figurava-se cada vez mais egocêntrico, o centro político da sociedade e constituía uma força que se antepunha ao Estado. Entre eles havia uma igreja, atuando como uma espécie de intermediária, principalmente através das mulheres que militavam na religião como forma de compensar sua inferioridade social (RAO, 1991).

A única virtude da mulher neste contexto encontrava-se em sua virgindade, que também compreendia a honra da família desta, e portanto, era guardada pelo patriarca como um bem valioso, tornando-se uma funcionária do lar, onde não corria o risco de perder sua "virtude".

Analisando pela dimensão econômica, observou-se que na classe alta da sociedade brasileira do século XVII, as mulheres eram mantidas em reclusão, sendo sustentadas por seus maridos, fato que não se dava na classe média e baixa da sociedade patriarcal, onde as mulheres pobres não podiam ser reclusas, pois, muitas vezes sustentavam a casa como costureiras, lojistas, lavadeiras e outras profissões, além da prostituição (RAO, 1991).

A sociedade, em constante mutação e sempre com novas tendências comportamentais, ficou sem respaldo jurídico para solucionar os novos conflitos que surgiam, passando a depender da adaptação dos preceitos jurídicos, adaptações realizadas pelos juízes e juristas formadores de jurisprudências. A conquista por um espaço na sociedade pelas mulheres brasileiras era apenas questão de tempo. O que demorou séculos para acontecer, agora é comum, isto é, a mulher ingressa em setores onde apenas homens comandavam. Até mesmo um Ministério das Mulheres104 foi criado para garantir ainda mais seus direitos e também uma de fortalecer a classe feminina.

Obviamente, que a evolução dos direitos das mulheres não pararam por aí. Dentre eles, cita-se o primeiro tratado internacional dos direitos das mulheres, pois a sua discussão permitiu a promulgação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Disciminação contra a Mulher (CEDAW), em 1979, pela ONU. A Convenção é considerado

104 Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos é um dos Ministérios que compõem o gabinete executivo do Governo Federal. Instituído pelo ex-presidente Fernando Henrique em 1997 e extinto em 2016, após a posse de Michel Temer e recriado em 2017 pelo mesmo, desta vez sob o nome de Ministério dos Direitos Humanos. No Governo Bolsonaro, a pasta foi transformada em Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, englobando as políticas indígenas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

um marco na história dos direitos das mulheres. No Brasil, pode-se citar a Lei maria da Penha promulga em 7 de agosto de 2006.

3.1 Tipificação da violência

Há uma preocupação do legislador não somente em definir a violência doméstica e familiar, bem como especificar suas formas, até porque, no âmbito do Direito Penal regem os princípios da taxatividade e da legalidade, sede em que não se admitem conceitos vagos.

> Ainda assim, o rol trazido pela Lei não é exaustivo, pois o art. 7.º utiliza a expressão "entre outras". Portanto, não se trata de *numerus clausus,* podendo haver o reconhecimento de ações outras que configurem violência doméstica e familiar contra a mulher. As ações fora do elenco legal podem gerar a adoção de medidas protetivas no âmbito civil, mas não em sede de Direito Penal, pela falta de tipicidade (DIAS, 2015, p.46).

Além das sequelas decorrentes do reconhecimento do delito como violência doméstica, como o aumento da pena (CP, art,. 61, II, *f*), sujeita-se o réu às demais vicissitudes que impõe a Lei Maria da Penha. Assim, mesmo que o crime possa ser reconhecido como de pequeno potencial ofensivo, a ação não tramita nas Varas dos Juizados Especiais Criminais – JECrims, mas nas Varas Criminais, enquanto não instalados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDFMs. No entanto, não faz jus o réu às benesses da Lei dos Juizados Especiais.

A partir do momento que compreende-se a Lei Maria da Penha como mecanismo legal que combate violência doméstica e familiar contra a mulher, tal violência pode ser tipificada da seguinte forma:

3.1.1 Violência física

Conforme a Lei n.º 11.340/2006, em seu art. 7.º, inc. I: "a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal." Ainda que a agressão não deixe marcas aparentes, o uso da força física que ofenda o corpo ou a saúde da mulher constitui *vis corporalis,* expressão que define a violência física.

A integridade física e a saúde corporal são protegidas juridicamente pela lei penal (CP, art. 129). A violência doméstica já configurava forma qualificada de lesões corporais, foi inserida no Código Penal em 2004, com o acréscimo do § 9.º ao art. 129 do CP: "Se a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade". A Lei Maria da Penha altera a pena desse delito: de 6 meses a um ano, a pena passou de 3 meses para 3 anos.

Ainda que não tenha havido mudança na descrição do tipo penal, ocorreu a ampliação do seu âmbito de abrangência. Como foi dilatado o conceito de família, albergando também as unidades domésticas e as relações de afeto, a expressão "relações domésticas" constante do tipo penal passa a ter uma nova leitura (DIAS, 2015, p.47). Não só a lesão dolosa, também a lesão culposa constitui violência física, pois nenhuma distinção é feita pela lei sobre a intenção do agressor.

3.1.2 Violência psicológica

Fica evidenciado na Lei n.º 11.340/2006, no art. 7.º, inc. II: "a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar as suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação."

> Trata-se de previsão que não estava contida na legislação pátria, mas a violência psicológica foi incorporada ao conceito de violência contra mulher na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, conhecida como Convenção de Belém do Pará. É a proteção da auto-estima e da saúde psicológica. Consiste na agressão emocional (tão ou mais grave que a física). O comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído, configurando a vis compulsiva (DIAS, 2015, p.48).

A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre os sexos. É frequente, mas nem sempre denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciados. Para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia. Reconhecida pelo juiz

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

sua ocorrência, cabível a concessão de medida protetiva de urgência. Praticado algum delito mediante violência psicológica, a majoração da pena se impõe (CP, art. 61, II, *f*).

3.1.3 Violência sexual

A Lei n.º 11.340, em seu artigo 7.º, III: "a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos."

> A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica – chamada Convenção de Belém do Pará – reconheceu a violência sexual como violência contra mulher. Ainda assim, houve uma certa resistência da doutrina e da jurisprudência em admitir a possibilidade da ocorrência de violência sexual nos vínculos familiares. A tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se eu estivesse ele a exercer um direito (DIAS, 2015, p.49).

O Código Penal é mais severo com relação aos crimes perpetrados com o abuso da autoridade decorrente de relações domésticas. Assim, reconhece como circunstâncias que sempre agravam a pena o fato de o crime ter sido praticado (CP, art. 61, II, *e*): "contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge"; e (CP, art. 61, II, *f*): "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade." A Lei Maria da Penha inseriu neste dispositivo legal mais uma hipótese: "com violência contra a mulher na forma da lei específica". Com este acréscimo, assim ficou redigido o dispositivo (CP, art. 61, II, *f*): "com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com a violência contra a mulher na forma da lei específica."

Todos os delitos, se cometidos no âmbito das relações domésticas, familiares ou de afeto constituem violência doméstica, e o agente submete-se à Lei Maria da Penha. Mesmo o delito de assédio sexual, que está ligado às relações de trabalho, pode constituir violência doméstica quando, além do vínculo afetivo familiar, a vítima trabalha para o agressor.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> A lei penal, além de definir o crime e estabelecer pena à prática de cada um dos crimes sexuais, determina que a pena seja aumentada da metade quando (CP, art. 226, II): "o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela." As hipóteses previstas na Lei Maria da Penha como configuradoras de violência sexual tem um espectro bem maior. Porém, o legislador não teve o cuidado de ampliar as hipóteses em que reconhece que os crimes sexuais configuram violência doméstica. Com o advento da Lei Maria da Penha, foram estabelecidos novos contornos à violência sexual. Indispensável que a remissão à violência doméstica fosse acrescentada também à majorante, como foi feito com o art. 61, II, *f*. Em face do descuido da lei, a violência sexual cometida no âmbito doméstico enseja o aumento da pena por incidência da agravante genérica (CP, art. 61, II, *f*), mas não é uma majorante dos crimes sexuais (CP, art. 226, II) (DIAS, 2015, p.49).

Os delitos sexuais são identificados pela lei como de ação privada, a depender de representação da vítima. No entanto, quando o crime é perpetrado com abuso do poder familiar, por padrasto, tutor ou curador, a ação é pública incondicionada.

A segunda parte do inciso III do art. 7.º da Lei Maria da Penha enfoca a sexualidade sob o aspecto do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Trata-se de violência que traz diversas consequências à saúde da mulher. A própria Lei assegura à vítima acesso aos serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodependência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis (art. 9º, § 3.º).

> Tais providências objetivam evitar a gravidez indesejada decorrente de relação sexual não consentida. Aliás, a Lei 9.263/1996, a Lei do Planejamento Familiar, assegura o acesso à contracepção pelo Sistema Único de Saúde. A vítima precisa ter acesso não só ao medicamento que se popularizou como "pílula do dia seguinte", como ao aborto que é permitido, quando a gravidez resulta de estupro. Porém, todos sabem da dificuldade de comprovar que se trata de violência sexual quando existe um vínculo de convivência entre o abusador e a vítima (DIAS, 2015, p.51).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

De qualquer forma, para a interrupção da gravidez que decorreu de violência sexual não é necessária autorização judicial, até porque se trata de exercício de direito assegurado na lei que não impõe essa condição. Ainda que não tenha intenção de mover ação penal contra o seu algoz, deve a vítima proceder ao registro da ocorrência, e com tal documento comparecer à rede hospitalar pública. No entanto, em face da resistência dos hospitais realizarem o procedimento, acabam as vítimas tendo que se socorrer da Justiça.

3.1.4 Violência patrimonial

Art. 7º da Lei n.º 11.340, inc. IV: "a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

A partir da nova definição de violência doméstica, assim reconhecida também a violência patrimonial, não se aplicam as imunidades absolutas ou relativas dos arts. 181 e 182 do Código Penal quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar.

> Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra sua cônjuge ou companheira, ou, ainda, alguma parente do sexo feminino. Aliás, o Estatuto do Idoso, além de dispensar a representação, expressamente prevê a não aplicação desta excludente da criminalidade quando a vítima tiver mais de 60 anos (DIAS, 2015, p.52).

A Lei Maria da Penha reconhece como violência patrimonial o ato de "subtrair" objetos da mulher, o que nada mais é do que simplesmente furtar. Assim, se subtrair para si coisa alheia móvel configura o delito de furto, quando a vítima é mulher com quem o agente mantém relação de ordem efetiva, não se pode mais reconhecer a possibilidade de isenção da pena. O mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano.

É violência patrimonial "apropriar" e "destruir", os mesmos verbos utilizados pela lei penal pra configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito à representação. Além de tais condutas constituírem crimes, se praticados contra a mulher com que o agente mantém vínculo familiar ou afetivo, ocorre o agravamento da pena (CP, art. 61, II, *f*).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Não é necessário que o encargo alimentar esteja fixado judicialmente. Mesmo durante a vida em comum, deixar de pagar pensão e os meios de assegurar a subsistência da esposa ou da companheira, que não tem meios de prover a própria subsistência, além de violência doméstica, o homem pratica o crime de abandono material.

3.1.5 Violência moral

Art. 7.º da Lei n.º 11.340/2006, V: "a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria."

> A violência moral encontra proteção penal nos delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria. São denominados delitos que protegem a honra, mas, cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral. Na calúnia, o fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime; na injúria não há atribuição de fato determinado. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva; a injúria atinge a honra subjetiva. A calúnia e a difamação consumam-se quando terceiros tomam conhecimento da imputação; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação (DIAS, 2015, p.54).

Estes delitos, quando são perpetrados contra a mulher no âmbito da relação familiar ou afetiva, devem ser reconhecidos como violência doméstica, impondo-se o agravamento da pena (CP, art. 61, II, *f*). De um modo geral são concomitantes à violência psicológica.

4 MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE URGÊNCIA E SUA APLICAÇÃO: DILEMAS E DESAFIOS

Outro avanço contido na Lei Maria da Penha diz respeito às medidas protetivas. Trata-se de uma forma de coibir agressões de qualquer um dos tipos de violência vivenciado pelo gênero feminino. Poderá a vítima solicitar a medida ao Ministério Público ou autoridade policial, que irá direcionar o pedido ao Judiciário.

Ademais, pelo caráter de urgência, a lei prevê que a autoridade judicial deverá decidir sobre o pedido (liminar) no prazo de 48 horas após o protocolo, independe de audiência das partes e da manifestação do Ministério Público, ou seja, a decisão tem caráter liminar. Frisando que após a concessão das medidas protetivas é que o agressor é comunicado, passando a estar obrigado desde sua intimação.

Conforme os artigos 22 a 24 da Lei n.º 11.340/2006, são dois tipos de medidas protetivas de urgência. Aquelas que obrigam o agressor a não praticar determinadas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

condutas e as medidas que são direcionadas à mulher e seus filhos, visando protegê-los. Salienta-se que, com a proibição do agressor manter qualquer tipo de contato com a agredida, cumulando para filhos e testemunhas, veda-se também o contato por qualquer uma das redes sociais.

Considera-se o artigo 22 da referida lei que estabelece um rol de medidas protetivas de urgência que o juiz ou juíza pode determinar, tais como: proibição ou restrição do uso de arma por parte do agressor, afastamento do agressor da casa, proibição do agressor de se aproximar da mulher agredida, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, obrigatoriedade da prestação de alimentos provisórios, restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor, proibição de venda ou aluguel de imóvel da família sem autorização judicial, dpósito de valores correspondentes aos danos causados pelo agressor e etc. Além disso, a Lei n. 13.641/2018 altera dispositivos da Lei n. 11.340/2006, tornando crime o descumprimento de medidas protetivas de urgência expedidas em razão de violência doméstica (CAMPOS, 2011).

Já para os casos de medida protetiva de urgência para auxílio e amparo das vítimas, têm-se os artigos 23 e 24. Nessa perspectiva, é tácita a tentativa do Poder Público de proteção da mulher, adequando-se ao que determina a Constituição Federal no § 8º do artigo 226, quando determina sanções mais rígidas e formas de prestar assistência e proteção a quem sofre violência doméstica.

No mesmo sentido, outro acréscimo à legislação é a Lei n.º 13.641/2018, a qual alterou a Lei Maria da Penha incluindo o artigo 24-A, tornando crime o descumprimento das medidas protetivas de urgências dos artigos 22 a 24 da Lei 11.340/2006. Tal inovação legal pôs fim a divergência no Judiciário, vez que apesar de outros entendimentos, o STJ havia julgado anos atrás que o descumprimento de medidas protetivas de urgência não caracterizava crime de desobediência. Agora, para reforçar tal análise, traz-se decisão posterior à Lei n.º 13.641/2018 do próprio STJ:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. LEI MARIA DA PENHA. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIORMENTE DECRETADA. REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIR A INTEGRIDADE DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DE PROGNOSE QUANTO À EVENTUAL APLICAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1.A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2.Conforme se extrai do auto de prisão em flagrante, a vítima já havia sido agredida em ocasião pretérita aos fatos (ação penal 000106-45.2017.8.12.0037), com imposição de medidas protetivas, as quais foram descumpridas pelo paciente. Tais fatos demonstram sua periculosidade e a possibilidade de reiteração na prática do delito de violência contra a mulher, cuja proteção, nesse momento, é prioritária. Precedentes.

3.Não é possível a realização de uma prognose objetiva em relação à futura pena a ser aplicada ao recorrente no caso de eventual condenação, em razão, principalmente, da existência de outro processo contra o paciente pela prática de delito praticado contra a mesma vítima, no contexto da lei Maria da Penha, além dos elementos fáticos e probatórios a serem analisados pelo juízo sentenciante.

4.A presença de circunstâncias pessoais favoráveis não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese.

5.Recurso ordinário desprovido.

(STJ – RHC 97.315/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018)

Expõe-se, ainda, que em tal crime há possiblidade de concurso de pessoas e o partícipe incorreria nas penas do artigo 24-A quando, por exemplo, no caso de conhecedor da decisão que deferiu a medida protetiva de urgência, que proíbe qualquer contato entre o agressor e a vítima, este age enviando uma correspondência do agente para a ofendida (STJ, 2018).

Outrossim, o crime pode ocorrer ainda em sua modalidade tentada. Tal fenômeno ocorreria quando, como no exemplo acima, uma terceira pessoa interceptar a carta ou ler a mensagem e, após, acionar a polícia.

Vale a pena ressaltar alguns pontos da Lei Maria da Penha, como o que está contido no enunciado 536 do STJ, que diz: "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha" (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10 de junho de 2015, Dje 15/06/2015).

Assim, confirma-se a impossibilidade de aplicação dos benefícios da lei dos juizados especiais a este crime, em face dos institutos despenalizadores serem absolutamente incompatíveis com a Lei n.º 11.340/2006. Nesse sentido, aduz Guilherme de Souza Nucci (2016, p.52):

> Onde se lê crimes, leia-se, em verdade, infração penal, o que permite abranger a contravenção penal. Ilustrando, se vias de fato (art. 21, Lei de Contravenções Penais) forem cometidas contra a mulher, no âmbito doméstico, cuida-se de contravenção penal não sujeita à Lei 9.099/95, pois esse é o escopo da Lei n.º 11.340/2006.

Outro ponto importante é tentativa de aplicação do "princípio da bagatela", quando a vítima, mesmo após representar criminalmente, solicitar medidas protetivas, retoma o relacionamento com o agressor. Alegando que o Estado não pode impor sua vontade na relação doméstica das partes.

Contudo, mesmo após quase dezesseis anos da criação da Lei Maria da Penha, ainda com constantes embates para sua aplicação no dia a dia das vítimas que deveriam ver-se protegidas, é possível observar diversos pontos passíveis de evolução.

Nesse interim, destaca-se sobretudo a evolução no que se refere ao trabalho de informação e conscientização oferecido para a sociedade, acesso das vítimas às formas de denúncia, e ainda, de punição dos agentes agressores. Destaca-se também que tão importante quanto a aplicação da lei e seu fortalecimento, é que esta também possua

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

métodos e previsões para conscientizar, incluindo aqueles que cometem violência doméstica. Assim como desenvolver políticas educacionais e públicas nesse sentido que alcance o maior número de sujeitos.

A mera criminalização da conduta não garante a efetividade da norma. Assim como ainda que tenha sua aplicabilidade números e índices interessantes, não se torna suficiente para atingir e finalidade, qual seja, resguardar mulheres de violências sofridas.

Não mais é vedada a permissão de fiança pela autoridade policial nos crimes relacionados, a intenção do legislador foi retirar o crime do art. 24-A da esfera das infrações de menor potencial ofensivo, como ocorre com as demais infrações penais referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. Cabe ao juiz analisar o cabimento da fiança e esclarecer a gravidade do que o legislador atribui ao delito.

Conforme o disposto no § 2º do art. 24-A, em situações de prisão em flagrante somente a autoridade judicial pode conceder fiança. Corresponde a uma limitação em relação ao que dispõe o Código de Processo Penal. O § 3º do art. 24-A explica que a caracterização do crime de desobediência não prejudica a aplicação das demais sanções cabíveis em decorrência do descumprimento das medidas protetivas, inclusive as com caráter civil e restritivas de direito.

Ainda, as medidas protetivas podem progressivamente evoluir até a decretação da prisão preventiva. É comum observar situações em que as mulheres vítimas de violência têm decretada em seu favor uma medida, mas na realidade, o agressor acaba ignorando a ordem judicial. Nos dias de hoje, além das consequências processuais que podem surgir com o descumprimento da medida, há também o crime específico dessa ação que garantirá a punição do agressor reincidente.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DIANTE DA INEFICÁCIA PARA GARANTIR AS MEDIDAS PROTETIVAS

É comum encontrarmos no noticiário da TV ou mesmo em sites na internet ou redes sociais histórias acerca de mulheres vítimas de violência doméstica mesmo após terem conseguido as chamadas medidas acautelatória de urgência, expressas no artigo 22 e seguintes, cuja finalidade é estagnar a violência doméstica e familiar contra a mulher com mecanismos eficientes que possam imobilizar a ação do infrator antes que o pior aconteça. Infelizmente, a realidade está bem diferente do que preconiza a teoria da legislação.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É notório que mesmo após a denúncia e obtendo as medidas de proteção, as mulheres ainda correm sérios riscos de serem assassinadas ou pelo menos agredidas novamente, já que não é praticamente impossível evitar o agressor aparecer de repente e não há como aguardar a chegada da autoridade policial. Portanto, a mulher está quase sempre sozinha nessa luta pela vida. O estado tem muitas responsabilidade e o seu aparato é insuficiente para atender todas as usuárias de forma plena e satisfatória.

Conforme dados do Ministério da Saúde, as taxas de homicídio feminino tiveram um pequeno decréscimo no primeiro ano de vigência da Lei Maria da Penha (2006), mas voltaram a crescer rapidamente, chegando em 2010 aos patamares de 1996, isto é, de 5 homicídios a cada 100 mil mulheres (BRASIL, 2016).

Fica claro que as regras, leis e normas que combater a violência doméstica contra a mulher foram estabelecidas pela Lei Maria da Penha (2006) que provocou redução considerável, mas tal redução não foi sustentada, tendo atingido índices altíssimos nos anos seguintes.

> Uma das grandes novidades foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – JVDFMs, com competência cível e criminal, outro ponto importante é que foi devolvida à autoridade policial a prerrogativa investigatória, cabendo-lhe instalar o inquérito. A Lei proíbe a aplicação de pena pecuniária, multa ou a entrega de cesta básica e permite a prisão preventiva do ofensor, também permite que o juiz determine o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação. Além de que o juiz deve adotar medidas que façam cessar a violência, como determinar o afastamento do agressor do lar e impedi-lo que se aproxime da vítima (SOUZA, 2015, p.23).

A responsabilidade civil do estado consiste em reparar economicamente os danos causados a terceiros na área patrimonial ou moral, cuja obrigação estatal tem sido cada vez mais ampliada para garantir os direitos constitucionais garantidos pelos cidadãos. Essa forma de compensação não apenas inclui atos ilegais do Estado, mas também busca compensação por atos lícitos das autoridades do Estado e por omissão, desde que esse seja um fato prejudicial para a vítima e o elo entre o ato ou omissão do Estado e comprovou o dano.

A responsabilidade financeira do Estado por compensação pode ser em termos de proteção e responsabilidade do estado pela violência contra as mulheres nos vários ramos.

O problema central a ser explicado é a violação de um direito fundamental, garantido pela constituição federal de 1988 (OLIVEIRA, 2011).

> Isso significa que a segurança como fator de responsabilidade do Estado deve ser amplamente monitorada e garantida pelos órgãos de gestão, uma vez que é uma tarefa definida normativamente. No entanto, quais seriam os limites da unidade federal para a intervenção e proteção desses direitos na família - violência doméstica - e também social - violência no trabalho, na rua e similares (GUERRA, 2010, p.58).

No que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, deve-se notar que a obrigação de fazer as pazes decorre do fato de que nenhuma ação é tomada para evitar violações da lei por várias razões, não apenas nos casos em que nenhuma medida de redução é aplicada. O não cumprimento de uma ação preventiva prejudica a comunidade, neste caso as mulheres que sofrem violência devido à inoperabilidade do estado, razão pela qual o estado fará reparações no campo civil (OLIVEIRA, 2011).

O artigo 5, caput, da constituição federal de 1988 fornece segurança como um direito fundamental de todos os cidadãos. Portanto, é óbvio que a boa administração está vinculada à garantia desse direito. Atos que violam a proteção da vida devem, portanto, ser reparados pelo Estado, uma vez que não basta criar mecanismos, mas implementá-los para solucionar o problema.

5.1 Teoria da responsabilidade subjetiva

A teoria subjetiva aponta que o elemento culpa compõe, em regra, um dos aspectos necessários para a responsabilidade civil. No Código Civil, pode-se percebê-la lendo o artigo 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente".

Seguindo orientações de Maria Helena Diniz, o ato ilícito, presente no artigo supracitado, compreende o comportamento humano contrário às normas jurídicas e que infringe direito subjetivo de outrem, gerando dano patrimonial e/ou moral, estabelecendo-se o dever de repará-lo, nos termos dos arts. 927 e 944 do Código Civil (DINIZ, 2009).

A reponsabilidade subjetiva fundamenta-se no elemento subjetivo, na intenção do agente. Para sua caracterização, depende-se da comprovação de quatro elementos: a conduta estatal; o dano, condição indispensável para que a indenização não gere

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

enriquecimento ilícito; o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; e o elemento subjetivo, a culpa ou dolo do agente. Esses elementos são indispensáveis e devem ser considerados de forma cumulativa, gerando a ausência de qualquer um deles, a exclusão da responsabilidade

A responsabilidade subjetiva é baseada justamente no elemento subjetivo, na intenção do agente. Sua caracterização, depende que quatro elementos sejam comprovados: Conduta do estado; Dano, um requisito essencial para que a compensação não cause enriquecimento ilegal; Nexo causal entre conduta e dano; Elemento subjetivo, culpa ou dolo do agente. Tais elementos são vitais e devem ser visualizados cumulativamente, a ausência de um desses elementos leva à exclusão de responsabilidade (MARINELA, 2016).

5.2 Responsabilidade objetiva do Estado

A Teoria objetiva, também conhecida como teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista, existe desde 1947 e perpetua até os dias atuais. "A teoria objetiva foi reconhecida desde a Constituição Federal de 1946 e é adotada até os dias de hoje" (MARINELA, 2016).

A teoria da responsabilidade objetivo fundamenta-se na noção de "risco administrativo", não necessitando comprovar culpa ou dolo do agente público. Para Carvalho (2017) os elementos que caracterizam a responsabilidade objetiva são:

> a) Conduta (lícita ou ilícita) – praticada por um agente público, atuando nessa qualidade;
>
> b) Dano – causado a um bem protegido pelo ordenamento jurídico, ainda que exclusivamente moral;
>
> c) Nexo de causalidade, ou a demonstração de que a conduta do agente foi preponderante e determinante para a ocorrência do evento danoso ensejador da responsabilidade".

Sendo assim, a responsabilidade objetiva é norma no Brasil, todavia, doutrina e jurisprudência acolhem ser possível conciliá-la com a responsabilidade subjetiva, nos casos decorrentes de atos omissivos (MARINELA, 2016).

5.3 Responsabilidade estatal no direito positivo brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É notório que há bastante tempo o Brasil enfrenta problemas na segurança pública, com destaque para os presídios superlotados, falta de controle das fronteiras, tráfico de drogas, armas, animas e outros. No entanto, destaca-se aqui neste trabalho, a responsabilidade civil do Estado diante da ineficácia para garantir as medidas protetivas nos casos de violência doméstica.

Diariamente, em diferentes regiões do país, mulheres são violentadas, agredidas e assassinadas por seus ex-companheiros, em algumas situações, já deferida as medidas de proteção após a denúncia oficializada. No entanto, não foi suficiente para garantir o direito à vida e preservar a dignidade humana.

Na visão de Gasparini (2012, p.1122) responsabilidade civil do Estado pode ser conceituada como sendo "a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável".

Salienta-se que a compreensão doutrinária e jurídica de responsabilidade estatal no direito positivo brasileiro é muito diferente. Nos deparamos com casos semelhantes, nos quais são observados parâmetros divergentes para a caracterização da obrigação de indenização estatal.

Compreende-se que as teorias subjetiva e objetiva, adotadas pelo Código Civil de 2002, seguindo a técnica legislativa, o modelo de responsabilidade civil, prevalecendo, as visões jurisprudenciais e doutrinárias pela necessidade de demonstração, em regra, da culpa genérica.

No entanto, nota-se que há uma tendência a reconhecer a exata responsabilidade do Estado por omissões. E sobre o tema investigado, obviamente que há omissão do Estado que não consegue aplicar na prática de forma efetiva, as medidas protetivas nos casos de violência doméstica. Portanto, o ente público é responsável pelos crimes cometidos por companheiros agressores que não deveriam sequer se aproximar da vítima, muitas vezes a ex-mulher ou namorada que não quis mais continuar a relação.

Essa falta de controle e constante casos de feminicídios em todos o Brasil por mulheres após as denúncias, e após serem beneficiadas pelas medidas protetivas apenas confirma a infraestrutura precária que passa a segurança pública, pois é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, conforme previsto na Constituição Federal.

5.4 Alterações recentes da Lei Maria da Penha

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nos últimos anos, a Lei Maria da Penha passou por algumas mudanças, somente em 2019, seis normas. Entre os exemplos, a Lei nº 13.827/19 permitiu a adoção de medidas protetivas de urgência e o afastamento do agressor do lar pelo delegado. O mesmo dispositivo determinou ainda que o registro da medida protetiva de urgência seja feito em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dando continuidade, a Lei n.º 13.836/19 tornou obrigatório informar quando a mulher vítima de agressão doméstica ou familiar é pessoa com deficiência. Cita-se também a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados (BRASIL, 2022).

O portal do Governo Federal informou que em outubro de 2019, as Leis nº 13.882/19 e 13.880/19 abrangeram que a garantia de matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio; e a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica. Entre os dispositivos, antecipou a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável. A norma instituiu a prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar. Em 2020, a Lei nº 13.984/20 estabeleceu obrigatoriedade referente ao agressor, que deve frequentar centros de educação e reabilitação e fazer acompanhamento psicossocial.

Em 2021, foi sancionada a Lei nº 14.188/21, que incluiu a existência da violência psicológica como item para o afastamento do lar. Foram publicadas três normas diretamente relacionadas à Lei Maria da Penha. Entre elas, a Lei nº 14.132/21, que inclui artigo no Código Penal (CP) para tipificar os crimes de perseguição (stalking), e a Lei nº 14.149/21, que institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, com o intuito de prevenir feminicídios. A Lei n° 14.164/21 altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional para incluir conteúdo sobre a prevenção à violência contra a mulher nos currículos da educação básica, além de instituir a Semana Escolar de Combate à violência contra a Mulher, a ser celebrada todos os anos no mês de março (BRASIL, 2022).

Mais recentemente, em decisão inédita, "a sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada para mulheres transexuais. Foi a primeira vez que a questão foi julgada pelo tribunal e serve de precedente para que outras instâncias da Justiça sigam esse entendimento", Falcão e Vivas (2022, p.2).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É relevante destacar que diversos projetos de lei tramitam no Congresso Nacional com a finalidade de promover diversas emendas à Lei Maria da Penha. A Lei 11.340/2006 é uma das conquistas da luta das mulheres por maiores benefícios, garantias e proteção. É sempre importante falar sobre sua história, mudanças e aplicação para entender que é uma das maiores, senão a maior, lei de proteção à mulher em território brasileiro e não é por acaso que é considerada pela Organização das Nações Unidas – ONU como uma das três melhores leis do mundo que visam proteger as mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 11.340/2006 – chamada Maria da Penha foi criada no intuito de resgatar a cidadania feminina que por muito tempo esteve prejudicada devido a impunidade de décadas e décadas num país que não permitia que a mulher ocupasse o lugar que ela merece e conquista a cada dia.

No geral, a lei possibilita mecanismos para reduzir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ninguém duvida que será difícil tirá-la do papel, transformá-la em uma lei efetiva. Para isso o intérprete precisa se inteirar ao máximo do seu conteúdo e se deixar encantar com a forma atenta de como a vítima passou a ser protegida. Este é o único caminho para assegurar efetividade à nova legislação: minimizar os severos índices que a violência doméstica atingiu.

Não se pode negar que no início a lei foi recebida com desconfiança, visto que foi alvo de duras críticas é muitas vezes rotulada como inconveniente e inconstitucional. Na maioria dos homens, existe uma tendência para não qualificá-la. Agora, de acordo com a nova lei, a vítima será ouvida, sempre estará acompanhada de defensor e receberá proteção não só da autoridade policial, mas da própria Justiça que, de forma imediata, deverá adotar medidas protetivas de urgência.

Evidente que para a justiça agir e todo processo que investiga determinada violência doméstica seja concluído com êxito, é necessário que a vítima compareça à delegacia da mulher, bem como, realize o exame de corpo e delito no Instituto Médico Legal, porém, constata-se que muitas vezes a mulher não dá continuidade a denúncia contra o companheiro e acaba por desistir e, consequentemente, sofre agressões ainda maiores e fica com medo de denunciar novamente.

É inadmissível que a mulher conviva com um marido que não a respeite e a ameace diariamente, e até mesmo os filhos correm risco de sofrer lesões sérias e abalos

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

psicológicos que serão lembrados por toda a vida. Um aspecto positivo observado, é que as mulheres estão conscientes da importância de denunciar seus companheiros, portanto, o número de denúncias nos últimos anos aumentou consideravelmente.

Portanto, as autoridades públicas devem tomar as medidas necessárias para fornecer apoio adequado às vítimas e implementar medidas para combater a violência doméstica, a fim de garantir o exercício pleno da cidadania e o reconhecimento dos direitos humanos por meio de medidas para fortalecer o vínculo entre as vítimas. Prepare-os para evitar a violência em casa.

Enquanto a lei é aplicada, as autoridades não podem acelerar a resposta da polícia a incidentes e proteger as mulheres vítimas de violência doméstica. Dessa forma, a Lei n.º 11.340/06 mostra eficácia e competência, mas se não for aplicada bem, cria impunidade, e isso não se deve à falta de lei, mas à falta de implementação. Cabe, portanto, às autoridades competentes implementar adequadamente a lei de proteção das mulheres vítimas de violência doméstica.

Portanto, acredita-se que o objetivo foi alcançado e a problemática respondida, pois não pretende-se em hipótese alguma esgotar o tema, mas sim torná-lo mais discutido por acadêmicos de Direito, professores, sociedade em geral e claro, as mulheres que não conhecem seus direitos previsto na legislação brasileira e as medidas protetivas que lhe são ofertadas pela Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 18.788**, de 11 de maio de 2016. Brasília-DF, 2016. Disponível em: https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=156565&indice=1&totalRegistros=1 Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Lei Maria da Penha: Confira o que mudou nos últimos três anos. Portal Governo Federal. Brasília-DF, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/08/lei-maria-da-penha-confira-o-que-mudou-nos-ultimos-tres-anosAcesso em: 14 abr. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília – DF, 1988.

BRASIL. **Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. Brasília – DF, 2011.

BRASIL. **Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. 2011.

BRASIL. **Lei n.º 11.340/2006** (Lei Maria da Penha). Brasília – DF, 2006.

CABRAL, Karina Melissa. **Direito da mulher:** de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora de Direito, 2004.

CAMPOS, C. H. (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha**: mínima intervenção punitiva, máxima intervenção social. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 73, ano 16, ago. 2008.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-do-estado-por-crime-praticado-por-preso-foragido/. Acesso em: 20 jan. 2022.

CARVALHO, J.M. **Cidadania no Brasil.** O longo caminho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/64351/responsabilidade-civil-subjetiva-e-responsabilidade-civil-objetiva. Acesso em: 12 fev. 2022.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda. **Em decisão inédita, STJ valida aplicação da Lei Maria da Penha para mulheres trans**. Portal G1, TV Globo, Brasília-DF. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/04/05/em-decisao-inedita-stj-valida-aplicacao-da-lei-maria-da-penha-para-mulheres-trans.ghtmlAcesso em: 14 abr. 2022.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo, Saraiva, 2012. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-do-estado-por-crime-praticado-por-preso-foragido/. Acesso em: 20 jan. 2022.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/responsabilidade-civil-do-estado-por-crime-praticado-por-preso-foragido/. Acesso em: 12 fev. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Aderlan Messias de. **O papel da responsabilidade civil frente à violência doméstica contra a mulher.** São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <http://decodetroia.blogspot.com/2010/07/artigo-cientifico-o-papel-da.html>. Acesso em: 04 fev. 2022.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. Vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VALIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO POR INTERMÉDIO DE COOPERATIVA DE TRABALHO

TAYANE DE QUEIROZ CACHOEIRA DALAZEN: Advogada Mestranda pela PUC-SP. Especialista em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Pós-graduada pelo Instituto dos Magistrados do Distrito Federal. Com curso de capacitação em Legal English pela London School of English e Curso de Capacitação de Conciliadores e Mediadores pelo Instituto dos Advogados de São Paulo. Sócia do Dalazen & Pessoa Sociedade de Advogados.

RESUMO: Diante das inúmeras alterações legislativas, assim como jurisprudenciais acerca do tema, a validade de terceirização de serviços por intermédio de cooperativos de trabalho mostra-se tema deveras relevante, de sorte que o presente trabalho esclarecerá os fundamentos para a sua aplicabilidade nas relações de trabalho, e os pressupostos ensejadores de sua validade. O estudo se desenvolverá por meio da análise da atual legislação e da afamada doutrina, incluindo apontamentos acerca da constitucionalidade da terceirização e do instituto do corporativismo, com destaque a precedentes dos tribunais pátrios abordando a temática.

Palavras-chave: terceirização; cooperativas; cooperativa de trabalho;

1.INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo o estudo acerca da terceirização de serviços por intermédio de cooperativos de trabalho, uma vez que, não obstante as recentes alterações legislativas, o cenário ainda é de insegurança jurídica, pois o modelo de terceirização segue alvo de questionamentos judiciais, tanto em reclamações trabalhistas individuais – notadamente sob o fundamento da ilegalidade da terceirização - como em ações civis pública, visando à proibição da terceirização das atividades, sob a alegação de ilegalidade da cooperativa.

Como se vê, a legislação atual não encerra os questionamentos que a terceirização suscita, de sorte que o tema permanece atual, havendo espaço para debate acerca da aplicabilidade do instituto nas relações de trabalho, assim como do seu alcance.

Diante desse cenário, considerando-se a Lei n.º 12.690/12, que dispõe acerca da organização e funcionamento das Cooperativas de Trabalho, a definição legal da terceirização do art. 4º-A da Lei 6.019/197, com redação dada pela Lei 13.467/2017, além

de outros diplomas legais, questiona-se, é correto afirmar a legalidade da terceirização mediante cooperativas?

Tal questionamento buscará ser respondido pela análise das legislações vigentes, além do estudo doutrinário e confronto entre recentes decisões judiciais dos tribunais pátrios acerca do tema.

2.APONTAMENTO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO

Terceirização é um fenômeno da década de 1970, de reestruturação da cadeia produtiva das empresas mediante transferência externa de parte da atividade empresarial, com o objetivo de aumentar a eficiência e a competitividade em um mundo globalizado. Até então, as empresas executavam internamente todas as partes da sua cadeia de produção (*taylorismo* e *fordismo*), o que implicava altos custos e difícil adaptação às oscilações de oferta e demanda do mercado.

Trata-se de fenômeno irreversível, cuja relevância mundial pode ser sintetizada com as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Roberto Barroso:

> "Em um mundo globalizado e cada vez mais integrado tecnologicamente, os países que rejeitam a terceirização encontram-se em indiscutível desvantagem competitiva. A terceirização tornou-se um fenômeno global. Embora sua regulamentação não seja homogênea e guarde particularidades conforme o ordenamento jurídico em exame, foi adotada por um conjunto amplíssimo de países, e parece ser um fato irreversível, tanto quanto a própria globalização da economia. A terceirização é amplamente praticada nos Estados Unidos; na Alemanha; na Áustria, nos países escandinavos, na Espanha; no Uruguai; e, com limitações, na França, no Reino Unido na Itália, no Chile, na Argentina, no México, na Colômbia, no Peru e em diversos outros países. É nesse contexto que se coloca a discussão sobre a terceirização no Brasil. A terceirização é muito mais do que uma forma de reduzir custos trabalhistas por meio de uma suposta precarização do trabalho, tal como alegado pelos que a ela se opõem. Pode, em verdade, constituir uma estratégia sofisticada e, eventualmente, imprescindível para aumentar a eficiência econômica, promover a competitividade das empresas brasileiras e, portanto, para manter e ampliar postos de trabalho. Essa é a relevância da terceirização para a estruturação das atividades econômicas e é com essa perspectiva que deve ser

> examinada." (ADC 48 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31/01/2018 PUBLIC 01/02/2018)

Não se pode negar que a definição de atividade-fim como fator determinante da licitude da terceirização constituía questão tormentosa e atormentadora, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, até recentemente, em nosso País.

Deve-se lembrar, de outro lado, que a Constituição **não veda a terceirização** das atividades-fim. Na realidade, a Constituição protege o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) e garante o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único). Ademais, o princípio constitucional da livre iniciativa (art. 1º) assegura às empresas formularem suas estratégias empresariais, em um ambiente de livre concorrência (art. 170, *caput* e inciso I).

O argumento da livre iniciativa e da livre concorrência também é ressaltado pelo Ministro Roberto Barroso para defender que a Constituição Federal não impõe uma única forma de estruturar a produção:

> "Nessa linha, no que respeita à compatibilidade entre a terceirização e as normas constitucionais, deve-se lembrar que a Constituição de 1988 consagra a livre iniciativa e a livre concorrência como valores fundantes da ordem econômica (CF/1988, art. 1º c/c art. 170, caput e inc. IV). De acordo com tais princípios, compete aos particulares a decisão sobre o objeto de suas empresas, sobre a forma de estruturá-las e sobre a estratégia para torná-las mais competitivas, desde que obviamente não se violem direitos de terceiros. Não há na Constituição norma que imponha a adoção de um único modelo de produção e que obrigue os agentes econômicos a concentrar todas as atividades necessárias à consecução de seu negócio ou a executá-las diretamente por seus empregados." (ADC 48 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 19/12/2017, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 31/01/2018 PUBLIC 01/02/2018).

Nessa perspectiva, privar a empresa da possibilidade de contratar toda sorte de serviços, criando-lhe empecilho sem previsão legal, atentaria contra o art. 5º, II, da

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Constituição Federal, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, violando-se garantias constitucionais e gerando insegurança jurídica.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mérito da ADPF 324 e do RE 958252, em agosto de 2018, firmou o entendimento de que é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, consagrando a Tese de Repercussão Geral nº 725, que orienta de forma vinculante:

> *"É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante."*

Apresentados tais apontamentos, cumpre tratar a seguir da terceirização à luz da Lei n.º 13.467/17.

3.TERCEIRIZAÇÃO A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/17

Como se sabe, a amplitude da terceirização **no Brasil,** ao longo dos anos, sempre suscitou profunda cizânia, em larga medida provocada pelo vácuo na disciplina legal da matéria. Nesse cenário, prevaleceu o entendimento consagrado na Súmula 331 do TST, em que se reputou ilícita a terceirização em atividade-fim.

O quadro que se descortinava, em março de 2017, era esse, de um aprofundamento da polêmica, quando foi sancionada a Lei n.º 13.429, mediante a qual se autorizou a contratação de determinados e específicos serviços, mas sem esclarecer se a Lei franqueava a terceirização em atividade-fim da empresa tomadora dos serviços. Precisamente para afastar quaisquer dúvidas, sobreveio a Lei n.º 13.467/17, que, ao implantar a "Reforma Trabalhista", dispôs no art. 2º:

> "Art. 2º. A Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> 'Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.'

> [...]
>
> Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.'"

À vista de tais normas, sobreleva ressaltar que vozes respeitáveis do próprio MPT reconhecem que houve ampliação do espectro de abrangência da terceirização para compreender também a atividade-fim.

Em obra acerca do tema, ilustre Procuradora do Trabalho Doutora Safira Nila de Araújo Campos Rodrigues, conquanto não poupe crítica, no mérito, à terceirização em si, supostamente porque "*possui baixa densidade protetiva*" e tende a conduzir "*à precarização do trabalho*", não pode deixar de admitir (sem negrito no original):

> "... da leitura dos artigos da Lei 6019/1974, alterados pela Lei 13.429/2017, não se pode concluir que (sic) estar-se-ia permitida a terceirização sobre a totalidade das atividades empresariais. E, almejando não correr o risco da inconstitucionalidade da interpretação em sentido diverso, o legislador modificou mais uma vez as normas da Lei 6019/1974, **a fim de garantir a autorização expressa da terceirização em quaisquer das atividades da tomadora, inclusive em sua atividade principal (art.4º-A da Lei 6019/1974, com a redação conferida pela Lei 13.467/17**).
>
> **A nova redação dos arts. 4-A e 5-A da Lei 6019/1974, somado ao texto incluído no 'caput' do art. 4-C, viabiliza a terceirização de todas as atividades empresariais, até mesmo das atividades finalísticas**." (Costa, Monteiro, & Beltramelli Neto, 2018, p.)

De modo que, o teor expresso e o evidente escopo dos novos preceitos dos arts. 4º-A. e 5º-A., incorporados à Lei n.º 6019/74, assim como atual entendimento do STF, consubstanciado na Tese de Repercussão Geral nº 725, não deixam dúvidas de que a terceirização está autorizada em qualquer atividade da empresa tomadora dos serviços e, portanto, inclusive na atividade-fim**.**

Feitas essas considerações, sobreleva adentrar ao tema do cooperativismo.

4. O COOPERATIVISMO – OBJETIVOS E REGULAMENTAÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Ser gregário por excelência, o Homem agrupa-se para sobreviver, desde priscas eras, quando já formava pequenas tribos, na certeza de que a conjugação de esforços tende a produzir melhores resultados.

O cooperativismo é, portanto, uma das mais eminentes e evoluídas expressões do natural associativismo humano. É certo que desde a sua matriz na Inglaterra, em meados do século XIX, a expansão do movimento cooperativista é constante, em todo o mundo. Atualmente, o quadro sócio-econômico que se descortina é notoriamente estimulante ao cooperativismo, sobremodo quando as taxas de desemprego no Brasil chegaram a 12,6% em novembro de 2021, conforme dados do IBGE.

4.1. Conceitos e características

Preconiza a OIT, em sua Recomendação 193 sobre a Promoção de Cooperativas, que uma definição ou descrição de cooperativa ponha em relevo as seguintes características essenciais: a de ser uma associação de pessoas que se agrupam voluntariamente para alcançar um objetivo comum, mediante a formação de uma empresa controlada democraticamente; que essas pessoas contribuem com uma quota eqüitativa do capital e assumem uma justa parte nos riscos e benefícios; e que do funcionamento da sociedade os sócios participem ativamente.

Com efeito. É certo que as sociedades cooperativas têm por principal objetivo agrupar, pelo princípio da solidariedade e ajuda mútua dos próprios associados, pessoas com interesses comuns para que estas, trabalhando em sistema de cooperação, possam alcançar da forma mais satisfatória possível os seus interesses.

Como leciona o Ministro e doutrinador Maurício Godinho Delgado (Delgado, 2019), o escopo da real cooperativa é permitir que o cooperado obtenha uma retribuição pessoal diferenciada, em virtude de sua atividade autônoma, superior àquela que obteria caso não estivesse associado, consolidando um sistema de trabalho ordenado e eficaz, que consiga melhorar as condições sociais e econômicas de seus integrantes.

O art. 3º da Lei n.º 5.764/71, sobre as sociedades cooperativas, estatui:

> "Art. 3° Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro."

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Com efeito, o cooperativismo é um modelo de autogestão que, ao eliminar o empregador intermediário, proporciona ao cooperado auferir diretamente os ganhos pelo desenvolvimento da atividade econômica, com estímulo à melhoria da condição socioeconômica de seus membros. Os cooperados, assim, beneficiam-se dos serviços prestados pela cooperativa. Na lição de Vólia Bomfim Cassar, "*o oferecimento dos serviços de cada cooperado a terceiros serve de mero instrumento para viabilizar seu objetivo: o trabalho dos membros do grupo*." (Cassar, 2019, p. 319)

Por sua vez, reza o art. 90 da Lei n.º 5.764/71: "Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados."

Segue-se, igualmente, que em uma cooperativa típica e legalmente constituída não há lugar para a relação de emprego. São relações jurídicas que se excluem mutuamente porque a advinda da sociedade cooperativa baseia-se na *affectio societatis*, enquanto a relação de emprego funda-se na subordinação jurídica. Na cooperativa autêntica, como nas sociedades mercantis, os sócios são os donos do negócio e, como tais, trabalhadores autônomos, para todos os efeitos legais.

A Constituição Federal estabeleceu, dentre os direitos e garantias individuais, a livre criação de cooperativas (art. 5º, inciso XVIII) e atribuiu à lei apoiar e estimular "*o cooperativismo e outras formas de associativismo*" (art. 176, § 2º).

Nesse contexto de fomento, sobreveio a Lei nº. 12.690/12, para regular a cooperativa de trabalho.

4.2 Cooperativa de Trabalho

Consoante o disposto no art. 2º da Lei n. 12.960, considera-se cooperativa de trabalho "*a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho*",

Dispõe a Lei que a Cooperativa de Trabalho pode ser de dois tipos: I — de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; II — de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego" (art. 4º, I e II).

A rigor, para que se trate de verdadeira cooperativa de trabalho, a atividade deve ser exercida de forma autônoma, ainda que por meio de autogestão. Determinou

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ainda o novo diploma jurídico que a Cooperativa de Trabalho não pode ser utilizada para intermediação de mão de obra subordinada (art. 5º), estabelecendo ainda que as cooperativas de serviço têm de se estruturar, relativamente a seus sócios cooperativados, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego (art. 4º, II).

Além disso, a cooperativa de trabalho poderá adotar por **objeto social** "***qualquer gênero de serviço***, *operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social*" (art. 10).

5. TERCEIRIZAÇÃO POR MEIO DE COOPERATIVA DE TRABALHO

A Lei nº. 12.690/12, em seu art. 4º, inciso II, passou a autorizar expressamente as cooperativas de trabalho a oferecerem os mesmos serviços de uma empresa prestadora de serviço em atividades terceirizadas. A previsão legal de prestação de serviços a terceiros indica, portanto, a possibilidade de terceirização. A propósito, a Lei n.º 8.949/94, ao acrescer o parágrafo único ao art. 442 da CLT, estabelecendo que não existe relação de emprego entre associados de cooperativa e os tomadores de serviços contratados pela entidade, inequivocamente já havia permitido às empresas socorrerem-se da terceirização mediante cooperativa:

> "Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.
>
> Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela."

O doutrinador e magistrado Sergio Pinto Martins defende a mesma conclusão:

> "O parágrafo único do art. 442 da CLT abre, por conseguinte, a possibilidade de terceirização de serviços por intermédio de cooperativas, já que não se forma o vínculo de emprego entre estas e seus associados, qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, nem entre os cooperados e os tomadores de serviços daquela, desde que atendidos os requisitos legais. O cooperativismo não deixa, porém, de ser uma forma de solucionar os problemas de produção em empresas que tenham por objetivo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> reduzir seus custos. Trata-se de terceirização lícita, devidamente autorizada por lei, desde que observados seus requisitos." (Martins, 2010, p. 96)

Tem-se, portanto, plenamente viável e lícita a constituição de cooperativa de trabalho destinada à prestação de serviços a terceiros, desde que inexistente ilegalidade ou irregularidade que permita vislumbrar hipótese de cooperativismo com o intuito fraudar a legislação trabalhista, mas, sim, que almeje contribuir com a melhoria das condições profissionais dos seus associados

Nesse sentido, colaciona-se recente aresto do TRT da 3ª Região:

> MÉDICO. ATUAÇÃO POR MEIO DE COOPERATIVA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. A atuação do profissional liberal, por meio de cooperativa, em atividade fim do tomador dos serviços, não ostenta, por si só, qualquer mácula ou componente de ilicitude, na linha da jurisprudência firmada pelo Excelso STF. Nesse contexto, não há espaço para o reconhecimento do almejado liame empregatício, notadamente se a relação jurídica se caracteriza pela autonomia do médico em sua atuação profissional. Não altera a configuração autônoma o fato haver sujeição a normas de organização interna do estabelecimento, de modo que os direitos e obrigações delas decorrentes se situam na órbita civil. (TRT-3 - RO: 00116477820175030004 MG 0011647-78.2017.5.03.0004, Relator: Antonio Carlos R.Filho, Data de Julgamento: 27/07/2020, Setima Turma, Data de Publicação: 28/07/2020. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 1050. Boletim: Não.)

Impede-se refutar aqui o argumento ainda lançado por alguns magistrados para o reconhecimento do vínculo empregatício entre os cooperados e as empresas tomadoras dos serviços, no sentido de que a cooperativa deveria "*se caracterizar pela prestação de serviços aos associados, e não pela prestação de serviços dos associados, de acordo com a Lei 5764/71.*"

Ocorre que, com o advento da Lei 12690/12, torna-se expressamente permitida, no art. 4º parágrafo 2º, a criação de cooperativas de serviços especializados a terceiros, restando superado o entendimento de que a prestação de serviços dos cooperados deva se dar, exclusivamente, aos associados.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Por derradeiro, importa trazer à baila recentíssima e paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da RCL 47843, em fevereiro de 2022, a qual trouxe nova luz à discussão acerca da 'pejotização' ao autorizar a contratação de médicos como pessoas jurídica, ponderando serem profissionais de alto nível de formação e, portanto, que não se enquadram como hipossuficientes.

A Suprema Corte, muito oportunamente, consagra o correto entendimento de que a presunção de ilegalidade de uma determinada contratação deve ser afastada. No caso relatado, analisou-se, precisamente, a contratação de pessoas jurídicas, relação muito menos formal e incisiva do que um cooperativismo legítimo, de sorte que, consequentemente, a presunção e o estigma de fraude na contratação de cooperativas é medida que se impõe. A questão da relação de emprego, é, indiscutivelmente, casuística.

Com efeito. A validade da terceirização mediante cooperativa pressupõe que não haja fraude à legislação trabalhista. Se houver, o fato de a sociedade civil estar regularmente constituída sob a forma de cooperativa não exclui de imediato a possibilidade da existência de vínculo empregatício entre seus associados e os terceiros contratantes de seus serviços, consoante se discutirá a seguir.

6. AS FALSAS COOPERATIVA DE TRABALHO E A FORMAÇÃO DE VÍNCULO DE EMPREGO

Tendo em vista que o art. 442, parágrafo único, da CLT, assinala que "*qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela*", não é autorizado concluir, *a priori*, que todas as cooperativas de trabalho são fraudulentas, até porque isso importaria negar vigência a preceito legal, o que somente seria concebível caso se divisasse inconstitucionalidade, hipótese de que não se cogita.

Todavia, não é menos verdade que a jurisprudência tem colhido diversos exemplos de falsas cooperativas. São muitos os casos em que verdadeiros empregados assumem vestes de cooperados em "*sociedades*" onde é ínfima sua participação no capital e amplíssimo o número de integrantes.

Não é difícil, em regra, a desmistificação dessas falsas sociedades ou cooperativas de fachada. O parágrafo único do art. 442 da CLT, ao rezar que não existe relação de emprego entre associados de cooperativa e os tomadores de serviços contratados pela entidade, inequivocamente franqueou às empresas socorrerem-se da terceirização mediante cooperativa. *Contrario sensu*, porém, a aludida presunção *juris*

tantum restará infirmada e, portanto, configurada a relação de emprego, quando: **1º)** cuidar-se de falsa cooperativa; **2º)** houver fraude à legislação trabalhista, máxime mediante ***subordinação*** e ***pessoalidade***. Em tais casos, a relação de emprego caracteriza-se com a empresa tomadora ou pode, em algumas circunstâncias, estabelecer-se com a própria sociedade cooperativa, dependendo da situação concreta.

É sobremaneira importante recordar que, paralelamente ao § único do art. 442, vige o art. 9º da CLT, declarando "nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação" dos preceitos da legislação trabalhista. Igualmente o art. 104, do Código Civil, preceitua, a propósito da simulação fraudulenta, que "tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros". Assim, se há fraude, totalmente ineficazes os atos da cooperativa e da empresa tomadora de serviços objetivando impedir a incidência da legislação trabalhista através da intromissão da cooperativa na relação jurídica entre o trabalhador supostamente "cooperado".

É sumamente importante realçar, a propósito, que o Direito do Trabalho vive à sombra do princípio da primazia da realidade, pelo que irrelevante o envoltório formal da relação jurídica se se verificar subordinação e pessoalidade dos trabalhadores, ou existência de fraude, inafastável o reconhecimento do vínculo empregatício com a empresa tomadora.

Destarte, que é de rigor a análise de cada caso, a fim de evitar-se julgamento açodado. O exame é rigorosamente o mesmo que se faz diante de alegações de terceirização ilícita: apura-se a existência de pessoalidade e de subordinação direta entre trabalhador e tomador dos serviços. Como se sabe, em terceirizações lícitas, não há subordinação direta e pessoalidade entre os trabalhadores terceirizados (sejam empregados da empresa prestadora de serviço ou trabalhadores cooperativados) e o tomador dos serviços. Se o caso envolver falsas cooperativas de trabalho, a terceirização será caracterizada como ilícita, com o reconhecimento do vínculo empregatício com o tomador dos serviços.

Pois bem. A subordinação, dentre os pressupostos da relação de emprego, sem dúvida, é o da maior relevância, pois é o que diferencia, substancialmente, a relação de emprego do trabalho autônomo. A CLT enfatiza a subordinação em duplicidade, no art. 2º, com a referência ao empregador como o que "***dirige***" a prestação de serviços, e no art.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3º, com a identificação do empregado como sendo quem trabalha sob a "***dependência***" do tomador de serviço.

Na hipótese de prestação de serviço por cooperativa de trabalho, deve-se indagar, no caso concreto, se há ou não subordinação direta entre o trabalhador (cooperado, sob o aspecto formal) e os prepostos do tomador do serviço.

O verdadeiro cooperado, como todo autônomo, decide quando vai trabalhar, sem que sua ausência implique punição. E, de certo modo, direta ou indiretamente, ele também decide para quem, como e por qual valor irá trabalhar. Com efeito, o trabalhador cooperado pode influenciar as decisões do empreendimento econômico, por meio do voto nas assembleias gerais, de participação democrática, conforme previsto na "Lei das Cooperativas".

O trabalhador cooperado, mediante participação em assembleia geral, tem o direito de deliberar, de acordo com seus interesses, pela adesão ao contrato de prestação de serviços, por exemplo, assim como também são agentes dos processos de fiscalização, controle e comando das tarefas necessárias ao cumprimento do contrato de prestação de serviços.

Mas uma mínima subordinação é verificada em qualquer tipo de contrato. A subordinação própria do contrato de trabalho não é a mera sujeição do prestador a algumas diretrizes ou, em termos gerais, a determinadas obrigações. Não se confunde com a simples necessidade de seguir, na execução do trabalho, certas regras. Entendê-la de tal modo, com tamanha amplitude ou largueza, levaria a resultado claramente absurdo, na medida em que todo o contrato, de uma forma ou de outra, cria, pela sua mera natureza obrigatória, vínculo entre as partes contratantes.

O trabalho coletivo, em geral, envolve algum tipo de subordinação, ainda que meramente técnica. É inerente à atividade coletiva o emprego de esforços coordenados para a realização do serviço.

Ao definir a subordinação típica como elemento estrutural da relação empregatícia, Délio Maranhão a conceitua como uma "*situação jurídica*" que revela uma dependência hierárquica, bastante distinta da dependência econômica ou da subordinação técnica. Esta última comporta também uma direção a dar aos trabalhadores em suas tarefas, mas se distingue da subordinação jurídica, porque se trata da direção meramente especializada. (Maranhão, 1993)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O cerne da questão reside exatamente nesse ponto: a simples presença da coordenação técnica entre o trabalhador e os prepostos da cooperativa que organizam o trabalho não é suficiente para afastar a autonomia dos trabalhadores cooperados.

Por isso mesmo, a par dos inegáveis elementos de comando existentes, não seria incorreto reconhecer que, em tal atividade, está mais presente o elemento de "coordenação" do que o da "subordinação".

Luiz Alberto de Vargas, ao refletir sobre a Lei n.º 12.690/12, defende a mesma conclusão, de que a simples "*subordinação técnica*" não se confunde com a subordinação jurídica que caracteriza a relação de emprego:

> "A negativa da existência de uma subordinação técnica distinta da típica subordinação jurídica característica da relação de emprego teria consequência última a negação, pura e simples, do próprio 'ato cooperativo' e, em um raciocínio maximalista, na 'celetização' de toda atividade humana coletiva.
>
> Não se questiona, aqui, as boas intenções dos que acreditam estar 'protegendo' os trabalhadores por meio de tal argumentação, mas há de se apontar claramente que, através dela, erra-se inteiramente o alvo, desviando-se o foco do principal beneficiário com as terceirizações ilícitas (o empregador que ilicitamente terceiriza) e, nas terceirizações lícitas, atingindo-se mortalmente o autêntico cooperativismo, como vítima colateral.
>
> Procura-se legitimar tais ideias como parte de uma saudável resistência coletiva à terceirização precarizadora, centrada na concepção de que o trabalho assalariado representa sempre o melhor instrumento de elevação das condições de vida dos trabalhadores.
>
> Entretanto, sem cair nos equívocos do 'triunfalismo empreendendorista' que polui os debates atuais sobre novas formas de trabalho, há de se reconhecer no trabalho cooperativo uma tradicional proposta obreira, não apenas de emancipação do trabalho, mas também de elevação das condições materiais dos trabalhadores – inclusive e, principalmente, em relação ao próprio trabalho assalariado." (Vargas, 2013)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em síntese, deve-se investigar, sempre a partir da realidade fática, se a relação é de subordinação jurídica ou meramente técnica, independentemente da formalização contratual emprestada ao liame. De modo que, no que concerne à terceirização de serviços, caberá ao magistrado, após análise do caso concreto, decidir entre a aplicação do julgado paradigmático ("leading case") do Supremo Tribunal Federal ou aplicar a devida distinção fático-jurídica ("distinguishing").

Nesse sentido, é a atual e pacífica jurisprudência do Col. TST, conforme precedente que se colaciona abaixo:

> RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DEEMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. COOPERATIVA. CONSTATAÇÃO DE FRAUDE. IDENTIFICAÇÃO DOS REQUISITOS FÁTICO-JURÍDICOS INSCRITOS NO ART. 3º DA CLT. AUSÊNCIA DE CONFLITO COM O PRECEDENTE FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TÉCNICA DE DISTINÇÃO. 1. A partir das premissas jurídicas fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252, reputando lícita a terceirização de serviços, independentemente da natureza da atividade terceirizada, resulta superado o entendimento cristalizado na Súmula nº 331, I, deste Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de que a terceirização de atividade-fim, por si só, implicava o reconhecimento do vínculo de emprego do trabalhador com o tomador de serviços. 2. Contudo, a "ratio decidendi" que se extrai do precedente da Corte Constitucional autoriza sua não aplicação às situações em que verificada a distinção fático-jurídica ("distinguishing") entre o julgado paradigmático ("leading case") e a hipótese em julgamento. É o que ocorre na espécie, em que o Tribunal Regional, mediante juízo valorativo de fatos e provas, não derivado da mera constatação da inserção dos serviços terceirizados na atividade finalística do empreendimento, identificou os elementos fático-jurídicos caracterizadores do vínculo de emprego. 3. Entendimento diverso, no sentido da ausência de preenchimentos dos requisitos do liame empregatício, demandaria revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, inviável nesta fase recursal extraordinária, a teor da Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista de que não se conhece, no particular. (...) (TST - RR: 16140079200950100 58, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de

Julgamento: 24/04/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2019)

8. CONCLUSÕES

Por todo o exposto no presente estudo acerca da terceirização de serviços por intermédio de cooperativas de trabalho pode-se, objetivamente, concluir o que se segue:

a. Considerando-se os princípios constitucionais da propriedade e da livre iniciativa, é constitucional a terceirização de mão-de-obra, inclusive da atividade fim da empresa.

A Constituição Federal não veda a terceirização da atividade-fim. Na realidade, ela protege o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII) e garante o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único). Ademais, o princípio constitucional da livre iniciativa (art. 1º) assegura às empresas formularem suas estratégias empresariais em um ambiente de livre concorrência (art. 170, *caput* e inciso I).

Nessa perspectiva, privar a empresa da possibilidade de contratar toda sorte de serviços, criando-lhe empecilho sem previsão legal, atentaria contra o art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, violando-se garantias constitucionais e gerando insegurança.

Esse foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 324 e do RE 958252, em que se firmou a Tese de Repercussão Geral nº 725.

b. Considerando-se o advento da Lei n.º 13.467/17 e as alterações da Lei n.º 6.019/74, é correto afirmar a legalidade da terceirização, inclusive de atividades fim.

O teor expresso dos arts. 4º-A. e 5º-A., incorporados à Lei n.º 6.019/74 pelo art. 2º da Lei n.º 13.467/17, não suscita dúvida minimamente razoável de que, desde 11/11/2017, quando passou a viger a Lei n.º 13.467/17, a terceirização está autorizada em nosso País em qualquer atividade da empresa tomadora dos serviços e, portanto, inclusive na atividade-fim.

Tal convicção se robustece quando se tem presente o evidente escopo dos arts. 4º-A. e 5º-A. Com efeito, esses novos preceitos foram incorporados à Lei n.º 6.019/74

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

pelo art. 2º da Lei n.º 13.467/17, uma vez que a Lei n.º 13.429, de março de 2017, autorizou a contratação de serviços específicos e determinados, mas não esclareceu se a autorização legal compreendia a terceirização em atividade-fim do tomador de serviços.

c. Considerando-se a atual legislação, é correto afirmar a legalidade da terceirização cooperativas?

A nova redação do art. 4º-A da Lei n.º 6.019/74, alterado pela Lei n.º 13.467/17, estabelece que:

> "Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução."

A nomenclatura "empresa" foi substituída por "pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução".

Não obstante, o que importa, de fato, é que o exame da legalidade da terceirização não pode se resumir a um único dispositivo legal. O processo de interpretação normativa não pode se limitar à interpretação gramatical ou meramente literal da norma jurídica.

Nessa perspectiva, em primeiro lugar, é possível dizer que há sólidos fundamentos jurídicos na Lei n.º 12.690/12 que embasam a terceirização de atividades por intermédio de cooperativas. Conforme preceitua o inciso II do art. 4º, a cooperativa de trabalho pode ser de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços a terceiros. Além disso, a cooperativa de Trabalho poderá adotar por objeto social "qualquer gênero de serviço, operação ou atividade, desde que previsto no seu Estatuto Social" (art. 10).

Fixadas essas premissas, entende-se que a Lei nº. 12.690/12 passou a autorizar expressamente as cooperativas de trabalho a oferecerem os mesmos serviços de uma empresa prestadora de serviço em atividades terceirizadas. A previsão legal de prestação de serviços a terceiros indica a possibilidade de terceirização. A propósito, a Lei n.º 8.949/94, ao acrescer parágrafo único ao art. 442 da CLT, estabelecendo que não existe relação de emprego entre associados de cooperativa e os tomadores de serviços

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contratados pela entidade, inequivocamente já havia permitido às empresas socorrerem-se da terceirização mediante cooperativa.

Em segundo lugar, a eficácia imediata da Lei n.º 13.467/17 franqueou de forma ilimitada a terceirização. A referida lei passa a normatizar integralmente a terceirização mediante a nova redação emprestada à Lei n.º 6.019/74. Por isso, ressente-se de amparo jurídico e não merece acolhimento qualquer pretensão de impor limitação à terceirização por cooperativas de trabalho, quando ausentes os pressupostos da relação de emprego, insculpidos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Referências Bibliográficas

CASSAR, V. B. Direito do Trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. São Paulo: Método, 2019.

COSTA, Â. F., MONTEIRO, A. C., & BELTRAMELLI NETO, S. Reforma Trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARANHÃO, D..Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: FGV, 1993.

MARTINS, S. P. A terceirização e o direito do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010

VARGAS, L. A. Reflexões sobre a nova lei de cooperativas de trabalho. Revista Eletronica do TRT da 4a Região, Rio Grande do Sul, Ano IX, n. 155, p. 79-97, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

COMPREENDENDO A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

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. 105

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise sobre a nova lei de improbidade administrativa, a principal alteração do texto é a exigência de dolo específico (intenção) para que os agentes públicos sejam responsabilizados. Danos causados por imprudência, imperícia ou negligência não podem mais ser configurados como improbidade. Existem pontos positivos que merecem ser comemorados como pontos negativos que terão, eventualmente, de serem corrigidos.

PALAVRAS-CHAVE: Compreendendo; Nova lei; Improbidade; Administrativa.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo analizar brevemente la nueva ley de improbidad administrativa, el principal cambio en el texto es el requisito de intención específica (intencional) para que los funcionarios públicos rindan cuentas. Los daños causados por imprudencia, mala praxis o negligencia ya no podrán ser considerados como faltas. Hay puntos positivos que merecen ser celebrados como puntos negativos que eventualmente habrá que corregir.

PALABRAS CLAVE: Comprensión; Nueva ley; Improbidad; Administrativo.

INTRODUÇÃO

Improbidade, segundo o dicionário De Plácido e Silva, vem "do latim improbitas (má qualidade, imoralidade, malícia). Juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. (...) improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. (...) o transgressor das regras da lei e da moral".

105 E-mail: benignonovo@hotmail.com

A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. A nova Lei de Improbidade Administrativa caracterizou o ato de improbidade como a conduta funcional dolosa do agente público devidamente tipificada em lei, revestida de fins ilícitos e que tenha o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (vide artigos 1º, §§1º, 2º e 3º, e 11, §§1º e 2º).

A União cabe a competência de legislar sobre Improbidade Administrativa, haja vista que a Constituição Federal não especificou a quem compete tal demanda. Portanto, à União é atribuída essa competência, pois as penas previstas pela pratica de atos característico de Improbidade Administrativa e por ela elaboradas.

Esta pesquisa é de legislação e qualitativa justifica-se pela extrema relevância do estudo da nova lei de improbidade administrativa nos dias atuais.

DESENVOLVIMENTO

A principal alteração do texto é a **exigência de dolo específico (intenção)** para que os agentes públicos sejam responsabilizados. Danos causados por imprudência, imperícia ou negligência não podem mais ser configurados como improbidade.

A ação deverá comprovar a vontade livre e consciente do agente público de alcançar o resultado ilícito, não bastando à voluntariedade ou o mero exercício da função. **Também não poderá ser punida a ação ou omissão decorrente de divergência na interpretação da lei**. A improbidade administrativa tem caráter cível, não se trata de punição criminal.

As alterações foram no sentido de conferir maior segurança jurídica ao gestor público e de **diminuir os espaços de subjetividade** das autoridades encarregadas da aplicação da lei, em especial o Poder Judiciário e o Ministério Público.

As condutas consideradas como improbidade são apenas **aquelas listadas no texto da lei**. Antes, a lista era considerada exemplificativa. São considerados atos de improbidade administrativa aqueles que causam enriquecimento ilícito do agente público, lesão ao erário ou violação dos princípios e deveres da administração pública. (vide artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 14.230/21).

As principais alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 (Nova Lei de Improbidade Administrativa):

1. Da necessidade de comprovação de dolo específico de lesar a Administração Pública para configuração de ato de improbidade administrativa

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

De acordo com o artigo 37, § 4º, CF: "os **atos** de **improbidade administrativa** provocam a **suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário**, sem prejuízo da ação penal cabível". (grifos nossos)

Dolo genérico é a vontade de praticar a conduta típica, sem nenhuma finalidade especial. Dolo específico é a vontade de praticar a conduta típica, porém com uma especial finalidade. O dolo do agente para toda e qualquer conduta tipificada na lei de Improbidade Administrativa passa a ser específico: consciência + vontade + finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. O dolo genérico também não consegue configurar a conduta da improbidade, sendo necessário o dolo específico.

2. Divergências interpretativas não configuram ato de improbidade

Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

3. Da delimitação do conceito de agente público por extensão e necessidade de comprovação de dolo também do agente por extensão

A Lei pode enquadrar qualquer pessoa, seja ela remunerada ou não, que cause danos à administração pública e, consequentemente, tenha enriquecimento ilícito, ofereça prejuízo ao erário federal, estadual ou municipal, entre outros.

O cidadão que é passível da prática de improbidade é classificado como sujeito ativo, podendo ainda variar entre próprio ou impróprio: Sujeito ativo próprio: é a pessoa que exerce um cargo ou uma função de agente público, temporária ou permanente. Sujeito ativo impróprio: é a pessoa que comete a prática de improbidade sem ter uma função pública. Para ser enquadrada, porém, ela deve ter agido de maneira conjunta com um sujeito ativo próprio. Mais uma vez, a lei se preocupou em deixar expressa a necessidade de comprovação de dolo também para fins de equiparação de agente público. As disposições previstas na lei são aplicáveis também aos que, não sendo agente público, induzam ou concorram dolosamente para a prática de ato de improbidade, o que inclui **pessoas físicas e pessoas jurídicas**.

4. Sócios, cotistas, diretores e colaboradores da Pessoa Jurídica somente respondem por ato de improbidade se ficar comprovada participação na realização do ato e que houve algum tipo de benefício direto

A LIA exclui a responsabilidade dos sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado pelos atos de improbidade imputados à referida pessoa

jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

Descreve o artigo 3º, §1º da Lei nº 14.230/21, "os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação". A modificação tem por finalidade sedimentar a vedação à responsabilidade objetiva que é aquela que decorre não da prática de ações ou omissões concretas, mas da simples ocupação de um cargo ou função.

5. Da ampliação da responsabilidade sucessória

"Art. 8º O sucessor ou o herdeiro daquele que causar dano ao erário ou que se enriquecer ilicitamente estão sujeitos apenas à obrigação de repará-lo até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido." (NR)

Pelo artigo incluído pela Lei nº 14.230/21 ampliou as hipóteses de responsabilidade sucessória "Art. 8º-A A responsabilidade sucessória de que trata o art. 8º desta Lei aplica-se também na hipótese de alteração contratual, de transformação, de incorporação, de fusão ou de cisão societária".

6. Da dosimetria da pena

Das penas previstas está ressarcimento ao erário, indisponibilidade dos bens, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

A lei passa a contar com um capítulo específico para a dosimetria da pena, suprindo uma importante lacuna da lei anterior.

Nesse sentido, foi incluído o artigo 17-C, inciso IV, que passa a prever a necessidade de o juízo considerar, na fixação da sanção, os seguintes aspectos: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; natureza, gravidade e impacto da infração; extensão do dano causado; proveito patrimonial obtido pelo agente; circunstâncias atenuantes e agravantes; a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva; e os antecedentes do agente, o que deverá promover maior transparência e possibilidade de controle dos critérios judiciais determinantes para fixação do quantum da sanção.

Ademais, prevê escalonamento de punições: em casos de menor ofensa à administração pública, a pena poderá ser limitada à aplicação de multa, sem prejuízo do ressarcimento do dano.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Quando for condenado ao ressarcimento, o juiz poderá autorizar o réu a parcelar a devolução em até 48 vezes, se o réu demonstrar incapacidade financeira de saldá-lo de imediato.

O prazo máximo de suspensão dos direitos políticos sobe para 14 anos (antes o máximo era 8 anos).

O valor máximo das multas aplicáveis cai em todos os casos.

7. Non bis in idem e o abrandamento do princípio da independência das instâncias

Em observância ao princípio constitucional do "non bis in idem", caso os atos de improbidade sejam penalizados sob a Lei Anticorrupção nº 12.846/13, as sanções da LIA serão afastadas em benefício daquelas previstas na citada lei.

A nova lei estabelece que a ação de improbidade administrativa seja impedida em casos de absolvição criminal do acusado, confirmada por órgão colegiado, em ação que se discuta os mesmos fatos.

Além disso, estabelece que sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria, diz a lei.

Assim, agora, mesmo a absolvição na esfera penal confirmada por decisão colegiada deve levar à extinção da ação civil de improbidade administrativa.

Ainda, as penas aplicadas por outras esferas poderão ser compensadas com sanções aplicadas nas ações de improbidade administrativa. Pela lei anterior, as esferas eram tratadas de modo independente.

8. A morte do "in dubio pro societate"

A nova lei passa a prever critérios mais rígidos para o recebimento da petição inicial.

Assim, o artigo 17, § 6º, prevê como requisitos:

1. a individualização da conduta do réu, com a demonstração de elementos probatórios da materialidade e autoria da infração; e

2. juntada de documentos comprobatórios que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação dessa prova.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A alteração, portanto, fixou critérios objetivos para aferição da viabilidade inicial do prosseguimento da ação, demandando maior esforço investigativo e probatório por parte do Ministério Público e o afastamento da ideia traduzida pelo in dubio pro societate.

9. Indisponibilidade cautelar de ativos

Os bens só poderão ser bloqueados para garantir o ressarcimento aos cofres públicos de determinadas medidas ilegais se ficar demonstrado o "perigo de dano irreparável" ou de risco ao resultado do processo. Também há trecho que estabelece que as contas bancárias dos alvos só sejam bloqueadas caso não se encontrem bens móveis e imóveis em geral.

Ainda, afasta a possibilidade de indisponibilidade de valor correspondente à multa civil, limitando a constrição apenas ao valor do dano ao erário.

O dispositivo deverá promover uma reanálise de inúmeros pedidos de bloqueio cautelar atualmente vigente nas ações de improbidade administrativa em curso, pois sendo lei de natureza processual, seus efeitos aplicam-se de imediato.

10. Do fortalecimento do princípio da correlação entre sentença e acusação

O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de princípio da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, ou ainda princípio da congruência da condenação com a imputação, estabelece que a sentença deva guardar correlação com o pedido.

A alteração prevista no art. 17, §10-C e 10-F, que, de forma expressa, determina a necessidade de que exista correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, ou seja: deve existir congruência da condenação com a imputação. É o que estabelece o princípio da correlação entre sentença e acusação e que agora passa a constar de forma expressa na nova lei, sendo nula a decisão judicial que fuja à tipificação dada na inicial (art. 17, §10-F, I).

Quem tem legitimidade para propor ação de improbidade administrativa?

A exclusividade dada ao **Ministério Público** para acionar na Justiça quem cometeu ato de improbidade administrativa foi derrubada por meio de liminar concedida pelo ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (ADIns 7.042 e 7.043). O caso será examinado pelo Plenário da Corte, em data ainda não marcada. Com a decisão, volta a valer a previsão de que **instituições e entidades da administração pública (União, governos estaduais e municipais), Advocacia-Geral da União e procuradorias estaduais e municipais** alvos de irregularidades possam propor ações.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Prescrição

A ação movida para que as sanções sejam devidamente aplicadas tem o prazo único de oito anos para prescrever, sendo estes contados a partir do momento em que o fato ocorreu. Se for um caso de infração permanente, a contagem acontece a partir do dia em que a permanência cessar.

Na lei de improbidade administrativa anterior o prazo determinado era de cinco anos, após a finalização do mandato do agente público acusado.

Prazo do inquérito

O prazo para que o inquérito ocorra também sofreu alteração. Agora, no entanto, ele passa a ser de um ano, tendo a possibilidade de prorrogação apenas uma única vez.

Transição

Com a publicação da lei de improbidade administrativa em veículo oficial, o Ministério Público tem o prazo de um ano para se interessar e dar continuidade às ações que já estão em curso. Se acaso isso não ocorrer, tais processos serão extintos.

Sucumbência

Caso se comprove a má-fé do agente público, está ressalvada a condenação em honorários de sucumbência.

Atos contra princípios da administração pública

Por fim, há também a determinação de que os atos de improbidade administrativa, que lesem os princípios da administração pública, somente serão passíveis de sanção em caso de "lesividade relevante".

Improbidade administrativa é crime?

A resposta é não. Para que um ato ilícito seja considerado crime, é preciso existir uma lei que estabeleça sua natureza penal. Não é caso da improbidade administrativa que, apesar de ser um ato ilícito, é considerada uma conduta de natureza cível. Dessa forma, não se pode dizer que quem responde por improbidade administrativa tenha cometido um crime.

A improbidade também difere de crime contra a administração. Enquanto as ações de improbidade são atitudes ilícitas de natureza civil, os crimes contra a administração pública pertencem à esfera penal.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Dentre os crimes contra a administração pública, previstos no Código Penal, podemos citar o abuso de poder, a falsificação de papéis públicos, a má-gestão praticada por administradores públicos, a lavagem ou ocultação de bens oriundos de corrupção, o emprego irregular de verbas públicas, a corrupção ativa, entre outros.

Improbidade administrativa é corrupção?

A noção de corrupção utilizada pelas pessoas em geral e pelos meios de comunicação tem origem em um conceito construído a partir de diversas disciplinas, como a Ciência Política e a Sociologia. Corrupção, neste sentido, se equivale a deturpação, desvio, e sobretudo ao mau uso da função pública visando a obtenção de uma vantagem particular. Tendo por base essa ideia de corrupção, conclui-se que alguns dos comportamentos previstos na Lei da Improbidade Administrativa são atos de corrupção, especialmente aqueles que se relacionam às ações de enriquecimento ilícito.

E qual a pena para quem comete improbidade?

Perda dos bens ou valores acrescidos indevidamente ao patrimônio, devolução integral dos bens ou dinheiro, pagamento de multa, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Como a improbidade administrativa afeta a política?

Os critérios que impedem um político de concorrer às eleições estão estabelecidos na Lei Complementar nº 135 de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa. Entre as práticas citadas pela lei, aparece a improbidade administrativa. Segundo a lei, ficam inelegíveis por oito anos aqueles que tiverem rejeitadas suas contas, relativas ao exercício de funções legislativas, por irregularidade que configure ato doloso de improbidade administrativa. Pela mesma lei, ficam inelegíveis aqueles que tiverem seus direitos políticos cassados em função de ato doloso por improbidade administrativa.

Outro efeito da improbidade administrativa sobre a política é a sua exclusão dos casos preservados pelo foro privilegiado. O foro privilegiado é um mecanismo pelo qual uma ação penal contra uma autoridade pública passa a ser julgada por tribunais superiores, diferente de um cidadão comum, que é julgado pela justiça comum. Por exemplo, os crimes comuns (aqueles previstos no código penal) cometidos pelo Presidente da República, o Vice, membros do Congresso, ministros de Estado e o Procurador-Geral da República pelo Supremo Tribunal Federal.

Em deliberação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ocorrida em outubro de 2015, foi decidido que **as autoridades processadas por improbidade administrativa não têm**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

direito a foro privilegiado para o julgamento dessas ações. Na ocasião, o ministro Luís Felipe Salomão observou que a constituição não prevê foro privilegiado por prerrogativa de função para as ações por improbidade administrativa. Isso porque **a improbidade administrativa é um ilícito de natureza civil e o foro se aplica a ilícitos de natureza penal**.

CONCLUSÃO

A nova lei não é perfeita, assim como a anterior também não era. Existem pontos positivos que merecem ser comemorados como pontos negativos que terão, eventualmente, de serem corrigidos. Parte da doutrina compreende que a forma com que as Ações de Improbidade vinham sendo manejadas pelos legitimados a propô-las, em especial o Ministério Público, geraram distorções indesejáveis a partir do desejável fortalecimento do controle e fiscalização dos atos praticados por gestores públicos. Dois pontos específicos podem ser destacados a partir dessa ideia: a caracterização de improbidade administrativa a partir de um ato culposo ou por meio de dolo genérico, e a violação de princípios, prevista no art. 11 da Lei 8.429/92, como ato de improbidade administrativa.

Como consequência desse excesso de controle, que vai muito além da punição de gestores ímprobos e mal-intencionados para atingir também aqueles que não carregam consigo a intenção de lesar o interesse público, surgiu um fenômeno que alguns autores tem chamado de "direito administrativo do medo", ou "apagão das canetas". Esse fenômeno é caracterizado receio exacerbado do controle e da punição por parte dos gestores públicos. Estes, então, preferem adotar, diante de qualquer dificuldade que não encontre uma solução categórica nas normas disponíveis, uma postura defensiva ou passiva, preferindo a segurança da omissão ao invés do risco da ação.

Os pontos positivos podemos destacar a necessidade de comprovação de dolo deve limitar o abuso de autoridades contra gestores públicos e consagra o entendimento que já é utilizado pelos tribunais superiores, que exigem a comprovação de dolo para fixar condenações. Procedimentos sem prazo delimitado que apuram supostas irregularidades impactam nos custos do processo, da estrutura judicial e na imagem do gestor público, que ao final do processo pode ser considerado culpado ou inocente. Com a definição do prazo, que pode ser estendido por igual período, investigações terão conclusões mais ágeis, julgamentos céleres e respostas à população sobre a culpabilidade do gestor dentro do próprio mandato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de mar. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm>. Acesso em: 24 de mar. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 24 de mar. de 2022.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, Rio de Janeiro, 1999. Companhia Editora Forense, p.416.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1082 de 30/04/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454